

# Caracterización del matrimonio ¿Es o no un contrato?

Darío Alejandro Rojas Araque\*

**Resumen.** En la legislación colombiana se establece un vasto conjunto de normas tendientes a la protección de la célula familiar, iniciando por el Código Civil en el que se encuentra regulado el matrimonio, figura jurídica que en los últimos años ha sufrido múltiples transformaciones. Es así como, la legislación actual considera el matrimonio como una institución jurídica netamente contractual; por esta razón, la presente revisión bibliográfica y jurisprudencial realiza un estudio del matrimonio como contrato y negocio jurídico, realizando inicialmente un recorrido histórico para posteriormente enfatizar en cada teoría sin dejar de lado lo establecido en la normatividad nacional.

**Palabras clave:** Derecho civil, derecho canónico, acuerdo de voluntades, contrato, acto jurídico.

**Abstract.** Colombian legislation provides a large set of rules aimed at protecting the family unit, starting with the Civil Code governing marriage, legal figure that in recent years has undergone many transformations. Thus, current law considers marriage as a simple contractual legal institution, for this reason, this jurisprudential and bibliographic review makes a study of marriage as a contract and a legal business, performing initially a travel through the history and later emphasizing in each theory without forgetting the national laws.

**Keywords:** Canon law, jurisprudential, civil contract, civil law,

## 1. Recorrido histórico

La familia ha sido el origen continuado de la sociedad y en últimas reproduce la especie humana. Tal concepción de la institución familiar se tiene en cuenta desde antaño; sin embargo, en los albores de la conformación del grupo social, la tribu no se comprendía así misma como familia, sino que compartían una comunidad enmarcada en la supervivencia y en el afán que supone cada día. Así, a medida que el hombre como sujeto consciente se determina como real integran-

te de un grupo y actúa en pro del bienestar común, entiende que es él mismo el productor y generador del resto de seres que a su alrededor se encuentran.

Al respecto, se acude a lo que plantea F. Engels en su obra *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, en tanto la familia es un grupo unido por consanguinidad en el cual cada miembro ostenta y juega un papel determinado; sin embargo, aclara que las relaciones entre miembros son distintas en cada cultura, y claro, aún

\* Doctor en Derecho Canónico, Pontificia Universidad Javeriana. Docente tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Institución Universitaria de Envigado. nefesh30@hotmail.com

Recibido: agosto 15 de 2011. Aprobado: septiembre 20 de 2011.

más si se compara con la sociedad actual, pues podía suceder que un hermano y una hermana fueran padres de un mismo hijo, relación inconcebible actualmente. Es claro que, como en la sociedad primitiva, la descendencia era fruto de relaciones sexuales alejadas de la concepción tradicional que albergan nuestras costumbres, es decir, de la monogamia; pues era común la poligamia por parte del padre, y la poliandria por parte de la madre; posteriormente según Bachofen, esta manera de relacionarse evoluciona a un matrimonio de grupos, en el que un hombre pertenecía a todas las mujeres, y la mujer a todos los hombres de la tribu. De manera que el matrimonio, como una de las formas por medio de las cuales se origina la familia, no es una institución nueva, sino que se ha venido perfeccionando y construyendo con el mismo devenir social.

Alejandra María Toro, en su trabajo *Matrimonio Canónico y Matrimonio Civil*, deja claro que el matrimonio es (obviamente) de naturaleza humana, y que constituye una opción de vida en cuanto a la relación y desarrollo que asume un individuo con respecto a los demás, siendo entonces una expresión de la plena realización del ser. Noción de notoria influencia canónica, siempre que la autora reconoce que el matrimonio es una vía para lograr la salvación del sujeto.

De otro lado, el código civil colombiano, en su artículo 113, establece una definición de lo que es el matrimonio, así: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. Definición de influencia contractual y alejada (aunque no radicalmente) de la tradición canónica, eclesiástica o de derecho natural.

La palabra matrimonio proviene de las acepciones latinas “matrismunium” que significan

oficio de madre, pues es ésta quien debe soportar los riesgos del parto y los sacrificios y preocupaciones propias de la educación de los hijos.

Por otro lado, se hace indispensable establecer la naturaleza del matrimonio y como ésta se fundamenta en la doctrina, pues son las construcciones de estudiosos y académicos las que han esbozado las emanaciones (distintas) de esta figura, pues para algunos es de procedencia contractualista, para otros lo es institucionalista, y otros tantos optan por una posición mixta – ecléctica. Corrientes a las que posteriormente se hará referencia.

Luego de que se ha presentado la necesidad de determinar de dónde surge el matrimonio, sea como contrato, sea como institución o como una reunión de ambas teorías, es también relevante remitirse a los principios o bases filosóficas tanto canónicas como civiles, que sustentan dicha figura. Entre los principios del matrimonio católico, se encuentran:

**El *Ius Conubi*:** este es de tradición romana y se refiere al derecho que tiene el sujeto-persona de contraer matrimonio, se configura por ende en una libertad humana fundamentada en el derecho natural.

**El *Favor Iuris*:** este considera que el matrimonio goza de reconocimiento por parte del derecho, por lo que se presume su validez siempre que no se demuestre lo contrario; tal presunción se fundamenta en la forma inicial de familia que representa el matrimonio, que entre otras es la célula de la sociedad.

**La *Salus Animarum*:** este principio considera que el matrimonio es una vía que conduce a las almas a la salvación, por lo cual se reprocha la disolución del mismo.

## Principios generales del matrimonio civil

**No hay nulidad sin texto:** este se refiere a que el artículo 140 CC, contiene de manera taxativa las causales de nulidad de esta forma de matrimonio.

**El matrimonio goza del favor de derecho:** esto es, que el matrimonio se presume válido, y que se requiere un pronunciamiento judicial que desvirtúe dicha validez. Como se observa, el derecho civil reconoce como principios generales del matrimonio, aquellos que se conocen en la doctrina canónica como *Ius Connubi*, y el *Favor Iuris*, punto de encuentro entre ambos tipos de vínculo matrimonial.

No puede decirse que sean insignificantes los pronunciamientos acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, tema que se pretende desarrollar en esta oportunidad, sin embargo, sí es común hallar una coincidencia en la opinión de los autores que optan por una u otra teoría (contractualista, institucionalista o mixta, como ya se dijo). De manera que tales opiniones no son nuevas, muchas de ellas fueron acuñadas mucho tiempo atrás pero aún sirven de soporte a aquellos que se aventuran a estudiar este tema.

Anteriormente, se hizo mención a que el matrimonio es una figura que progresivamente ha ido evolucionando, por lo cual, su tratamiento ha sido distinto en cada momento histórico, aunque quizá no abismalmente porque las legislaciones y ordenamientos jurídicos de la actualidad recogen el trasegar y aportes o construcciones importantes que sobre él se han hecho.

Como se verá, el matrimonio ha sido calificado de manera distinta de acuerdo a la época, por lo cual debe hacerse un acercamiento para comprender lo que hoy nos presentan la doctrina, la legislación e incluso la jurisprudencia.

Así, Ulpiano concebía que el matrimonio era “la unión de varón y mujer consorcio de toda la vida comunicación de derecho divino y humano”, definición que abarca la aparente indisolubilidad de ese acto, además de vincular el aspecto moral o religioso si se quiere; con lo que se evidencia la poca establecida línea divisoria entre el derecho y la moral, pues para la época era claro y marcado el conservadurismo de la sociedad romana, aunque distintos fueran los mandatos y comportamientos de sus gobernantes (entre ellos Heliogábalo o mejor conocido como Marco Aurelio Antonio Augusto, acusado de conceder favores a sus amantes homosexuales, y de realizar otros actos que la comunidad catalogaba de censurables y escandalosos).

Alfonso X el sabio, en su texto *Las Siete Partidas* (redactadas entre 1256 y 1260), establece que el matrimonio es el oficio de la madre (matrismunium), y esto porque es ella quien sufre los mayores trabajos y afanes con la crianza y educación de los hijos, sin dejar de lado, claro está, el papel de padre en cuanto elemento necesario para la procreación; sin embargo, éste debe asegurar el sostenimiento económico de la familia, mientras que la madre es quien está permanentemente en el hogar, y quien por otro lado soporta el dolor del parto.

Este momento histórico responde a necesidades sociales enmarcadas en la expansión territorial de unas naciones, además, del crecimiento económico de la época que, según los historiadores, gozó de plenitud, tanto a nivel monetario como de organización social. La dominación de unos sujetos sobre otros (considerados medios de producción), caracteriza lo que se denomina además como feudalismo, donde la mujer estaba relegada y limitada por las convenciones sociales y por los mandatos del hombre de casa, que era quien en últimas imponía su voluntad sobre su cónyuge y la prole.

Por su parte, se encuentra Pothier, que luego de realizar un análisis completo de las obligaciones, considera no poder dejar de lado el contrato más importante y primero (según él), el Matrimonio, y considera que éste es un contrato que Jesucristo elevó a la dignidad de sacramento, por representar la unión con la iglesia, siendo en últimas contrato civil y sacramento. Sin embargo, añade a esto la temporalidad propia de todo contrato, y su regulación y tratamiento varía obviamente de acuerdo a la época y a los intereses tanto sociales como políticos imperantes en ella; al respecto, trae como ejemplo la regulación que le da el emperador Teodosio al matrimonio entre primos hermanos, proscribiéndolo y estableciéndolo como reprochable, aun cuando antes era permitido. Así, el contrato, encarnando ley para las partes, encuentra limitaciones externas a las que deben atenerse los sujetos que de él hacen parte, por lo que la disposición y establecimiento de condiciones se ve restringido según el orden jurídico.

Este autor, al dedicar su atención al asunto de que el matrimonio es tanto un sacramento como un contrato civil, establece que el mismo puede ser objeto de futuros ataques por nulidad, con lo cual, no se invalida la figura del sacramento del matrimonio antaño instituido por Jesucristo, sino, el contrato en el cual se materializa aquel, de igual forma, considera absurdo realizar una distinción en este punto, pues si un matrimonio resulta nulo para el derecho civil, lo será también para la iglesia, porque no es puro o perfecto siendo también contrario al derecho natural.

Pothier, como es notorio, asume una posición contractualista, de influencia teológica, o más bien, da categoría al hecho de que Jesucristo haya instituido el matrimonio como un contrato y, a partir de ahí, el derecho lo regula (en cabeza de quien ostenta el poder político de la época) y le asigna obligaciones propias.

Vladimir Monsalve Caballero, manifiesta que hasta hace algunos años, el matrimonio era el acto que ejemplificaba la disposición que el hombre podía hacer de su propia vida, relacionándose con una sólida y gran institución social basada en el consentimiento de los contrayentes, en el amor y la perpetuidad y continuación de la prole y, así, admite que esa concepción se ha venido debilitando en tanto es un acto que emana de la voluntad de los sujetos (hombre y mujer) que se constituirán en cónyuges, y que asimismo puede ser aniquilado por gracia de ese mismo querer o voluntad, perdiendo la calidad de irresoluble que antes ostentaba. Este autor, recoge la noción de José Arias según la cual:

El matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas. Es la base de toda la constitución de la sociedad civilizada. Se diferencia de los otros contratos, en que los derechos, las obligaciones y los deberes de los esposos no son reglamentados por las convenciones de las partes, sino que son materia de la ley civil, la cual, los interesados, sea cual fuere la declaración de su voluntad, no pueden alterar en cosa alguna.

Y para Colombia reconoce que el matrimonio implica la conformación de la solidaridad conyugal que obliga a los matrimonios a socorrerse, a ayudarse y a guardarse fe. También señala, como característica del matrimonio, la estabilidad.

Es evidente la influencia solidarista y aún economicista de ambos conceptos, pues por un lado abarca la oferta y aceptación de asumir el acto o matrimonio, teniendo como limitación la obligación de solidaridad que se deben los cónyuges luego de que tal es estatuido perfectamente. Esa visión de solidaridad, no es del todo novedosa; sin embargo, para la tradición conceptual que sobre el tema se tenía, se concreta un cambio, en tanto la igualdad reviste a los sujetos que intervienen y celebran el acto; no se quiere decir con esto, que antes, no se tuviera en cuenta este aspecto, sólo que con las modi-

ficaciones sociales y de los ordenamientos jurídicos se plasma como una obligación exigible realmente y de preponderancia sustancial.

Juristas, doctrinantes, académicos y demás sujetos que se dan a la tarea de analizar el mundo del derecho de familia, y dentro de él lo concerniente al matrimonio, se han manifestado según sus filiaciones teóricas, empero, es común, observar que la tesis que más relevancia y mella doctrinal ha dejado es la contractualista que, por supuesto, adolece de innumerables falencias, sobre todo si del tratamiento legislativo y jurisprudencial se habla.

## 2. El matrimonio como contrato

La tesis del matrimonio como contrato surge como resultado de la antigua costumbre de concertar los matrimonios por la sola voluntad de los parientes, en especial la de los padres, sin tener en cuenta y prescindiendo de manera absoluta con la voluntad de los futuros contrayentes, esto sumado al carácter religioso y sacramental que al matrimonio asignó la Iglesia (Larrain, 1998, pp. 153-160).

Desde la visión del doctrinante Vladimir Monsalve Caballero, el matrimonio como contrato se concibe desde Pedro Lombardo y Graciano (siglo XII), época en la que la mayoría de los canonistas siguen abordando el estudio del libre consentimiento de los cónyuges, como causa eficiente del matrimonio, desde la categoría de los contratos por el llamado principio consensual: “donde no hay consentimiento de los esposos, no puede haber matrimonio”. Paradójicamente, esta gran aportación de la canonística medieval respecto del principio consensual o del libre consentimiento como causa eficiente del matrimonio, ha sido el mejor argumento de algunos civilistas “contractualistas” contemporáneos para reducir el matrimonio a un simple contrato, en cuya

lógica contractual, se deja a la libertad de los esposos la determinación de sus efectos, de su duración y de su finalidad.

Por otro lado, la corriente liberal del siglo XVIII sostiene que el matrimonio es un contrato fundamentalmente porque nace del acuerdo de voluntades, de tal modo que si dicho acuerdo no existe o está viciado, el matrimonio-contrato no nace a la vida del derecho; en el siglo XIX, las leyes civiles del matrimonio eran una copia de la normativa canónica; igualmente lo eran hasta mediados del siglo XX, excepto en la ley del divorcio (Monsalve, 2005, pp. 347-412).

Al ser un contrato, el matrimonio genera una serie de derechos y obligaciones que en su mayoría se encuentran consignadas de manera taxativa en la ley, la cual parte de la presunta voluntad de los contrayentes e impone a estos derechos y obligaciones (Larrain, 1998, pp. 153-160).

### 2.1. Características del contrato de matrimonio

Partiendo de la acepción de la tesis del matrimonio como contrato, se encuentra que éste está definido como un acuerdo de voluntades encaminado a producir efectos jurídicos u obligaciones, y así, puede afirmarse que el matrimonio reúne entonces los elementos propios de un contrato, los cuales, como se observa, son:

**Contrato de derecho privado:** en la actualidad y de acuerdo con la normatividad que lo rige, la institución matrimonial es considerada un contrato de derecho privado, regido íntegramente por la voluntad de las partes, tanto en sus efectos, como en su disolución. La única limitación de este contrato, exclusivamente de derecho privado, radicaría en la necesidad de que fuera celebrado por personas de sexo diferente. Ni siquiera operaría, en un terreno especulativo, la restricción

derivada del número de personas que podrían celebrarlo (Larrain, 1998, pp. 153-160).

**El acuerdo de voluntades:** en el matrimonio este elemento se evidencia al momento de que los esposos acuerdan, de manera libre e incondicional, establecer mediante un vínculo jurídico frente a autoridad judicial, notarial o eclesiástica que los determine como cónyuges y les otorgue un estado civil distinto al que tenían hasta antes de contraer dicha obligación marital.

**Es bilateral:** porque desde el momento de su celebración es fuente y origen de derechos y obligaciones recíprocas entre los cónyuges.

**Solemne:** debido a que está sujeto a unas formalidades específicas determinadas por el legislador, y su inobservancia implica invalidez e ilicitud del acto.

**Puro y simple:** porque no admite modalidades, plazo o condición, debido a que está relacionado con el estado civil de las personas y con los actos de familia que no son eminentemente patrimoniales.

**Es de tracto sucesivo:** porque las obligaciones propias del contrato tienen un cumplimiento periódico, escalonado y prolongado en el tiempo.

**Las partes:** de acuerdo con la Constitución Política de Colombia de 1991 y con el Código Civil, las partes que intervienen en el contrato deben ser de diferente sexo, es decir, un hombre y mujer, de lo contrario sería inexistente.

**Origina un nuevo estado civil:** el cual es irrenunciable, no puede ser objeto de transacción por ser un atributo de la personalidad de los cónyuges (Suárez, 2001).

**Producción de efectos jurídicos:** este aspecto surge con el establecimiento del matrimonio, y esto, porque el derecho considera que

esta institución es importante y merece protección y regulación jurídica. Sin embargo, esos efectos jurídicos propios del matrimonio no son la razón o móvil que lleva a los contratantes a convertirse en cónyuges, son simplemente (y como del concepto se deduce) efectos o consecuencias si se quiere.

Esos efectos pueden ser personales, en cuanto emanan unas obligaciones y unos derechos entre los cónyuges y, patrimoniales, siempre que por el patrimonio puede establecerse una sociedad conyugal.

De otro lado, es claro que todo contrato acarrea o conlleva a las partes a instituir unas obligaciones, y para el matrimonio son específicamente la cohabitación, la fidelidad, el socorro, y la ayuda mutua.

Desde una perspectiva doctrinal, han surgido una serie de aportes en relación con la naturaleza del matrimonio, entre ellas, la teoría contractual o tradicional que cuenta con exponentes civilistas y canonistas franceses de los siglos XIX y XX, como Pothier, Colin, Capitant y Josserand (entre otros); puntualmente Colin y Capitant precisan que el matrimonio es el *resultado de una concordia de voluntades y que naturalmente produce obligaciones*; aunque es necesario decir que en este tipo de contrato las partes no gozan de total disposición y libertad en cuanto al establecimiento de sus consecuencias, disolución - extinción, modalidades de las obligaciones, número de los contratantes o sexo de los mismos, sino que deben ajustarse a restricciones estipuladas de ante mano por la ley y la Constitución. Justificándose esa ausencia de disponibilidad por la concurrencia de intereses que en virtud de él tienen lugar y se extienden a toda la sociedad o grupo social (Suárez, 2001).

De la misma manera, algunos consideran que nuestro código civil acoge esta corriente de manera contractualista, determinando

que el matrimonio civil es un acto jurídico, un determinante del estado civil de los sujetos que en él intervienen y un contrato solemne, consistiendo esta solemnidad en la forma en que se emite el consentimiento: ante un juez y testigos, o ante notario, y surgiendo de ahí escritura pública; a diferencia del canónico que además es un sacramento.

A nuestro modo de ver, para efectos académicos objetivos, no debe entenderse en esta oportunidad desde el aspecto religioso esta manera de unión o acuerdo de voluntades, pues el derecho, si no es canónico es entonces profano, y ambas cosas no entran en comunión de buenas a primeras.

Evidencia clara de la adopción que hace nuestro código civil de la teoría antes descrita, son los artículos 113 y 148 que rezan:

Artículo 113: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Artículo 148: "Anulado un matrimonio, cesan desde el mismo día entre los consortes separados todos los derechos y obligaciones recíprocas que resultan del contrato del matrimonio; pero si hubo mala fe en alguno de los contrayentes, tendrá esta obligación de indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado, estimados con juramento".

Referencias expresas que permiten afirmar que nuestro legislador reconoce la figura del matrimonio como un contrato, del cual como ya se ha dicho, se desprenden obligaciones propias del mismo.

Por otro lado, Calogero Gangi, hace referencia a la cuestión de si el matrimonio considerado como acto constitutivo de la familia legítima es un contrato; y a esto responde que aquel se basa en el consentimiento de las partes y además añade que tal pregunta se debería responder en sentido afirmativo aunque no desecha ciertas dudas al respecto puesto que la celebración del matrimonio implica la intervención de testigos y que un

tercero con autoridad y competencia frente al tema es quien, a través de declaración, afirma el establecimiento y perfeccionamiento del acto (Gangi, 1960, p. 23).

En concordancia con la afirmación anterior, Coviello, Bonfante, De Ruggiero y Pacchioni sugieren la posibilidad de que el vínculo jurídico propio del contrato de matrimonio sea de carácter patrimonial aunque no dan una afirmación severa en este aspecto simplemente dejan abierta la puerta a dicha opción.

Calogero Gangi, se remite de igual manera al Derecho Canónico y desde este el matrimonio es considerado un sacramento al cual se le reconoce origen divino aunque también se considera un contrato siempre que para su perfeccionamiento los contrayentes deben expresar consentimiento ante una autoridad religiosa del ánimo de establecer el vínculo matrimonial; así se evidencia la concurrencia libre de voluntades encaminadas a la producción de una unión amparada por la Iglesia pero con efectos jurídicos propios.

La legislación colombiana abarca dentro de su trayectoria normativa la concepción de que el matrimonio es un contrato, ejemplo de ello son las siguientes leyes:

Ley de junio 20 de 1853 en sus arts. 12 y 22; en el primero se estipula que el contrato de matrimonio será celebrado en la vecindad de la mujer; en lo que respecta al segundo, se establecen los derechos y deberes emanados del contrato de matrimonio.

Ley de abril 8 de 1856, dispuso que para efectos civiles y políticos la ley considera al matrimonio como un contrato, constituido por el mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el empleado competente, con las solemnidades establecidas en la ley.

Por su parte, el doctrinante Pedro Alejo Cañón Ramírez, considera que el matrimonio es tanto un contrato, como un sacramento optando mas por hacer alusión al matrimonio católico, reconociéndole su dependencia al derecho canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil frente a los efectos puramente civiles del matrimonio.

Este autor da especial categoría al matrimonio religioso católico, expresando que este se materializa en un contrato y que de él se generan ciertas ventajas como la intimidad y ayuda mutua que se deben los cónyuges, compromisos determinados en la ley civil; como se mencionó con antelación Cañón Ramírez dedica su atención a la dogmática del derecho canónico con respecto al matrimonio y así se refiere a que este tipo de derecho no desconoce la contractualidad y la institucionalidad del matrimonio, estableciendo esta doctrina que: *La institución no destruye el carácter contractual, antes bien lo complementa y lo modera.* La institución y el contrato de acuerdo a Renard, persigue la finalidad que no es otra que el bien común.

Además, desde esta doctrina se considera que el contrato de matrimonio en su esencia es la expresión del consentimiento dirigido al objeto de la institución porque la naturaleza de este contrato no es *simple equilibrio de voluntades sino que es también de naturaleza institucional y gravita entorno a una idea organizadora*, porque *la denominación de contrato no significa ninguna innovación de la dignidad sacramental del matrimonio, ni nos induce a formarnos un concepto inexacto de la institución matrimonial.*

Cañón Ramírez en su Libro Derecho Civil, Tomo II Volumen I, recoge la tesis contractualista o tradicional, y en ella ubica a autores como Roseau, Montesquieu y Voltaire, los cuales proyectaron la idea del contrato en su época dando fundamento con ello a las instituciones civiles; en esta tesis se esta-

blece el contrato sirve de figura explicativa de la naturaleza del matrimonio, pues el matrimonio se establece por la voluntad humana libre, y soberana de los contrayentes, lo cual desde la visión contractualista de estos autores conforma un autentico contrato (Cañón, p. 77).

En ese mismo sentido el Profesor Jorge Parra Benítez, se suma a la corriente que considera el matrimonio como contrato, diciendo que este es un acuerdo de voluntades que genera obligaciones, sosteniendo además que el matrimonio civil, es únicamente un contrato, mientras que el matrimonio canónico es además un sacramento.

De acuerdo con lo anterior y según Parra Benítez, el matrimonio en Colombia es un contrato solemne, en el que cada parte puede ser de una persona únicamente, y esta ha de ser natural o física, si bien para el caso cada parte debe tener sexo diverso del de la contraria, por eso se refiere a un contrato celebrado por hombre y mujer.

Es por lo antepuesto, que el matrimonio es un acto jurídico, de formación bilateral, bilateral en sus obligaciones, principal de tracto sucesivo o permanente (Parra, 2008, p. 87).

Por su parte el ex presidente y Magistrado de la Corte Constitucional Marco Gerardo Monroy Cabra, expresa que la tesis del matrimonio como contrato se fundamenta en que para su perfeccionamiento se requiere la libertad de los contrayentes, para esto es necesario observar que en el contrato de matrimonio las partes no tienen la potestad para reglamentar los efectos de éste, pues se parte del principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales.

En Italia en la década de los ochenta, más exactamente en 1865 durante la vigencia el Código Italiano, el matrimonio era considerado como un contrato de derecho familiar

esto con el fin de distinguirlo de los demás contratos.

A la luz del Código Civil colombiano, en el art. 113, el matrimonio civil es un acto solemne, esto debido a que debe ser llevado a cabo en la forma prescrita por la ley *ad substantia mactus*. (Monroy, 2008, p. 248).

Otro doctrinante, Gustavo León Jaramillo, en su libro *Derecho de Familia y de Menores*, argumenta que el legislador colombiano acoge la tesis contractualista para explicar la naturaleza jurídica del matrimonio.

La teoría contractualista se impone desde el Derecho Romano, el israelita o el babilónico y aun en comunidades menos estructuradas, la forma contractual es más notoria por la forma en que en el contrato de matrimonio se concilian las voluntades para establecer una unión entre los sexos (Jaramillo, 1991, p. 53).

En el orden de las ideas anteriores, el profesor Fabio Naranjo Ochoa en su obra *Derecho Civil Personas y Familia*, al analizar lo establecido en el art. 113 y 115 del Código Civil colombiano, concluye que el matrimonio, como todo contrato, puede disolverse por el mutuo consentimiento de los contrayentes, quienes podrán establecer obligaciones morales y patrimoniales que lo regulen, pero el contrato de matrimonio es la excepción, pues las partes no pueden establecer las consecuencias del contrato, ni pueden regular sus fines (Naranjo, p. 301).

Acogiendo la tesis contractualista la profesora Gloria Montoya Echeverri, menciona en su texto la definición dada por *Josserand* al contrato de matrimonio, “*el matrimonio es un acto jurídico que si bien es diferente a los demás, produce obligaciones*”; dicha definición no deja de lado la solemnidad de que está revestido el contrato de matrimonio, el cual consiste puntualmente en la forma como se expresa el consentimiento

de los contrayentes, lo que indica, que se debe celebrar ante el Juez y varios testigos o ante Notario elevándolo a escritura pública (Montoya, 2001, p. 19).

A pesar de los referentes teóricos mencionados con antelación, no existe un análisis profundo y dispendioso del tema la mayoría de los doctrinantes concuerdan en que lo es, porque esta figura jurídica reúne los elementos constitutivos del contrato.

## 2.2. Críticas a la teoría contractualista:

Gustavo León Jaramillo plantea lo siguiente; se puede negar la noción tradicional de matrimonio-contrato, pues al afirmarse que el matrimonio constituye un estado reglamentado por la ley, se quiere decir con esto que el matrimonio no es un contrato como los demás, puesto que las partes no pueden regular libremente sus efectos, ni decidir la disolución, o introducción de modalidades contractuales en él, como si se puede hacer en los contratos referentes al patrimonio.

No es posible comparar el matrimonio con algunos tipos contractuales de mero tinte patrimonial en los cuales la voluntad particular no se mueve con plena libertad es incurrir en una impropiedad, porque aun en estos últimos su naturaleza no se desvirtúa por la sujeción de reglas especiales, como es el caso del arrendamiento de inmuebles urbanos en un medio, o como las formalidades para la enajenación de los inmuebles, en cambio el particular tratamiento que recibe el matrimonio en el ámbito jurídico desnaturaliza su encuadramiento contractual.

Si bien es cierto que para el perfeccionamiento de un contrato se requiere de un consentimiento exento de vicios al igual que en el matrimonio, pero en éste el error tiene un tratamiento una aplicación que en el común de los contratos es excepcional (error en la persona o en sus cualidades esencia-

les); el dolo no vicia la voluntad matrimonial; la capacidad se anticipa notablemente por razón de la edad y el objeto y la causa, que en el matrimonio tradicionalmente se señalan como “las obligaciones y derechos entre los cónyuges” y “el vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente” en su orden no generan, en su omisión, la nulidad como en el común de los contratos. Añádase también que aunque las formalidades no pertenecen ordinariamente a los contratos, no es igual la presencia del funcionario que autoriza el matrimonio, quien inquiere por los impedimentos, instruye y examina que el funcionario que presencia y autoriza, como formalidad, otra serie de contratos frente a los cuales sólo es un testigo de excepción por regla general; finalmente al observarse el desenvolvimiento de la vida contractual misma y se encontrarán las diferencias más abismales tanto en la ejecución como en la finalización de las figuras contractuales y el matrimonio (Jaramillo, 1991, p. 53).

Por su parte Calogero Gangi sostiene que, considerando el hecho de que el matrimonio se basa en el acuerdo o consentimiento de las partes, se podría aseverar que el matrimonio efectivamente es un contrato, pero se tiene que tener en cuenta que para la conclusión del matrimonio no basta el simple consentimiento de las partes, sino que se requiere la intervención, además de dos testigos, del oficial del estado civil, el cual precisamente, después de haber recibido el consentimiento de las partes, las declara unidas en matrimonio (Gangi, 1960, p. 23).

### 3. El matrimonio como negocio jurídico

Aceptando la teoría de que el matrimonio es un acto jurídico, es decir un acto humano, voluntario, lícito, cuya finalidad es la generación de las relaciones jurídicas familiares; la estructura de dicho acto es bilateral, integrada por la voluntad de los contrayentes, su-

jeta al control de legalidad, control ejercido por funcionario público, los cuales son concurrentes e inseparables para que el acto de celebración alcance su plenitud jurídica, lo que indica que estos dos elementos constituyen el vínculo, teniendo en cuenta que, según el resultado jurídico como tal, la celebración se produce por la presencia de los requisitos legales y no por la expresión o voluntad del funcionario; es la fuerza legal la que soporta el vínculo matrimonial (Cañón, p. 82).

Por su parte Jose D'Aguano, en su texto *La Génesis y la evolución del derecho civil*, aporta lo siguiente en cuanto al matrimonio como negocio jurídico:

El matrimonio no es un simple contrato, porque mediante él se originan relaciones jurídicas permanentes, que interesan, no solamente a los individuos que las contraen, sino también a la sociedad entera; por lo cual no es posible aplicar al mismo las reglas comunes a todos los contratos.

Con el matrimonio nacen ante todo vínculos entre las personas que se unen, los cuales son de carácter ético, porque tienden al mejoramiento del individuo y al bienestar social.

Asimismo, en el texto *Curso de Derecho Civil IV*, se expone que el matrimonio es un auténtico negocio jurídico, por cuanto se basa en un acuerdo de voluntades entre los que lo celebran, debido a que se requiere del acuerdo de voluntades entre los contrayentes, toda vez que es requisito imprescindible que los contrayentes emitan una declaración de voluntad prestando su consentimiento. Dentro de esta categoría de los negocios jurídicos se define la naturaleza contractual del matrimonio, ya que esas declaraciones de voluntad coincidentes tienden a producir efectos jurídicos para los interesados.

Cabe decir que lo más característico de todo negocio jurídico no es tanto la producción de determinados efectos jurídicos como que

tales efectos jurídicos sean precisamente los queridos por las partes, esto debido a que los efectos del matrimonio ya vienen establecidos por la ley, esto indica que quienes contraen matrimonio no pueden determinar por su propia voluntad cuál es el estatuto jurídico por el que habrá de regularse el matrimonio, pues la propia ley determina el régimen al que habrá de quedar sometido (Moreno, González, et al, 2004, p. 58).

Vladimir Monsalve Caballero considera el matrimonio como negocio jurídico, que se refiere a una manifestación típica del derecho privado, y cita al profesor Cicu quien afirma: *“El negocio jurídico del derecho de familia sería, ante todo el matrimonio”*.

Sosteniendo que el concepto común de negocio jurídico no basta para constituirlo una manifestación cualquiera de voluntad, sino que se requiere a que ésta se encuentre dirigida a un propósito al que precisamente la ley presta sus tutela, es este propósito el que constituye la materia del negocio y con base en el mismo deberá decidirse la aplicación de éstas o aquellas normas jurídicas. Por su parte, Precisa el profesor Cociello:

Así se distinguiría de modo preciso no sólo de los hechos jurídicos materiales en los que falta el elemento de la voluntad, sino también de los hechos voluntarios: de los ilícitos, en que éstos no se dirigen a producir consecuencias jurídicas, ya que éstas nacen en fuerza de la ley contra la voluntad del agente, y de los hechos ilícitos que engendran consecuencias ilícitas, pero sin que la voluntad se enderece a tal fin...

Así, el negocio jurídico es, antes que nada, una manifestación de voluntad: decimos manifestación y no declaración, para comprender también los casos en que la expresión de la voluntad no debe darse a conocer a otra persona (como el reconocimiento de un hijo natural, el testamento) y aquéllos en que la voluntad se manifiesta por un hecho material, más bien que por una declaración propia y verdadera, y decimos también de una o varias personas para abarcar tanto los casos en que de una sola voluntad manifestada dependen consecuencias jurídicas, y aquéllos en que es necesario tener varias voluntades como es el caso del contrato. Por tanto, la voluntad debe tener por objeto un fin práctico, el cual,

sin embargo, no es necesario que sea de orden patrimonial o económico, pues basta que esté protegido por el derecho; por consiguiente, son negocios jurídicos aun aquellas manifestaciones de voluntad dirigidas a constituir una relación de familia como lo es el matrimonio, el reconocimiento, la adopción. Y las consecuencias que el derecho vincula a ellas no siempre son conforme a la voluntad subjetiva del autor del negocio jurídico; antes pueden estar en desacuerdo con ésta y aún serle del todo contrarias, pero siempre corresponden a la intención práctica, según las miras generales del derecho y por eso puede decirse que son conformes a la voluntad normal de los individuos...

Después de lo expuesto, y partiendo de la tradicional definición de negocio jurídico, en consideración a los elementos de hecho que le dan vida, se distinguen en negocios unilaterales y negocios bilaterales. Son unilaterales, aquellos en que la voluntad de una sola parte es suficiente para que surjan consecuencias jurídicas; bilaterales, los que exigen el acuerdo de las voluntades de dos partes. En consecuencia, es acto unilateral aún la manifestación de voluntad de varias personas, si tienen un solo interés como por ejemplo, la renuncia de varios copropietarios de la cosa común; es acto bilateral la manifestación de la voluntad de dos o más personas, cuando son dos los intereses diversos. Los negocios jurídicos bilaterales en esencia son los contratos. El contrato es una forma general del negocio jurídico que puede tener varias aplicaciones.

Estos negocios, en relación con el fin, son de derecho familiar (matrimonio, adopción, reconocimiento), o de derecho patrimonial (contratos y testamentos).

El profesor Vladimir Monsalve Caballero, considera que los elementos de los negocios jurídicos, abstractamente considerados, son de tres especies:

**Elementos esenciales:** son todos los que concurren a constituir un negocio jurídico en general, y los necesarios para tener un determinado tipo de negocio, de tal forma

que la falta de uno de ellos implica la falta del negocio jurídico mismo.

Este elemento lo podemos ubicar en el matrimonio en la mayoría de los estados del mundo al establecerse en la definición del mismo que es un requisito *sine qua non* la presencia de un hombre y una mujer con la intención de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

**Elementos naturales:** son las consecuencias que derivan de la misma naturaleza jurídica de un negocio determinado, de modo que las partes no tienen necesidad de hacer de ellas objeto especial de declaraciones de voluntad, ya que las establece la ley, la voluntad de las partes únicamente es necesaria para excluirlas.

En el caso del matrimonio es aplicable lo anterior, ya que así no lo pacten los contrayentes, los entrará a regir las normas civiles y, en especial, las alimentarias, las que regulan la patria potestad en el caso de los hijos, entre otras.

**Elementos accidentales:** se trata de aquellos que no son necesarios para la existencia de un terminado negocio, ni se entienden implícitamente contenidos en él, sino que están agregados por la voluntad de las partes, tales son, por ejemplo, las condiciones, el término, el modo, y todas las cláusulas especiales que las partes introducen en los negocios jurídicos. Para el matrimonio, sería el caso de cuando los cónyuges optan por el régimen patrimonial de gananciales o por el de separación de bienes.

En el caso colombiano, es totalmente aplicable esta teoría, pues en nuestra legislación por expresa disposición legal, el matrimonio es un contrato y, además, se encuentra en diferentes apartes la inclusión de los elementos de los negocios jurídicos (Monsalve, 2005, pp. 347-412).

El ex presidente y magistrado de la Corte Constitucional Marco Gerardo Monroy Cabra, en su libro *Derecho de familia y de la infancia y la adolescencia*, cita al doctrinante León Duguít, quien expresa que el matrimonio es un acto jurídico-condición, en los siguientes términos,

Ver en el matrimonio un contrato es innegablemente un error. Sin duda, es una convención, pero una convención que es la condición de nacimiento de una situación legal objetiva: la situación legal de casados, el estado de casados; situación permanente que tiene consecuencias generales que se imponen no sólo a los esposos, sino a todos, y que está determinada por la ley en sus efectos y en su extensión.

Algunos doctrinantes modernos, como Von Tuhr, Messineo y Stolfi, Castán, Tobeñas, Albaladejo y Díez Picazo, Ripert y Boulanger, Salvat, Lafaille, y otros, clasifican al matrimonio como un negocio jurídico de familia. De tal modo que admiten que el matrimonio es un acto jurídico de familia y, por tanto, queda por resolver un inconveniente y es si se trata de un simple acto bilateral o si la intervención del oficial público en su celebración lo convierte en un acto complejo. El carácter de acto complejo es sostenido por Vassali, De Ruggeiero y Messineo, fundados en que el matrimonio se forma con el concurso de las voluntades particulares de los contrayentes y de la voluntad del Estado. Puntualmente el tratadista Belluscio sostiene lo siguiente:

Pero lo que a mi juicio es fundamental para negar la calidad de acto complejo del matrimonio y reafirmar su carácter bilateral, es que ningún juego tiene en la formación del acto la voluntad del oficial público, o la del Estado por él manifestada. Su función se limita a comprobar a través de los medios que la ley específicamente señala la identidad de las partes, su habilidad para casarse y la expresión de su consentimiento. Reunidos los requisitos legales, no podría deliberar entre la celebración o no del matrimonio; simplemente, está obligado a celebrarlo. En estas condiciones, por más que deba pronunciar que los esposos quedan unidos en matrimonio, no puede verse allí una declaración de voluntad sino simplemente la expresión fehaciente de que el acto se ha cumplido en forma legal (Monroy, 2008, p. 250).

Por su parte, el doctrinante Pedro Lafont Pianetta plantea que la naturaleza jurídica del matrimonio civil consiste en que este es un negocio jurídico de carácter familiar, lo que indica que el matrimonio es un hecho matrimonial reconocido por el derecho.

El carácter de hecho matrimonial reconocido por el derecho, implica “un hecho de casamiento de naturaleza humana”, lo que significa una unión voluntaria de la conformación heterosexual para marido y mujer que, por lo tanto, implica igualmente una relación interpersonal humana, lo que precisamente diferencia al matrimonio de los demás negocios jurídicos.

Sin embargo, para que el matrimonio sea elevado a la categoría de negocio jurídico, esto es, a la declaración de voluntad formal, esto indica que en el matrimonio no basta el hecho de casamiento, sino que es necesario que se exteriorice la declaración de la voluntad de casarse como estructura representativa de dicha cualidad.

Es por lo anterior que el matrimonio tiene un tratamiento jurídico especial, principalmente porque la institución del matrimonio civil se encuentra reglamentada de manera específica, razón por la cual resulta prioritaria su consideración y aplicación (Lafont, 2010, p. 190).

## Referencias

Cañón, Pedro A. *Derecho Civil*, Tomo II-Volumen I Familia. Santafé de Bogotá: Editorial Presencia LTDA.

Gangi, Calogero (1960). *Derecho Matrimonial*. Tercera Edición. Madrid: Graficas Nebrija S.A.

Lafont, Pedro (2010). *Derecho de Familia* Tomo I. Primera Edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Larrain, Hernán. Matrimonio, ¿Contrato o institución? En: *Rev. Derecho (Valdivia)* [online]. dic. 1998, Vol. 9, No. 1 [citado 18 septiembre 2011], pp. 153-160. Disponible en: <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09501998000200007&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200007&lng=es&nrm=iso)>

Jaramillo, Gustavo (1991). *Derecho de familia y de menores*. Medellín: Imprenta Universidad de Antioquia.

Monsalve, Vladimir (2005). Hacia la contractualización del vínculo matrimonial. En: *Rev. Universitas*. Bogotá (Colombia) No. 110, pp. 347-412. [online]. julio-diciembre. [Citado 18 Septiembre 2011], Disponible en: [http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pub\\_rev/documents/monsalve10.pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/monsalve10.pdf)

Montoya, Gloria (2001). *Introducción al Derecho de Familia*. Primera Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez Ltda.

Moreno, Bernardo; González, José M, et al (2004). *Curso de Derecho Civil IV*, Derechos de Familia y Sucesiones. Valencia (España): Tirant lo Blanch.

Monroy, Marco G. (2008). *Derecho de familia y de la infancia y la adolescencia*, decimoprimer edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Naranjo, Fabio. *Derecho civil, personas y familia*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Parra, Jorge (2008). *Derecho de Familia*. Santafé de Bogotá: Editorial Themis S.A.

Suárez, Roberto (2001). *Derecho de Familia*, Tomo I, régimen de las personas. Bogotá: Editorial Themis.