

**LA NEGATIVA A NEGOCIAR:
EL EJEMPLO DE LA NEGOCIACIÓN
PRECONTRACTUAL DEL ACUERDO MARITAL
Y MATRIMONIAL ENTRE ABOGADOS***

**THE NEGATIVE TO BARGAIN: A
PRECONTRACTUAL NEGOTIATION
EXAMPLE BETWEEN LAWYERS IN
MARRIAGE AND MARITAL UNION**

*Nattan Nisimblat***

Fecha de recepción: 5 de diciembre de 2011

Fecha de aceptación: 13 de marzo de 2012

Para citar este artículo / To cite this article

Nisimblat, Nattan, *La negativa a negociar: el ejemplo de la negociación precontractual del acuerdo marital y matrimonial entre abogados*, 124 *Vniversitas*, 293-323 (2012)

SICI: 0041-9060(201206)61:124<293:LNANNP>2.0.TX;2-S

* El presente artículo es un producto de investigación adelantado en la Maestría en Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá).

** Abogado de la Universidad de Los Andes; negociador de las universidades de Harvard, Mit y Tufts; Especialista en Derecho Procesal; Especialista en Derecho Probatorio; Conciliador en Derecho; miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; miembro del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Correo electrónico: nattan33@yahoo.com.

RESUMEN

El presente documento da cuenta de una investigación sobre negociación preconflictual de los acuerdos, tanto en el contrato de matrimonio como en su versión no contractual (unión marital) entre abogados pertenecientes a firmas legales acreditadas de la ciudad de Bogotá.

Palabras clave autor: familia, derecho de familia, derecho matrimonial, negociación, mediación, conciliación, capitulaciones, teoría relacional.

ABSTRACT

This document reports an investigation into preconflictual negotiation of agreements, both in the marriage contract as its non-contractual version (marital union) between lawyers from reputable law firms in the city of Bogotá.

Keywords author: Family Law, Contractual Law, Mediation, Liability, Prenuptial Agreements, Relational Theory.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN Y PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.- II. METODOLOGÍA Y ESTRATEGIA APLICADAS.- III. MARCO TEÓRICO.- *A. El derecho de familia: posibles impedimentos institucionales frente a la celebración de acuerdos precontractuales en las relaciones matrimoniales y maritales.*- *B. Episteme: El paradigma de la complejidad.*- *C. Negociación, conflicto, complejidad y representaciones sociales.*- *D. Teoría relacional de los contratos.*- 1. El matrimonio como contrato relacional.- *E. Estoppel.*- *F. Régimen jurídico de las capitulaciones.*- IV. RESULTADOS EMPÍRICOS: REPRESENTACIONES SOCIALES.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN Y PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La negociación, entendida lingüísticamente como aquella serie de tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto¹, ha sido estudiada dentro de los mecanismos alternos de resolución de conflictos, bajo una visión eminentemente pos-conflictual, como parte del método de solución ante controversias vigentes y en el marco del estudio de procedimientos como la conciliación, la amigable composición, el arbitraje y aun el proceso judicial². Sin embargo, pocos estudios jurídicos³ se centran en las relaciones precontractuales, en la medida en que se ha considerado que por no existir aún conflicto no se requiere de la elaboración de una teoría que ofrezca mecanismos para evitar, mediante la negociación, el nacimiento de la disputa.

Es común, y así se demostrará en el desarrollo del trabajo, que al momento de suscribir los contratos las partes difieran la discusión sobre los mecanismos de solución de conflictos para el momento en que aquellos se manifiesten, bien por desconocimiento de las alternativas precontractuales, bien por temor de provocar una disputa que aún no existe, ora por convencimiento de la imposibilidad de que una buena relación pueda degenerarse en un conflicto irresoluble, por lo que es también común que quien suscribe un contrato no lo lea, o quien negocia un acuerdo no escriba lo pactado, desconociendo en muchos casos que en algunos contratos, en especial los de tracto sucesivo y larga duración, existen relaciones previas y pequeñas o grandes negociaciones que tratan sobre aspectos relativos a la forma en que van a ser ejecutados o interpretados en el futuro, siendo usual que ni siquiera se suscriba contrato, a veces por miedo a dañar aquella “buena relación”, a veces por simple desidia intelectual.

1 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, XXII Edición.

2 Dentro del estudio de las posibles causas de congestión judicial en Colombia se han planteado, entre otras, la debilidad en la infraestructura judicial, el indebido manejo de las acciones por parte de los ciudadanos, la falta de recursos económicos, la imposibilidad de dar pronta resolución al conflicto por la implementación del sistema escrito y la falta de preparación de los jueces y operadores judiciales, para lo cual se han planteado reformas estructurales al sistema, incluyendo la transición a la oralidad (Ley 906 de 2004, Ley 1149 de 2008, Ley 1285 de 2009, Ley 1395 de 2010 y Ley 1437 de 2011), una mayor capacitación judicial, el sistema de carrera (Ley 270 de 1996) y el aumento del presupuesto.

3 A la fecha se han encontrado trabajos que dan cuenta de la teoría relacional del contrato y su aplicabilidad al sistema jurídico colombiano, tema que se desarrollará en el marco teórico más adelante.

Dentro de las relaciones más usuales se encuentra el contrato de matrimonio y su versión no contractual, la unión marital de hecho. Tanto el primero como la segunda están limitados por factores temporales, pues la legislación colombiana impide la realización de ciertos actos jurídicos antes o después de celebrado el matrimonio o bien de iniciada la convivencia, lo que lleva a distinguir momentos de la relación que hacen parte de la vida común de las personas involucradas en: a) un futuro matrimonio; b) un matrimonio reciente; c) un matrimonio disuelto; d) una relación próxima o con vocación de convertirse en unión marital; e) una unión marital recién establecida y f) una unión marital declarada junto con su sociedad patrimonial y en estado actual de disolución o disuelta y liquidada.

En la presente investigación, las personas que interesaron para el estudio (universo) son los abogados, pues representan un grupo social letrado, del cual, además, se presumió un conocimiento básico acerca de las posibilidades y alternativas de negociación frente a una situación de hecho y de derecho que va a ser parte de sus vidas personales. Dentro de este universo se decidió trabajar con una muestra representativa de abogados que hacen parte de firmas legales acreditadas en la ciudad de Bogotá y que, además, provienen de familias tradicionalmente reconocidas como solventes económicamente⁴.

La investigación buscó responder, entre otras, las siguientes preguntas: ¿Negocian los abogados sus matrimonios y uniones maritales de hecho? ¿Negocian los abogados las condiciones de la unión marital antes de iniciarla? ¿Conocen los abogados las posibilidades extra patrimoniales de la negociación previa al matrimonio o a la unión marital?

Las preguntas aquí planteadas arrojaron la necesidad de realizar una investigación inicial que respondiera a otros interrogantes relativos a la legislación vigente y las representaciones sociales que se construyen en torno a las relaciones estudiadas⁵, y para ello es necesario aclarar algunas afirmaciones hasta ahora realizadas:

-
- 4 Se eligieron a los abogados porque se asume, para los efectos de esta investigación, que si algún grupo social está predispuesto a negociar estos acuerdos son ellos, ya que al pertenecer a una clase social elevada, gozan de un patrimonio estable y por su misma formación y práctica profesionales entienden las consecuencias patrimoniales de las sociedades matrimoniales y maritales y la fragilidad de las mismas.
 - 5 Entendiendo por representaciones sociales aquellos “*sistemas cognitivos en los que es posible reconocer la presencia de estereotipos, opiniones, creencias, valores y normas que suelen tener una orientación actitudinal positiva o negativa, la cual se rige con fuerza normativa en tanto instituye los límites y las posibilidades de la forma en que las mujeres y los hombres actúan en el mundo*”.

1. Si bien es cierto que la negociación de un matrimonio, tal y como se encuentra actualmente regulada en el Código Civil colombiano, se circunscribe al régimen de capitulaciones, ello obedece únicamente al sistema legal de inclusiones y exclusiones patrimoniales de la futura sociedad conyugal a conformarse por el hecho del matrimonio, no es menos cierto que los cónyuges en ciernes puedan valerse de dicho contexto para negociar otros aspectos personales de la futura relación.
2. Toda relación, aun la de hecho, es susceptible de negociación previa. En países occidentales, y cada vez más en Colombia, es común que las parejas después de cierto tiempo de relación acuerden establecer una convivencia permanente y singular, sin que ello comporte la celebración de un matrimonio y sin desdibujar el carácter “de hecho” del establecimiento de la pareja, pues aunque esta forma de creación de la familia estuvo inicialmente regida por tal expresión —de hecho—, contenida en la Ley 54 de 1990, debe considerarse la doctrina de la voluntad manifiesta (expresa o tácita) establecida por la Corte Suprema de Justicia⁶ en materia de unión marital, fundada en la convivencia (condición subjetiva) y no la mera tolerancia de uno de los integrantes de la pareja respecto de las condiciones objetivas de la unión marital (cohabitación y auxilio).

Quizás existan negociaciones y acuerdos que no quedan escritos pero que son acuerdos tácitos en la pareja sobre todos estos temas; tal vez tales acuerdos, de llegar a ser documentados (aun por medios no escriturarios), ofrecerían alternativas de solución futuras mediante la invocación de un impedimento de representación o de promesa⁷.

En el plano estrictamente jurídico existen dos posiciones acerca de las posibilidades de acuerdos patrimoniales premaritales, es decir, acuerdos celebrados antes de la iniciación de una convivencia marital en unión permanente. La primera, que indica que por tratarse de una unión de hecho excluye cualquier tipo de acuerdo previo o concertación y la segunda, que apoya la teoría según la cual, por estar el régimen marital sujeto a las regulaciones previstas en el Libro 4, Título XXII, capítulos I al VI del Código Civil, nada se opone a la celebración por

Sandra Araya Umaña, *Las representaciones sociales*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Costa Rica, p. 11 (2002).

6 Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC-050 de 2008. M.P. César Julio Valencia Copete.

7 Se hace expresa referencia en este punto al principio del Estoppel, del cual se dará cuenta en el marco teórico.

escritura pública de capitulaciones⁸, las cuales en este caso se denominan “maritales”, caso en el cual es necesario remitirse a lo dicho respecto de las negociaciones prematrimoniales en todos sus aspectos⁹.

Para desarrollar y resolver los interrogantes hasta ahora planteados se abordarán los siguientes conceptos, desarrollados a través de capítulos: a) el marco teórico del contrato matrimonial y de la unión marital de hecho; b) la teoría relacional de los contratos; c) la negociación como una herramienta preconflictual; d) el paradigma de la complejidad; e) La teoría de las representaciones sociales; f) la doctrina del *Estoppel*; g) el análisis etnográfico y f) la construcción de las representaciones sociales.

Se dedicará un primer título a definir el marco teórico a partir de cinco elementos intrínsecos al problema, como son el derecho de familia, el derecho contractual, la negociación, la psicología y la sociología. El primero de los capítulos se ocupará de determinar si es o no posible celebrar acuerdos previos al matrimonio o a la unión marital de hecho distintos a los de contenido patrimonial y si tales acuerdos pueden ser vertidos en un documento escriturario denominado capitulación. Para ello se acudirá a la doctrina nacional y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional colombianas. El segundo se ocupará de la determinación acerca de la existencia o no de relaciones y acuerdos previos al contrato de matrimonio y si por lo tanto este contrato puede definirse como relacional. Para ello definirá qué es un contrato relacional a partir de la teoría formulada en los Estados Unidos de Norteamérica por los profesores Ian R. Macneil y Stewart Macaulay y si bajo este marco el matrimonio puede considerarse como tal¹⁰. El

8 Aroldo Quiroz Monsalvo, *Manual de Familia, V, Matrimonio Civil y Religioso y Unión Marital de Hecho, Doctrina y Ley*, Bogotá, p. 88, (1999). Esta edición de 1999 fue objeto de revisión por el profesor Quiróz en 2010, quien sostiene la misma posición a la aquí propuesta, la cual tiene como sustento el artículo 16 de la Constitución Política de 1991 que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

9 Al respecto consultar la Circular Administrativa No. 13 del 1º de agosto de 2005, emitida por el Superintendente de Notariado y Registro, a propósito de la expedición de la Ley 962 de 2005, en la cual se informó: “Otra atribución, es la referida a la celebración de capitulaciones, constitución, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de compañeros permanentes, lo cual sugiere que se abre la posibilidad de que en las uniones maritales de hecho se pacten entre los compañeros capitulaciones”.

10 No se escogió el abordaje del tema desde la perspectiva teórico-normativa de la responsabilidad precontractual, en virtud de que ella obedece a una categoría jurídica distinta de la que pretende el estudio de las relaciones matrimoniales y maritales. Tampoco se incluyeron las teorías sobre los contratos de adhesión, pues surgen de relaciones de distinto linaje. En cuanto a la teoría de la responsabilidad precontractual, se entiende que no puede limitarse a aquellas relaciones que no llegaron perfeccionarse en un contrato; sin embargo, por ser esta su génesis y su estructura lógico-jurídica, no debe hacer parte de la discusión sobre la existencia de las relaciones previas al contrato matri-

tercero, la negociación, se abordará desde una perspectiva del fenómeno de la recepción, entendida esta como el proceso por el cual un país adopta o incluye en su sistema de derecho una institución proveniente de otro¹¹. Se propondrá entonces en este capítulo que por una indebida recepción de la teoría de la negociación, adelantada principalmente en la Universidad de Harvard en los Estados Unidos y particularmente de los autores Roger Fisher y William Uri, quienes en su libro titulado *Getting to Yes: negotiating agreement with out giving in*¹², identificaron un problema consistente en negociar con base en posiciones, a partir del cual formularon un método de negociación que parte de la identificación de principios y de intereses, se incluyó el modelo y la teoría de la negociación, como parte del concepto “conciliación”, situación que ha llevado a que en Colombia la negociación sea estudiada y aplicada como un modelo y a veces como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos (solución pos-conflictual), cuando, en realidad, las teorías propuestas para la aplicación del modelo norteamericano, tienen principal incidencia en las relaciones precontractuales, es decir, pre-conflictuales.

El cuarto elemento tenido en cuenta en el marco es el relativo al paradigma de la complejidad, el cual se abordará como *episteme*, que lo define como el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que constituyen el mundo fenomenal¹³, entendiendo a la persona como “*un sistema complejo adaptativo que recibe, procesa, manipula y registra la información tanto interna como externa, de manera explícitas e implícitas, para emitirla en transformación de su contexto y en conductas adaptadas a su reproducción y sobrevivencia, impulsando la evolución cultural como mecanismo de su autorrealización plena*”¹⁴, elemento que servirá para entender el quinto formulado que es el de la representación social.

monial o el acuerdo marital, pues en el caso bajo estudio la premisa fundamental es la celebración del contrato o la iniciación de la convivencia, lo cual, en principio, excluye el abordaje de teorías que nacen precisamente de aquellas relaciones que no se perfeccionaron y que, sin embargo, son objeto de declaración indemnizatoria.

11 John Henry Merryman, *La tradición jurídica romano-católica*, segunda edición en español, Fondo de Cultura Económica, p. 31 (1989).

12 Traducido al castellano como “Sí, de acuerdo... cómo negociar sin ceder”.

13 E. Morin, *Introducción al pensamiento complejo*, Gedisa, Barcelona (1995).

14 Ponencia para Primer Debate en la Cámara de Representantes a la Ley 1090 de 2006, “*Por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de psicología, se dicta el código deontológico y bioético y otras disposiciones*”. Definición adoptada por la Corte Constitucional en Sentencia C-832 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas.

La teoría de las representaciones sociales constituye un elemento básico para el análisis de las entrevistas que se realizaron en el curso de la investigación¹⁵. Una representación social es la sintetización de las explicaciones que extraen las personas de los procesos de comunicación y del pensamiento social mediante el cual conocen el contexto social que les rodea¹⁶.

Finalmente, el análisis etnográfico consistirá en identificar si en las relaciones humanas, y en especial las prematrimoniales y premaritales, existe una representación que hace parte de una construcción social propia de la institución y es el tabú hacia la negociación preliminar.

II. METODOLOGÍA Y ESTRATEGIA APLICADAS

Se trató de una investigación empírica en derecho de corte cualitativo-etnográfico, que desarrolla el diálogo entre ideas y pruebas a través de marcos analíticos (articulados por las ideas) y las imágenes (las descripciones basadas en las pruebas empíricas de la vida social)¹⁷, con punto central en la negociación pre-conflictual de los acuerdos, tanto en el contrato de matrimonio como en su versión no contractual (unión marital), entre abogados pertenecientes a firmas legales acreditadas de la ciudad de Bogotá y a estratos sociales altos. Para ello se partió de un estudio de las percepciones cognitivas y emocionales en una muestra de rango amplio entre 25 abogados escogidos de una muestra estratificada según sus circunstancias maritales¹⁸.

15 Charles C. Ragin, *La construcción de la investigación social*, Siglo del Hombre, p. 129 (2007).

16 Sandra Araya Umaña, *Las representaciones sociales: ejes teóricos para su discusión*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, p. 11 (2002).

17 Charles C Ragin, *La construcción de la investigación social*, Siglo del Hombre (2007)

18 Se entrevistaron tanto abogados hombres como mujeres, y de un rango amplio de edades para representar la composición actual de las firmas de abogados reconocidas en la ciudad de Bogotá, teniendo en cuenta que, para el objetivo planteado, esta muestra aportó respuestas a los interrogantes iniciales, pues representan etapas distintas de una misma relación (en sus dos formas), en las cuales las percepciones pueden variar. Finalmente, se incluyeron en la muestra personas de distintas profesiones (un economista, una psicóloga) y se realizaron dos entrevistas a clérigos y representantes de la Iglesia Católica y del judaísmo, para identificar algunos patrones propios del matrimonio bajo estas dos confesiones y su incidencia en las relaciones regidas por la ley civil colombiana. El universo se encuentra representado por los abogados de todas las firmas legales (bufetes) y para el presente estudio, firmas legales acreditadas en Colombia. La muestra estratificada se compone de 25 abogados, mujeres y hombres, que laboran en bufetes legales de reconocida trayectoria en la ciudad de Bogotá. Para la elaboración de la muestra, se identificaron aquellos bufetes de reconocida trayectoria en la ciudad de Bogotá para seleccionar entre ellos 15 a 25. Se identificó inicialmente si el bufete tiene conformación familiar, sus áreas de conocimiento y trabajo, así como el tamaño. De cada bufete se escogieron, preferiblemente, un hombre y una mujer de rangos de edades distintos que cumplieran con los requisitos de la investigación, es decir, que se encontraran en una cualquiera

III. MARCO TEÓRICO

Tal como se indicó, la determinación acerca de la existencia de una real posibilidad de negociar parte de varios puntos en los que convergen el matrimonio y la unión marital, como son el régimen constitucional y legal, el régimen contractual, la *episteme* y la negociación.

A. El derecho de familia: posibles impedimentos institucionales frente a la celebración de acuerdos precontractuales en las relaciones matrimoniales y maritales

La moderna interpretación del Código Civil permite afirmar que tiene una estructura y contenidos abiertos a la reinención social, a la actualización, a la constitucionalización y a la percepción de un código dinámico. Si bien es cierto que la actual redacción del código pareciere limitar el contrato prematrimonial (y por ende el premarital) a situaciones eminentemente patrimoniales, nada obsta para que al amparo de otras normas igualmente incorporadas al Código Civil vigente puedan ser aplicadas al régimen general de las obligaciones matrimoniales y maritales.

La doctrina consultada¹⁹ parece ser unánime, en el sentido de encontrar en la redacción actual del Código Civil una restricción a la inclusión de acuerdos no patrimoniales en la escritura de capitulación, y por lo tanto los acuerdos logrados por fuera de este objeto no podrían hacer parte del convenio escritural y, por ende, de incluirse tales pactos, no serían en forma alguna materializables en forma de obligaciones con

de las situaciones anteriormente descritas. Igualmente, y para efectos de contrastación exógena a la muestra, se realizaron entrevistas con un representante de la Iglesia Católica Apostólica Romana experto en relaciones matrimoniales y derecho canónico, el Gran Rabino de la Comunidad Judía de Bogotá, una psicóloga y un economista. Se realizaron entrevistas semiestructuradas. Las preguntas iniciales involucraron aspectos relativos a su educación (nivel), su entorno social (estrato), aspectos relativos a la relación prematrimonial, premarital o actual (confianza), conocimiento de las posibilidades de lograr acuerdos previos y posibilidades de negociarlos (representaciones). En el caso en que las respuestas a las preguntas finales (¿negoció?) fueron afirmativas, se acudió a una segunda fase consistente en preguntas sobre la técnica de negociación y el conocimiento de las posibilidades de lograr acuerdos. Durante las entrevistas se realizaron preguntas de seguimiento y preguntas de percepción que permitieron elaborar posteriormente representaciones sociales para ser presentadas en las conclusiones finales.

19 Entre los autores consultados se encuentran 1. Pedro Lafont Pianetta (Derecho de Familia). 2. Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve (Derecho Civil – Familia). 3. Isabel Cristina Jaramillo (A History of Family Law in Colombia. Thesis (J.S.D.). Harvard Law School, 2007). 4. Marco Gerardo Monroy Cabra (Derecho de Familia y de la Infancia y de la Adolescencia).

vocación de ser ejecutadas judicialmente o aun tenidas en cuenta para fundar una causal de reclamación por la vía del proceso de divorcio, en la medida en que al matrimonio le subyace el concepto mismo de orden público, es decir, aquella función imperativa que tiende a asegurar la organización que posee una sociedad para su normal y correcto funcionamiento y que impide que puedan derogarse por convenios particulares sus disposiciones²⁰.

Sin embargo, nada obsta para que las partes realicen ciertos pactos adicionales en la escritura, a los cuales se hará referencia como “pactos no patrimoniales”, que eviten en el futuro disputas innecesarias en relación con aspectos como el manejo del hogar, las relaciones sociales y afectivas en los niveles cualitativo y cuantitativo, la facultad de corrección de los hijos, el número de ellos a procrear²¹, el tipo de educación que será impartida a sus hijos menores (artículo 68, inciso 4º) y aún su sexo²², pues son acuerdos que comportan parámetros o guías preestablecidas de resolución de futuros conflictos ante situaciones que se presentan en toda relación matrimonial, y es claro que si el Código Civil permitió el pacto sobre las consecuencias patrimoniales, al determinar las causales de incumplimiento de las obligaciones matrimoniales y posteriormente maritales, también permitió la inclusión de parámetros de comportamiento a observar durante la vigencia de la relación, los cuales pueden enmarcarse, siendo el matrimonio un contrato, aunque atípico, en el régimen general de las obligaciones de hacer o de no hacer, las cuales, por naturaleza, son siempre de carácter personal²³.

20 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 27 de junio de 1940.

21 Artículo 42 de la Constitución, inciso séptimo.

22 Valencia Zea y Ortiz Monsalve utilizan la expresión “*reproducción humana con asistencia científica*”, como una forma de procreación, invocando el artículo 42 de la Constitución Política. “*El hombre contemporáneo ha arrebatado gran número de secretos a la materia, y sus investigaciones han llegado al tal punto en el campo biológico, que muchos de los secretos de la vida han dejado ya de serlo. Así, la inseminación artificial, que hasta hace algunos años solo se aplicaba a los animales, comienza a aplicarse a los seres humanos; la selección de las especies mediante cruzamientos adecuados, puede aplicarse a los hombre, y la perfección de la sexualidad mediante hormonas es un hecho cumplido*”. Arturo Valencia Zea & Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Familia*, 7ª ed., Bogotá, 23 (1995).

23 Vale recordar respecto de la unión marital que la Corte Suprema de Justicia enseñó que la Ley 54 de 1990 “*no tenía como único propósito, definir la unión marital de hecho y describir sus elementos, sino que también en ella se estableció que esa concepción se hacía para todos los efectos civiles (se subraya) [sic], lo que significa que, con independencia de cuáles sean en concreto esos efectos (derecho a alimentos, derechos laborales prestacionales, entre otros), es innegable que la norma hace alusión a una relación jurídica específica que genera consecuencias jurídicas determinables para cada uno de los compañeros permanentes*”. Sentencia 268 de 28 de octubre de 2005, expediente 2000-00591-01.

Respecto de esta previsión, es necesario distinguir entre lo que es una obligación de tipo personal propia del cumplimiento de los deberes conyugales y aquella que deriva del régimen general de las obligaciones, siendo la primera proveniente de las consagradas en los artículos 113, 176 y 178 del Código Civil y el artículo 9 del Decreto 2820 de 1974, esto es, la derivada de los deberes de cohabitación, fidelidad, socorro y ayuda²⁴.

Aun en estos eventos, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia ha previsto que para la determinación de la ocurrencia de una causal derivada del incumplimiento de los deberes conyugales (causales 2 a 7 del artículo 154 del Código Civil) es necesario atender a circunstancias de gravedad, educación, ambiente social y costumbres de los cónyuges²⁵, situación que lleva a afirmar que las cláusulas de divorcio taxativamente contempladas en el Código Civil son abiertas, es decir, se trata de normas que deben ser interpretadas y aplicadas a la luz de las especiales circunstancias derivadas de la relación matrimonial, atendiendo a elementos particulares y extrínsecos del matrimonio.

Varias decisiones apuntan en este sentido. Por ejemplo, respecto de la causal segunda de divorcio, consistente en el grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres, ha dicho la Corte que *“la obligación de vivir juntos, que emerge desde el día en que los esposos contraen el vínculo conyugal, no puede ser, ni desconocida de modo unilateral por alguno de ellos, ni tampoco por decisión bilateral o de común acuerdo, salvo, en el primer caso, que haya un motivo que legalmente justifique semejante proceder, o en la segunda hipótesis, que el acuerdo se encauce con sujeción a lo que el ordenamiento establece, como cuando se acude a la separación de cuerpos por mutuo consentimiento, forma de separación incorporada en la actual reglamentación de la materia”*, lo cual indica que, si bien las partes no pueden ni unilateral ni bilateralmente renunciar al deber de cohabitación, en la medida en que eliminarían uno de los elementos de la esencia del contrato, sí podrían, atendiendo por ejemplo a especiales circunstancias de trabajo, acordar plazos razonables de separación, cuando ella, por ejemplo, es el producto de la necesidad de ejecutar un contrato laboral o de servicios en

24 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 26 de abril de 1982.

25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencias julio 26/29, T. XXXVII, 56; febrero 17/30, T. XXXVII, 416, julio 26/30, T. XXXVII, 56; mayo 23/33, G.T. 1894,343; junio 4/37, G.J. 1924, pág. 127, Mayo 7/79, G.J. T. CLIX, pág. 121. Ver también la Sentencia C-246 de abril 9 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda.

el que uno de los cónyuges debe ausentarse de su hogar por un periodo determinado, caso en que es necesario determinar cuál es ese lapso máximo que se considera justificado para que no opere el abandono, sin que tal periodo esté previamente fijado en la ley²⁶.

Frente a la causal tercera que consagra los ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra, se ha reiterado que “*continúa vigente la doctrina de la Corte de que en la determinación de esta causal débese [sic] tener en cuenta las circunstancias de educación, ambiente social y costumbres de los cónyuges*”²⁷, es decir, que para su determinación probatoria, son necesarios elementos objetivos y subjetivos, intrínsecos y extrínsecos, entendidos tales como aquellos que solo pueden deducirse, por una parte, de la formación individual de cada uno de los cónyuges (educación), del entorno de la pareja (ambiente social) y de sus tradiciones (costumbres), recordando en este punto lo dicho en el informe-ponencia para primer debate en Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, sobre los derechos de la familia, el niño, el joven, la mujer, la tercera edad y los minusválidos, en el que se aclaró que pueden constituir familia aun quienes “*no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias*”²⁸.

Respecto de esta misma causal, ha dicho la jurisprudencia que hay conductas que, a pesar de no ser constitutivas de relaciones sexuales con personas distintas del cónyuge, sí lo son de injuria grave contra la dignidad del honor conyugal, cuando ellas tengan la suficiente con-

26 Debe recordarse en este punto la distinción que en materia de cohabitación existe en la legislación colombiana respecto del matrimonio frente a la unión marital, pues ha dicho la Corte Suprema de Justicia que “(...) las uniones maritales de hecho están signadas esencialmente por un elemento fáctico consistente en la comunidad de vida permanente y singular de la pareja, en la que, a diferencia del matrimonio, la cohabitación no es una mera finalidad que pretendan satisfacer o el cumplimiento de un deber, o un propósito que bien podría no alcanzarse sin que por ello se afecte la existencia y validez del vínculo; por el contrario, se trata de una realidad palpable y tangible de cuya existencia depende la de la unión marital de hecho. En otros términos, en el matrimonio la cohabitación de los esposos es una consecuencia y un deber recíproco que se desprende de las nupcias, las cuales le preceden, sin que, por supuesto, ella condicione la existencia o validez del vínculo; esa cohabitación, en cambio, es el presupuesto de existencia de la unión marital de hecho” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de Noviembre 25 de 2004. Rad. 7291).

27 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de Mayo 7/79, G.J. T. CLIX.

28 Gaceta Constitucional No. 85: Informe-Ponencia para primer debate en plenaria sobre los derechos de la familia, el niño, el joven, la mujer, la tercera edad y los minusválidos. Constituyentes Jaime Benítez Tobón, Iván Marulanda Gómez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas Romero, Guillermo Perry, Guillermo Guerrero Figueroa.

notación de crear apariencias comprometedoras o lesivas para uno cualquiera de los casados.

En este sentido ha afirmado la Corte Suprema de Justicia que “*se consideran como tales aquellos comportamientos contrarios al decoro, respeto mutuo, recato y, en fin, a la consideración que se deben los cónyuges, ocasionados con palabras, con escritos, hechos y actitudes, cuando revistan el calificativo de graves según las circunstancias particulares esto es, de acuerdo con la educación y estado social de los casados, con sus costumbres y tradiciones, con el entorno o ambiente, etc.*”²⁹, ratificando así el alto tribunal que el calificativo de “grave” de la conducta debe ser producto de la evaluación y conjugación de circunstancias internas y externas a la relación matrimonial.

Finalmente, se destaca en la jurisprudencia civil en el punto del numeral citado, que “*si del maltrato de obra se trata para entender configurada la causal definida por el numeral 3º del artículo 154 del Código Civil preciso es que haya una conducta, exterioridad de la acción atribuible al demandado, representativa de atentados personales más o menos graves que puedan comprometer la integridad física del otro cónyuge o la de un descendiente*”³⁰, es decir, que la gravedad mayor o menor del atentado que constituye razón para determinar el incumplimiento del deber debe ser definida atendiendo, como expresa la sentencia citada, a las circunstancias particulares, esto es, de acuerdo con la educación y estado social de los casados, con sus costumbres y tradiciones, con el entorno o ambiente, etc.

La doctrina, por su parte, enseña cuáles son los deberes de los cónyuges derivados del contrato matrimonial, y para ello los divide en explícitos e implícitos. Los primeros son aquellos que provienen de las prescripciones de los artículos 113, 176 y 178 del Código Civil y el artículo 9 del Decreto 2820 de 1974, esto es, los derivados de los deberes de cohabitación, fidelidad, socorro y ayuda mutuos³¹.

El deber de cohabitar implica una obligación de hacer y una correlativa de no hacer. La de hacer consiste en mantener el domicilio conyugal conjunto sin renunciar a él; la de no hacer implica el no ausentarse injustificadamente del hogar, bien sea por pacto o por decisión unilateral;

29 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de julio 19 de 1989.

30 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de junio 7 de 1989.

31 Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho de familia y de menores*, 5ª ed., Librería Jurídica Wilches, p. 253 (1997).

el deber de fidelidad implica una interdicción para cualquiera de los cónyuges de incurrir en actos sexuales o de cualquier otra clase que puedan llevar a la interacción con otra persona, lo que incluye los besos, los actos eróticos e inclusive las caricias; el deber de socorro y ayuda mutuos, implica una obligación de dar, en la medida en que comporta el deber de suministrar lo necesario al cónyuge que no tiene los medios para proveérselo y en lo tocante a las necesidades domésticas proveer en consideración a las posibilidades económicas de cada uno.

Como deberes implícitos destaca la doctrina los siguientes: 1) deber de sinceridad; 2) paciencia; 3) comunidad espiritual que conserve la identificación conyugal y 4) solidaridad, entendida como el deber de velar por el propio sentido del honor para impedir que resulte lesionado el honor del cónyuge³².

Bastan estos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios para afirmar que la pareja está habilitada para determinar cuáles son los motivos de hecho que pueden invocarse como legítimos para fundar una futura causal de incumplimiento, teniendo en cuenta que el régimen del contrato de matrimonio presume la plena capacidad de los cónyuges, es decir, la plena consciencia de estar adquiriendo un compromiso con una persona cuyos rasgos, características, afinidades, gustos, educación, tradiciones familiares y valores son parte de su futura relación, y en esa medida pretender que en una sociedad pluralista como la que es reconocida en la Constitución Política vigente, tan solo pueden aceptarse valores y principios únicos, como los provenientes de una determinada religión³³.

En este sentido, las costumbres, la religión, el amor, el estrato socioeconómico, las relaciones familiares previas y el conocimiento personal de la pareja, son circunstancias que determinan la forma como ha de desarrollarse el matrimonio y cómo han de cumplirse las obligaciones y los deberes propios del contrato, en la medida en que en una sociedad pluralista puede y debe aceptarse que si bien las relaciones civiles están regidas por una misma norma, no así las relaciones sociales

32 *Ib.*, p. 256.

33 Tal y como ocurre en el derecho norteamericano, donde el Acto Uniforme de los Acuerdos Prematrimoniales de 1983 (*Uniform Premarital Agreement Act*), permite expresamente en su sección tercera, literal a), numeral octavo, pactar “*any other matter, including their personal rights and obligations, not in violation of public policy or a statute imposing a criminal penalty*” (“*cualquier otro asunto, incluyendo sus derechos personales y obligaciones, siempre que no violen la política pública o los estatutos que imponen penas criminales*”).

y personales, pues bien puede ocurrir que en un determinado grupo o sector de la sociedad las relaciones de pareja tiendan a desenvolverse en función de la familia antecedente (grandes familias), o bien que las costumbres impongan ciertos patrones de comportamiento que deban obedecerse en el seno familiar (religión), teniendo en cuenta que, según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias citadas, existe la posibilidad frente al contrato de matrimonio de reconocer y aplicar una costumbre *secundum legem*, es decir, una legislación conforme, creada por los cónyuges, que debe ser tenida en cuenta al momento de aplicar las normas que regulan las causales de incumplimiento y que tal conjunto de normas derivadas de la costumbre puede ser predefinida *ex ante*, para así definir la forma como va a ser ejecutado el contrato³⁴.

Este reconocimiento de la costumbre de raigambre privatista tiene sustento en el artículo 13 del Código Civil vigente, según el cual “*la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva*”. Esta norma fue analizada por la Corte Constitucional en Sentencia C-224 de 1994, quien determinó, grosso modo, que “*la referencia hecha en el artículo 13, a la moral cristiana, no implica, como pudiera pensarse, una exigencia de carácter dogmático que suponga un privilegio para esa moral frente a otras*”, pues para el alto tribunal la expresión “*moral cristiana*” significa la referencia a uno de los elementos constitutivos de la costumbre, la *opinio juris*, según la cual “*la costumbre, para que sea jurídica, debe generar en la comunidad que la observa, la convicción de obligatoriedad*”.

Igualmente, en la citada sentencia, la Corte aceptó que “*entendida la expresión ‘moral cristiana’ como la moral social o moral general, es evidente que en casos excepcionales tendría validez como fuente del derecho una costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular. Sería el caso, por ejemplo, de algunas tribus indígenas cuyas costumbres se basan en una moral diferente a la general de los colombianos. En virtud de los artículos 7, 246, 247 y 330 de la Cons-*

34 No se sabe aún si, tal como ocurre en el derecho norteamericano —consuetudinario— algunas cláusulas prematrimoniales pueden ser consideradas como promotoras del divorcio. Algunas cortes de los Estados Unidos han determinado que una cláusula de excesiva penalidad económica puede, en lugar de sostener el vínculo promover su disolución, por el beneficio que reporta el incumplimiento, y con base en ello han anulado contratos prematrimoniales que contienen cláusulas cuya onerosidad aumenta la probabilidad de divorcio. Jonathan E. Fields, *Forbidden Provisions in Prenuptial Agreements: Legal and Practical Considerations for the Matrimonial Lawyer* HeinOnline, 21 J. Am. Acad. Matrimonial Law, 413 (2008).

titución, los individuos que componen tales grupos, podrían invocar sus costumbres, acordes con su propia moral social”.

Piénsese, a este propósito, en una pareja de futuros cónyuges que planea contraer matrimonio se encuentra ante este dilema: el novio profesa la religión católica apostólica y romana, la novia la religión musulmana; ambos han tenido relaciones matrimoniales previas —que aún conservan vigencia conforme a las leyes religiosas, pero se encuentran disueltas conforme a la ley civil— y cada uno de ellos tiene hijos de tales relaciones, los cuales han sido criados bajo sus respectivas creencias religiosas.

Estando habilitados para ello, han decidido contraer matrimonio conforme a la ley civil colombiana. Al indagar sobre las diferencias que pueden encontrarse frente a sus costumbres y creencias religiosas, encuentran, entre otras, las siguientes: el catolicismo no objeta el consumo del alcohol en el hogar, mientras que el Islam lo veda (Corán, sura 2, versículos 219, 4:43, 5:90, 5:91); el catolicismo admite el consumo del cerdo, mientras que el Islam lo prohíbe (Corán 2:173, 5:3, 6:145, 16:115); El catolicismo nada dice respecto de la periodicidad de las relaciones sexuales, mientras que el Islam las exige para efectos de reproducción y de satisfacción mutua entre los cónyuges, al punto de que, en el Islam, el descontento sexual es considerado como base legítima para solicitar el divorcio por parte de la esposa o del marido (Corán 2:187, 2:222 y 30:21); ambos credos tienen algunas fechas en las cuales no se ingiere alimentos (ayuno), siendo notorio que en el Islam existe un mes del año en que durante el día está prohibido su consumo (Ramadán); el día musulmán comienza a las seis de la tarde (calendario lunar), mientras que el día católico comienza a las seis de la mañana (calendario solar).

Entonces, ¿de contraer matrimonio esta pareja, sería objetable, a la luz de las normas que consagran los deberes conyugales, determinar previamente cuáles serán los parámetros de conducta que observarán los futuros cónyuges en materia de alimentación, periodicidad en las relaciones sexuales y hábitos del hogar?

Es cierto que el contrato de matrimonio y las normas que regulan los deberes conyugales son normas de orden público, pero también es cierto que dichas normas son aplicables atendiendo reglas extrínsecas y a elementos empíricos, tales como la costumbre, las relaciones sociales, la estratificación socioeconómica, la educación, la cultura y la religión.

Conforme a la jurisprudencia citada, tales elementos podrían hacer parte de convenios precontractuales, siempre que en su tenor o su intención no deroguen los contenidos esenciales de las normas que consagran los efectos jurídicos de las relaciones matrimoniales, separando así, tal como lo regula el Código Civil, lo que es la esencia y lo que es accidental en la relación matrimonial o marital.

Y es que esta libertad de escogencia viene garantizada —si se quiere inmunizada—, por el artículo 16 de la Constitución Política de 1991, según el cual *“todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”*, artículo que fue analizado *in extenso* por la Corte Constitucional en la Sentencia C-221 de 1994, con motivo de la demanda presentada contra los artículos 2° y 51 de la Ley 30 de 1986, en la cual determinó que *“el considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos”*.

B. Episteme: El paradigma de la complejidad

Para efectos de comprender el problema de investigación se funda la episteme en el paradigma de la complejidad, definido por Edgar Morin como *“el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que constituyen nuestro mundo fenomenal”*³⁵. En este sentido, este paradigma comprende nuestro mundo a través de la interacción, a partir de la incertidumbre, lo circular, lo abarcador y lo trascendental. Igualmente el sujeto hace parte del objeto, por tanto existe una relación recíproca, ninguno es aislado³⁶.

El paradigma de la complejidad ha intentado abrir un horizonte para comprender el actuar del hombre en el mundo, haciendo hincapié en la multidimensionalidad de la realidad, es decir, que a través de la interacción de diversas ciencias puede el hombre acercarse aun más a lo que le rodea.

Se entiende al hombre, para los efectos aquí planteados, como un ser en construcción dinámica y constante, como proyecto inacabado, como

35 E. Morin, op. cit.

36 En este sentido: las capitulaciones hacen parte del autor y el autor hace parte de las capitulaciones.

producto y productor de culturas e historias, en definitiva, como un ser que es con los otros; el hombre es un ser multidimensional³⁷.

Bajo estos conceptos es que se construye y se identifica la realidad precontractual de los actos matrimoniales y maritales, pues sólo en la medida en que se reconozca que tales actos no son el producto del simple deseo de unión permanente entre dos personas —deseo contractual—, sino de realizar cometidos y cumplir expectativas que son el producto de la interacción de dos mundos subjetivos, cada uno plenamente distinguible del otro, conformando así una comunidad de intereses. De allí que se busca identificar el sentido del común de las personas que ven el matrimonio como algo cerrado, algo consumado, en lugar de observarlo desde afuera, desde antes, en su justa dimensión, como algo que se construye.

C. Negociación, conflicto, complejidad y representaciones sociales

Preguntarse por qué un abogado no negocia sus contratos, particularmente el de matrimonio y su versión no contractual, requiere de un marco que provea las herramientas necesarias para el análisis de los resultados, así como para la reformulación de las preguntas que surjan de dicho análisis.

Se busca con ello identificar a partir de datos empíricos una representación y, si ella no existiere, construirla, de modo que los resultados de la investigación se enmarquen en un contexto determinado que permita su contrastación.

La forma de vida sociocultural es constituida por significados y conceptos que se comparten dependiendo también de discursos que funcionan para negociar los diversos significados e interpretaciones que

37 En este proceso, el paradigma de la complejidad surge como un intento en la búsqueda, como posibilidad de acceso a las realidades sociales, en el que, según Morin, existen tres principios fundamentales para dar cuenta de la complejidad del universo: i. Dialógico, que relaciona dos lógicas antagónicas y complementarias a su vez, necesarias para la organización; el hombre es pues individuo–especie, sujeto–sociedad, reconociendo así su multidimensionalidad y al mismo tiempo la coexistencia e implicación de condiciones consideradas antes que excluyentes. ii. Recursividad organizacional. Supone acción y retroacción en el conjunto producto–productor, causa–efecto; generando un proceso circular, ya no lineal; en este sentido, “*la sociedad es producida por las interacciones entre individuos, pero la sociedad, una vez producida retroactúa sobre los individuos y los produce*”. iii. Hologramático. Posibilita ir más allá tanto del reduccionismo (que centra su atención en las partes) como del holismo (que no ve más que el todo), postulando que nada está aislado en el universo, que el inter-juego entre el todo y la parte se hace ineludible para la comprensión y enriquecimiento del mismo. *Ib.*, p. 107.

le otorga el ser a su propia realidad. En las relaciones humanas, y en especial las prematrimoniales y premaritales, existe una representación que hace parte de una construcción social propia de la institución y es el tabú hacia la negociación preliminar.

Los estudios de la Universidad de Harvard³⁸ proponen como problemas y obstáculos en la realización de toda negociación la falibilidad de las negociaciones, la falta de realización de acuerdos, los daños en las relaciones y la pérdida de tiempo y dinero, para los cuales postulan como causas posibles, entre otras, ver la negociación primariamente como cero-suma; la falta de un marco sistemático para preparar, conducir y analizar las negociaciones; ignorar el impacto de nuestro comportamiento en los demás; limitaciones institucionales y normas culturales; el ego, la emoción y el escalamiento.

Pero este marco en nada se asemeja al que en Colombia se ha venido entendiendo y manejando, pues, como se dijo, la negociación no se remonta a los procesos pos-conflictuales, sino, más bien, a procesos pre-conflictuales, situación que se evidencia en algunos textos, especialmente los relativos a la conciliación, donde es común encontrar que los autores confunden y a veces equiparan los conceptos “conciliación” y “negociación”, siendo el primero un mecanismo de solución de conflictos y el segundo un mecanismo de intercambio, que bien puede ocurrir en etapas anteriores a una relación determinada.

En efecto, al realizar un estudio doctrinal en torno a la conciliación se encontró con que la mayoría de los autores ven la negociación exclusivamente como una etapa del conflicto, es decir, por regla general no se admite que la negociación es un método de prevención, tal y como lo formula la teoría norteamericana (Macneil y Macaulay).

Autores como Ortíz Monsalve y Monroy Cabra, mencionan en sus textos sobre resolución de conflictos las teorías de los profesores Fisher y Ury de la Universidad de Harvard, pero las ubican en un plano eminentemente pos-conflictual, es decir, como método de solución alternativa del conflicto, cuando es evidente que lo propuesto por los autores americanos no es una teoría de resolución de conflictos, sino más bien un método para el logro efectivo de toda negociación, es decir, un método de anticipar el conflicto.

38 The Program on Negotiation At Harvard Law School. University Consortium Harvard - Mit - Tufts.

D. Teoría relacional de los contratos

Según postula la academia norteamericana³⁹, en los contratos de tracto sucesivo y larga duración existen relaciones previas y pequeñas o grandes negociaciones que tratan sobre aspectos relativos a la forma en que van a ser ejecutados o interpretados en el futuro. Estas relaciones y las negociaciones que sobre ellas recaen, por lo general no son incluidas en las cláusulas contractuales, por lo que las partes deben con posterioridad atender a conceptos como “la intención original” o la “interpretación conforme”, para desentrañar lo que ellas mismas quisieron que fuera su contrato o para escudriñar aquello que motivó el acuerdo —causa y consentimiento.

La teoría relacional admite la existencia de esas relaciones anteriores al contrato y las negociaciones que pudieron hacer parte de las condiciones para su ejecución, para así concluir que en esta clase de negocios, es decir, aquellos que tienen una vocación de perdurar en el tiempo, tales relaciones deben ser tenidas en cuenta para lograr una armónica ejecución, en la medida en que se logra con ello evitar la incertidumbre que ocasionan las interpretaciones posteriores frente a nuevas situaciones que pueden derivarse del cumplimiento de las obligaciones nacidas para cada una de las partes, teniendo en cuenta que es de la naturaleza de los contratos de tracto sucesivo y larga duración la imprevisibilidad de los cambios permanentes en cuanto a los elementos cualitativos y cuantitativos de las obligaciones a cargo de las partes, bien por elementos intrínsecos al contrato (partes, objeto, causa) o a elementos extrínsecos (terceros, mercados, política, economía), lo que lleva a afirmar que todo contrato de esta categoría conlleva la inclusión o el reconocimiento de los pactos que se hicieron antes de su celebración.

39 La academia norteamericana postula a Ian Macneil como el autor de la teoría relacional. El profesor William C. Whitford de la Universidad de Wisconsin recopila en un documento titulado *Ian Macneil's contribution to contracts scholarship*, 1985 Wis. L. Rev., 545 (1985), los escritos más significativos de Macneil, los cuales fueron objeto de revisión para la verificación de sus postulados: I. Macneil, *The New Social Contract* (1980). I. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, 72 Nw. U.L. Rev., 854 (1978); Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and The Need for a "Rich Classificatory Apparatus"*, 75 Nw. U.L. Rev., 1018 (1981); I. Macneil, *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, 68 VA. L. Rev., 947 (1982) Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. Rev., 691 (1974); I. Macneil, *Restatement (Second) of Contracts and Presentiation*, 60 VA. L. Rev., 589 (1974); I. Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, 78 Nw. U.L. Rev., 340 (1983).

1. El matrimonio como contrato relacional

Según el postulado anterior, es lógico concluir que el contrato matrimonial es eminentemente relacional, ya que conlleva pequeñas y grandes negociaciones, producto de relaciones anteriores a su celebración, que incluyen circunstancias modales, temporales y espaciales respecto de los futuros cónyuges, así como factores externos, tales como la familia, la educación previa, el estatus socioeconómico, la etnia, la ascendencia y la religión, que son tenidos en cuenta en mayor o menor grado al momento de tomar la decisión de celebrar el acuerdo (ej. a. Matrimonio con creencias religiosas diversas; b. segundas, terceras, o cuartas nupcias; c. origen pluriétnico o pluricultural; d. ascendencia u origen extranjeros).

Entender el matrimonio como un contrato relacional conlleva, sin embargo, una redefinición en cuanto a su naturaleza jurídica, y por lo tanto, en cuanto a las consecuencias frente a su ejecución y su terminación, se postula un distanciamiento, en cuanto al divorcio se refiere, del régimen actual de culpa, tal y como se prevé en el Código Civil, y un acercamiento al régimen contractual del incumplimiento, con base en el reconocimiento de la existencia de pactos, implícitos y explícitos, que hacen parte del régimen general de las obligaciones derivadas del contrato conyugal establecido en la ley, pues se entiende que el matrimonio, como contrato que es, admite definición en cuanto a sus obligaciones, pero dada la atipicidad en cuanto a su naturaleza, incluye un régimen de culpa que es propio de las relaciones extracontractuales y, sin embargo, por esta misma naturaleza contractual, también admite el preestablecimiento de condiciones o pactos (votos, acuerdos de comportamiento, de religión, de lenguaje, de cultura, etc.) que hacen que al momento de ejecutarlo o terminarlo puedan invocarse como extensión de las obligaciones implícitas o mínimas contenidas en la ley.

Y es que una visión relacional del contrato de matrimonio permite, al igual que ocurre en las legislaciones sobre mínimos preestablecidos, fijar puntos que se pueden denominar como “de partida” o innegociables, tal como ocurre, por ejemplo, con el contrato de trabajo, el cual, a pesar de estar bajo una regulación tuitiva, de orden público, permite a las partes superar lo que la ley determina cuantitativa (salarios, primas, pensiones, cesantías) y cualitativamente (igualdad y condiciones justas de trabajo).

Desde este marco, al igual que en la relación laboral, puede entenderse que en el matrimonio existen previsiones legales que no pueden sobre-

seerse por los cónyuges mediante acuerdos previos dada su naturaleza imperativa (art. 16, CC) y, sin embargo, nada obsta para que, a partir del reconocimiento de puntos mínimos o de partida, puedan los futuros cónyuges o compañeros permanentes superar los límites de protección que la ley les brinda pues, como ya se dijo, la relación matrimonial o marital no es homogénea ni predeterminada por patrones sociales, culturales o religiosos y, por el contrario, hace parte de la condición cambiante, en la que quienes se unen para compartir, procrear y ayudarse, aportan sus necesidades, creencias, conocimiento y experiencia, para trazar un sendero común, en el que puedan, sin más limitaciones que las establecidas en la ley, desarrollar su proyecto de vida.

E. Estoppel⁴⁰

La doctrina del “*Estoppel*” o “*impedimento*” proviene del derecho común o consuetudinario y nació ante la necesidad de complementar el requisito de la consideración de la posición propia del derecho contractual y se utiliza en el presente trabajo como marco de referencia de las negociaciones prematrimoniales y premaritales para enfrentar el problema que representa el postulado de la fuerza ejecutiva o poder vinculante de los acuerdos no patrimoniales.

El vocablo proviene del francés *estoupail*, que significa “tapón”, refiriéndose a una propuesta para detener el desequilibrio de una situación particular. El término está relacionado con el verbo *estop*, que proviene del francés antiguo *estopper*, en el sentido de “detener”, “impedir”. En inglés la palabra “*stop*” significa “detenerse”, de allí también la similitud con el vocablo “*estop*”. Las principales especies del *estoppel* son el impedimento por registro; el impedimento por escritura; el impedimento por representación de hecho o impedimento equitativo; el impedimento de propiedad; el impedimento por convención o convenio y el impedimento por aquiescencia o permisión⁴¹, siendo relevantes en el presente estudio las doctrinas del impedimento por la representación de hecho o

40 Nattan Nisimblat, *La cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional colombiana y el principio del Estoppel en el derecho anglosajón*, Revista Vniversitas, 118, Universidad Javeriana, pp. 15-30 (ene.-jun., 2009).

41 Los tres primeros tipos de impedimento fueron presentados por primera vez en el caso de la Duquesa de Kingston (*Duches of Kingston's Case*, 20 How. St. Tr. 391; *Smith's Ld. Cas.* 573.) resuelto por el juez inglés Lord Coke. El caso es descrito por John D. Lawson en la revista *Leading Cases Simplified. A Collection of the Leading Cases of the Common Law*, como el primer caso de la ley del *estoppel*.

por conducta también conocida como *estoppel in pais*⁴², impedimento de promesa⁴³ e impedimento por convención⁴⁴.

La referencia a la doctrina del *estoppel* adquiere relevancia en la medida en que, en el marco de la teoría relacional, tal como se ha formulado respecto del matrimonio y de la unión marital, es necesario incorporar aquello que de antaño reconocen otras legislaciones —ahora la colombiana—, como lo es la vocación de ejecución de los acuerdos que se realizan por razón de la negociación previa al inicio del matrimonio o la convivencia y que no hacen parte de un documento o de una escritura, pero que sí pueden, previa demostración plena, ser invocados como causales de incumplimiento bajo el régimen general obligacional del matrimonio.

F. Régimen jurídico de las capitulaciones

El Código Civil colombiano regula las capitulaciones matrimoniales en el Título XII, de los artículos 1771 a 1780, los cuales se hacen extensivos, *mutatis mutandis*, al régimen de la unión marital de hecho, tal como lo prevé la Ley 54 de 1990.

Parte del estudio realizado incluyó la revisión de las religiones católica apostólica⁴⁵ y judía, encontrando que en la primera se prohíben los pactos económicos antes de entrar al matrimonio, mientras que en la segunda son de obligada aceptación⁴⁶.

42 La expresión *in pais* significa “por acto de notoriedad” o “por acto formal y solemne”. Se presenta este impedimento cuando una persona, llamada representante, ha realizado a otra, denominada representada, una representación de hecho, por palabras o comportamientos, por acción o por omisión, para inducirla a creer algo que tiene por cierto, caso en el cual el hecho no podrá ser negado con posterioridad, aun si la inducción al hecho falso hubiere sido por error o por negligencia.

43 La doctrina de los actos propios impide que una parte que ha realizado una promesa a otra se retire unilateralmente, en caso de que esta hubiere razonablemente confiado en la promesa y actuado conforme a ella. Similar cláusula se encuentra actualmente en el artículo 1611 del Código Civil, con la clara distinción que nuestro sistema prevé una fórmula solemne para el perfeccionamiento del acto.

44 El impedimento por convenio o por acuerdo se presenta cuando dos partes que negocian un contrato o convención comparten una hipótesis, creencias o la comprensión de la forma en que el contrato será interpretado o lo que será el efecto jurídico, caso en el cual están obligados por esa creencia o suposición, siempre que se demuestre que ambos sabían que el otro tenía las mismas creencias y ambos basaron sus relaciones posteriores sobre tales creencias. En el derecho vigente, tal proposición se encuentra contenida en los artículos 107, 625 y 1061 del Código de Comercio, que regulan aspectos relativos a la “intención” manifiesta o implícita en algunos negocios jurídicos.

45 Entrevista realizada con un padre franciscano, doctor en derecho canónico.

46 La ley judía incluye en el contrato matrimonial, denominado *Ketuvá*, las negociaciones previas realizadas entre los cónyuges y sus respectivas familias antes de celebrar el rito religioso.

Como se dijo, no es motivo, ni por lo tanto objetivo del presente trabajo, definir qué es o cómo se entiende el régimen jurídico de las capitulaciones; sin embargo se realiza expresa referencia al marco teórico esbozado en el acápite relativo a las causales de divorcio y su análisis al tenor de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, aclarando que, según todo lo expresado anteriormente, bajo el régimen previsto en los artículos 16 y 42 de la Constitución Política de 1991 es plenamente admisible incluir en un contrato de este linaje previsiones no patrimoniales que regulen situaciones como la religión de los futuros cónyuges o compañeros y sus hijos⁴⁷; cultura e idioma en el seno familiar⁴⁸; lenguaje y formas de comunicación entre los cónyuges o los compañeros permanentes; ocio, recreo, descanso. Su definición cualitativa (cuándo, cómo) y cuantitativa (por cuánto)⁴⁹, que se traduce en el número de hijos a procrear y su sexo⁵⁰; relaciones familiares y sociales; métodos de solución alterna de controversias conyugales, maritales y familiares⁵¹; metas, proyectos, modelo de vida; salud, alimentación, deporte, como complementos o como fundamento de la estabilidad conyugal, marital o familiar; intimidad y respeto por la individualidad en su dimensión cualitativa y cuantitativa⁵².

47 Derecho consagrado en el artículo 42 de la Constitución y en el numeral 12 del artículo 4° de la Ley 1361 de 2009, “Por medio de la cual se crea la ley de Protección Integral a la Familia”, D.O. 47.552 de 3 de diciembre de 2009.

48 Ley 1361 de 2009, art. 4, num. 14.

49 Ley 1361 de 2009, art. 4, num. 6.

50 Derecho consagrado en el artículo 42 de la Constitución y en el artículo 1° de la Ley 1410 de 2010, “Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable”, 47.867 de 19 de octubre de 2010. “*Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos que conformarán la familia. La progeneración responsable, se considera una actitud positiva frente a la sociedad, y como tal será reconocida, facilitada y estimulada por las autoridades*”.

51 Se colige de la lectura de los instrumentos que consagran los mecanismos alternos de solución de conflictos que solo podrán ser objeto de estos instrumentos aquellos conflictos susceptibles de transacción y desistimiento, tal como lo prevén el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1981, la Ley 446 de 1998 y la Ley 640 de 2001, que consagran los mecanismos autorizados por el artículo 8 de la Ley 270 de 1996, reformado por la Ley 1285 de 2009, como son la transacción, el arbitraje, la amigable composición, la conciliación y la mediación. Sin embargo, tal como ocurre con el arbitraje en materia laboral o la conciliación en materia contencioso-administrativa, es perfectamente admisible acudir a mecanismos alternos de solución de conflictos, aun en asuntos donde se encuentra comprometido el orden público, cuando con ellos se busca que las partes se avengan a sus compromisos o asuman unos nuevos.

52 Una de las personas entrevistadas afirmó que su relación no se afirma como el complemento de dos medias naranjas, sino bajo la visión que se tiene de cada uno de los cónyuges como una “naranja entera”.

IV. RESULTADOS EMPÍRICOS: REPRESENTACIONES SOCIALES

Las entrevistas giraron en torno a tres grandes temas: 1) negociaciones en el matrimonio; 2) negociaciones en el ámbito personal y 3) negociaciones en el ámbito profesional. Se preguntó de manera individual a cada uno de los entrevistados por sus hábitos personales y profesionales, por la experiencia en su matrimonio, por su percepción de otros matrimonios y uniones maritales, por su conocimiento acerca de la posibilidad de negociar y por las condiciones en que ingresó en su actual relación. Igualmente, se indagó por la formación de los abogados en las escuelas de derecho en temas de negociación, por la preparación profesional, por la percepción o representación que se tiene sobre los demás abogados, por las creencias acerca de las posibilidades de negociación prematrimonial en aspectos no patrimoniales y por la percepción en torno al amor.

Teniendo en cuenta el marco teórico formulado y las entrevistas realizadas, se identificaron siete representaciones existentes entre los abogados, encontrando que un alto porcentaje de los entrevistados piensa o siente que los abogados en general negocian sus contratos y en específico el contrato matrimonial. Sin embargo, al preguntársele si de manera personal lo ha hecho o si conoce a alguien que lo haya celebrado, la respuesta cambia de manera inmediata, lo cual indica una percepción dominada por la formación y la posición del entrevistado, pero no por su real experiencia.

La segunda representación gravita en torno a las capitulaciones, hallando que no se capitula si no hay bienes de fortuna que salvaguardar en alguna de las partes involucradas en la relación. Se determinó que los abogados consideran que si no hay bienes no es necesario capitular. En este sentido, los abogados entrevistados no piensan en las capitulaciones más que en un medio para excluir derechos patrimoniales de la sociedad conyugal o patrimonial. Los entrevistados, en su mayoría, afirman que si no existe patrimonio, propio o familiar, no es necesario el pacto.

En cuanto a la inclusión de aspectos personales en las capitulaciones y celebración de otros acuerdos no escriturales, las respuestas denotan una notoria percepción de que no es posible capitular sobre aspectos personales, tan solo patrimoniales. La mayoría de los abogados consultados piensan que no es posible jurídicamente incluir en sus capitulaciones

derechos de índole personal, compromisos o comportamientos que van a determinar la forma como va a ejecutarse el contrato matrimonial en virtud del orden público inmerso en el régimen del matrimonio y de las capitulaciones.

En relación con el amor, existe consenso en que es indispensable a la hora de negociar. No se negocia cuando hay amor. Las entrevistas arrojaron como resultado un impedimento para negociar en el amor. Si hay amor, hay confianza. En este sentido se equipara al amor con la confianza, por lo que se recuerdan, a este propósito, las palabras del maestro Carnelutti, quien afirmó que *“concordia y discordia son dos palabras, como la de acuerdo, que tanta importancia tiene para el derecho, proviene de corde (corazón): los corazones de los hombres se unen o se separan; la concordia o la discordia son el germen de la paz y de la guerra”*⁵³.

Al indagar sobre la preparación profesional para negociar, se determinó que los abogados no saben negociar. Un alto número de entrevistados negaron haber adquirido habilidades para la negociación, situación que coincide con la consulta en los programas de algunas facultades de derecho, las cuales en su nivel de pregrado incluyen a la negociación como parte del programa de conciliación o de métodos alternos de solución de conflictos (negociación ex post)⁵⁴. En este punto coinciden tanto la representación como la realidad.

La sexta representación gira en torno a la negociabilidad del matrimonio y de la unión marital, encontrando que para los entrevistados las condiciones del matrimonio no son negociables y que existe arraigo en el concepto de la innegociabilidad de las condiciones de ejecución del matrimonio, en virtud de la existencia de un orden público y de un orden constitucional que se erige en impedimento para predeterminar aspectos personales de la futura relación matrimonial o marital.

Finalmente, se constató que el abogado considera la institución matrimonial como el final y no el comienzo, verificando así el sentido del común de los abogados que ven el matrimonio como algo cerrado, algo consumado, en lugar de observarlo desde afuera, desde antes, en su justa dimensión, como algo que se construye y no como el cierre de un proceso.

53 Francesco Carnelutti, *Cómo se hace un proceso*, Temis (2007).

54 Ministerio de Educación Nacional. www.men.gov.co.

V. CONCLUSIONES

La revisión de la legislación es hasta ahora conclusiva, pues de una parte se entiende que las instituciones del matrimonio y de la unión marital están revestidas de protección legal y constitucional, pero también que las previsiones de orden legal se constituyen en cláusulas abiertas que permiten la negociación preconflictual y la anticipación de condiciones de ejecución del contrato.

Se concluye entonces que la redacción actual del Código Civil es compatible con los artículos 16 y 42 de la Constitución y en tal sentido no contiene restricciones a la inclusión de acuerdos no patrimoniales previos al matrimonio o al inicio de la convivencia; por lo tanto, los acuerdos logrados por fuera de este objeto podrían hacer parte del convenio escritural y por ende, de incluirse tales pactos, pueden materializarse en forma de obligaciones con vocación de ser ejecutadas judicialmente o aun tenidas en cuenta para fundar una causal de reclamación por la vía del proceso de divorcio, todo ello como parte de otra conclusión que apunta a que el contrato matrimonial es eminentemente relacional, ya que conlleva pequeñas y grandes negociaciones, producto de relaciones anteriores a su celebración, que incluyen circunstancias modales, temporales y espaciales, respecto de los futuros cónyuges, así como factores externos, tales como la familia, la educación previa, el estatus socioeconómico, la etnia, la ascendencia y la religión, que son tenidos en cuenta en mayor o menor grado al momento de tomar la decisión de celebrar el acuerdo.

El análisis de la indagación empírica permite afirmar que los impedimentos anunciados en el capítulo tercero se concentran en convicciones o representaciones en torno a las posibles causas de la carencia de ánimo o convicción para negociar, fundadas esencialmente en ver la negociación primariamente como cero suma, es decir, como una situación en que si se negocia, alguien pierde y alguien gana, así como en la visión sobre la ausencia de un marco sistemático para preparar, conducir y analizar las negociaciones, motivado fundamentalmente en el desconocimiento de las herramientas legales y la falta de preparación teórica y empírica de los abogados, aunado a las limitaciones institucionales y normas culturales y la permeabilidad de elementos subjetivos como el ego, las emociones, la religión y el amor.

En lo que atañe al elemento intersubjetivo, tal como se afirmó, se reafirma que el hombre al construir su realidad en la interacción con el otro muestra una parte de sí mismo, que actualmente se denomina subjetividad, con la cual el hombre manifiesta su afectividad, sus creencias, su modo de ver, de pensar, sentir y de actuar ante la vida y su cotidianeidad. Esta intersubjetividad es reconocida por la legislación y por sus intérpretes y con base en ella se construye el elemento de causalidad frente al posible cumplimiento o incumplimiento de los deberes maritales o matrimoniales, que no son cosa distinta que el deseo de realizar cometidos y cumplir expectativas que son el producto de la interacción de dos mundos intransferibles, cada uno plenamente distinguible del otro, conformando así una comunidad de intereses que es objeto de protección constitucional desde su artículo 42.

BIBLIOGRAFÍA

- Aroldo Quiroz Monsalvo, *Manual de Familia, V, Matrimonio Civil y Religioso y Unión Marital de Hecho*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá (1999).
- Arturo Valencia Zea & Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Familia*, 7ª ed., Temis, Bogotá (1995).
- Acto Uniforme de los Acuerdos Prematrimoniales de 1983 (*Uniform Premarital Agreement Act*), National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL).
- Josette Becher & Patricia Coronado, *Representaciones sociales de los juegos de Azar desde los símbolos y los significados que construye un grupo de jugadores de Casino en Santafé de Bogotá*, Universidad Santo Tomás, Bogotá (1999).
- Benjamin Silliman University of Wyoming, Walter R. Schumm & Kansas State University, *Marriage Preparation Programs: A Literature Review*, 8 *The Family Journal*, 2, pp. 133-142 (2000).
- Charles C Ragin, *La construcción de la investigación social*, 129 *Siglo del Hombre* (2007).
- E. Morin, *Introducción al pensamiento complejo*, Gedisa, Barcelona (1995).
- F. González, *Personalidad, sujeto y psicología social en Montero, M. (1994). Construcción y Crítica de la Psicología Social*, Anthropos, Barcelona (1994).
- Francesco, Carnelutti, *Cómo se hace un proceso*, Temis (2007).
- I. Macneil, *The new social contract*, Yale UP: New Haven, Conn (1980).
- Ian Roderick Macneil, *Restatement (Second) of Contracts and Presentation*, 60 VA. L. Rv. 589 (1974).
- _____, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. Rav. 691 (1974).
- _____, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, 72 Nw. U.L. Rav. 854 (1978).
- _____, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and The Need for a "Rich Classificatory Apparatus"*, 75 Nw. U.L. REV. 1018 (1981)
- _____, *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, 68 VA. L. Rav. 947 (1982)
- _____, *Values in Contract: Internal and External*, 78 Nw. U.L. Rv. 340 (1983).
- John Henry Merryman, *La tradición jurídica romano – católica*, Fondo de Cultura Económica de México, segunda edición en español (1989).
- Jonathan E. Fields, *Forbidden Provisions in Prenuptial Agreements: Legal and Practical Considerations for the Matrimonial Lawyer*, HeinOnline - 21 J. Am. Acad. Matrimonial Law, 413 (2008).
- John D. Lawson, *Leading Cases Simplified. A Collection of the Leading Cases of the Common Law*, pp. 279-282 (1882).
- L. Restrepo, *Semiología de la Salud*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Estudios Interdisciplinarios (1993).
- Lawrence Suskind, *Breaking Roberts Rules*, MIT (2006).

- Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho de Familia y de Menores*, 5ª ed., Librería Jurídica Wilches (1997).
- Melville M. Bigelow, *A Treatise on the Law of Estoppel and Its Application in Practice* (1872).
- Michael Moffit & Robert C. Bordone, *The Hand Book on Dispute Resolution*, Harvard (2005).
- Mnookin & Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: the case of divorce*, 88 Yale Law Journal, 950 (1979).
- Nisimblat Nattan, *La cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional colombiana y el principio del Estoppel en el derecho anglosajón*, Vniversitas, 118, pp. 15 y ss. (ene.-jun., 2009).
- Nisimblat Nattan, *Los moduladores del proceso de tutela*, Universidad Católica de Colombia (2009).
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, XXII Edición.
- Roger Fisher & William Ury, *Getting to yes...how to negotiate without giving in*, Houghton Mifflin Harcourt, 2ª ed. (1991).
- Robert Fisher & Daniel Shapiro, *Beyond Reason: Using Emotions as you negotiate*, Viking Adult, 1ª ed. (2005).
- Sandra Araya Umaña, *Las representaciones sociales*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Costa Rica (2002).
- Stewart Macaulay, *Non Contractual Relations in Business A preliminary study*, American Sociological Review (1963).
- Superintendencia de Notariado y Registro, Circular Administrativa 13 del 1º de agosto de 2005.
- William C. Whitford, *Ian Macneil's contribution to contracts scholarship*, 1985 Wis. L. Rev., 545 (1985).

