

1

LA UNION LIBRE O CONCUBINATO Y LAS SEPARACIONES DE HECHO

GUILLERMO RODRIGUEZ CASSIANI



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid
Universidad de Cartagena

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Cartagena, 1987

T
346.2
R696

2



LA UNION LIBRE O CONCUBINATO Y LAS SEPARACIONES DE HECHO

GUILLERMO RODRIGUEZ CASSIANI

||

S C I B

Tesis de Grado presentada como requisito
parcial para optar al título de Abogado.

101251

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARTAGENA, 1987

REPUBLICA DE COLOMBIA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

- RECTOR : Dr. LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL
- DECANO : Dr. ALCIDES ANGULO PASSOS
- SECRETARIO GENERAL : Dr. MANUEL SIERRA NAVARRO
- SECRETARIO ACADEMICO : Dr. PEDRO MACIA HERNANDEZ
- DIRECTOR DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS : Dr. GUILLERMO BAENA PIANETA
- PRESIDENTE DE TESIS : Dr. CARLOS VILLALBA BUSTILLO
- PRIMER EXAMINADOR : Drp. CARLOTA VERBEL ARIZA
- SEGUNDO EXAMINADOR : Dr. RAFAEL H. DE LAVALLE GOMEZ
- TERCER EXAMINADOR : Dr. Alcides Morales Acein

Cartagena, 1987

REGLAMENTO DE LA FACULTAD

Art. 83.- "La facultad no aprueba ni desaprueba los conceptos y opiniones emitidos en esta tesis, tales conceptos y opiniones son considerados como propios de su autor".-

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico de todo corazón a la memoria de mi querida madre, MARIA TERESA CASSIANI DE RODRIGUEZ, quien abandonó este mundo sin ver cristalizados mis sueños, que también eran los suyos. Cuanto hubiera deseado que ella pudiera compartir conmigo la satisfacción de lograr la meta tan anhelada, pero siendo imposible de manera física comparto mi triunfo con ella de manera espiritual.

A todos mis seres queridos, con profundo afecto.

GUILLERMO

Rafael H. de Luvallé G.

Asuntos Civiles, Comerciales,
Laborales y de Derecho
de Familia

Abogado

6
Edificio Comodoro, No. 305
Tel. 46-181 - Ap. Aéreo 20058
El Laguito - Cartagena - Col.

Cartagena,

Sr. Dr.

GUILLERMO BAENA PIANETA

Director del Centro de Investigaciones Jurídicas

E. S. D.

Estimado Doctor:

Ante la honrosa designación que se me ha hecho de segundo examinador del proyecto de tesis presentado por el egresado Sr. Guillermo Rodríguez Cassiani, titulado LA UNION LIBRE O CONCUBINATO Y LA SEPARACION DE HECHO, me permito rendir el informe sobre el citado proyecto.

Es una verdadera lástima para mí, que desde el año de 1960 esté viendo la inquietud de los recién egresados de nuestra Facultad, sobre temas como el referenciado, y que ninguna entidad se haya hecho vocera de la misma, para lograr plasmar en leyes, la tremenda injusticia que se presenta en relación con los que viven en unión libre, desde los puntos de vista social, cultural, económico, político y legal.

Me conmueve la preocupación de los jóvenes y me apena el pensar, que entre nosotros, tales trabajos no son sino como el arar en tierras estériles, cuya finalidad es bien conocida por todos.

Sería muy conveniente que el Centro de Investigaciones Jurídicas, hiciera un acopio de más de 50 tesis que se han presentado en nuestra Facultad que han tratado de estos asuntos y se elaborara un proyecto de ley, que reforzara los ya presentados y que se motivara a nuestros congresistas, para que fueran abanderados de una reforma social tan importante y necesaria.

En once apartes, con sus respectivos numerales, se ha tratado el tema, dando las explicaciones de sus inicios, de su formación, de su conformación, de sus manifestaciones en las diferentes épocas y países, de las posiciones religiosas referentes al mismo; cómo se contempla social y económicamente en diversos Estados; la libertad para formar una familia; los aspectos en que

7

se ha considerado la unión libre en la legislación civil, penal, laboral y en la jurisprudencia Colombiana y además, los alcances y efectos de la Separación de Hecho.

El tema del proyecto de tesis, es digno de toda atención por parte de todos como ciudadanos y de ahí, que he tenido sumo cuidado al leerlo, para poder una vez más, hacer el mejor de los pronunciamientos y rendir un informe que sea tenido bien en cuenta por Ud., y ojalá produzca los frutos ya esbozados.

Se hace el análisis de las legislaciones de los países Ibero Americanos tales como Bolivia, Guatemala, Cuba, Panamá, Venezuela, Paraguay, Argentina, Chile, Brasil, Perú, etc., en los cuales, en una u otra forma, bien sea en la Constitución o en sus leyes, se reglamenta o se regula lo relacionado con la unión libre o concubinato y lo referente a la familia extramatrimonial.

Al tratar lo relacionado con la familia surgida del Concubinato, se observa en la tesis, que, contrario a como sucede con las Cartas Fundamentales de la mayoría de las naciones, en la de Colombia, no se consagra en su artículo, uno sólo que trate de la responsabilidad que tiene el Estado acerca de la defensa de la familia como célula originaria de la sociedad.

Se afirma que se encuentran disposiciones que gobiernan la familia como institución, las cuales están esparcidas en los Códigos Civil, Penal, Sustantivo del Trabajo y de Policía y que dan garantías Civiles y Sociales a los miembros de la familia considerados de manera individual.

Se sostiene asimismo, confirmando una realidad, que en Colombia no hay regulación jurídica del Concubinato, lo cual hace que los Colombianos carezcan recíprocamente de los derechos legalizados del socorro y ayuda mutua y menos a heredarse.

Es sorprendente la actitud que a través de los tiempos, han tomado en forma regresiva nuestros legisladores al regular legalmente los asuntos de la familia, pues en nuestra historia legislativa encontramos que desde 1853 hasta 1856, en Colombia existió el matrimonio civil con divorcio vincular, con templado incluso el mutuo acuerdo y desde esa época hasta el presente, se ha considerado que no tenemos el suficiente asentamiento mental, para poder admitir el divorcio por mutuo acuerdo, es decir, que consideramos que con los años, los Colombianos retrocedemos mentalmente.

Se confirma una vez más lo aseverado en el acápite anterior, cuando en la tesis se explica que en la ley Chilena de 1855, que sirvió como antecedente al Código Judicial del Estado soberano de Cundinamarca de 1958 y en éste, hasta el año de 1873 en que se convirtió en virtud de la Ley 84 del

8

26 de Mayo, en el Código de la Unión, lo mismo que en éste hasta cuando fue adoptado como Código Civil de la República, conforme con la Ley 57 de 1887, se reglamentó no solo lo concerniente a los hijos extramatrimoniales, sino lo relacionado a considerar el concubinato y lo cual se consagraba en los artículos 328 y 329 de dicha Ley.

Sostiene el graduando que la ley 57 de 1887 "a pesar de acoger el Código de la Unión, fue negativa en lo referente al concubinato y a los hijos nacidos de dichas uniones, pues según se aprecia en el Art.45 de la citada ley, fueron derogados de manera expresa los Arts. 328 y 329 del susodicho Código, artículos que si consideraban el fenómeno social de la unión libre".

"Parece que el Código Chileno (Dic.14 de 1855), vislumbró aspectos futuristas y marcó un hito en la legislación de los países Americanos, al consagrar normas sobre el concubinato, pero que la legislación Colombiana a pesar de beber en las fuentes del Código mencionado, fue temeroso y no acogió dichas disposiciones, quedando rezagada en un asunto tan vital para el desarrollo del derecho".

Todavía en el año 1987 y quien sabe hasta cuando, nos encontramos los Colombianos mentalmente estáticos, en cuanto a la reglamentación del concubinato, haciéndole compañía a los cerebros de nuestros compatriotas regresivos del año de 1887.

Explicando el desenvolvimiento del desarrollo de la Legislación Colombiana en cuanto a la familia extramatrimonial, se manifiesta que con la Ley 29 de 1982, se aparejó a los hijos legítimos y extramatrimoniales y al referirse a las órdenes sucesorales, pone de presente el derecho de representación en la descendencia extramatrimonial, que llenó un campo injusto de nuestro legislador, y al mentar el 3er orden herencial, exige la existencia del mismo para que se opere la representación en los descendientes de los hermanos, ya que de no existir el tercer orden, surge el cuarto, que son los hijos de los hermanos, tesis sostenida por este examinador en la Cátedra de Derecho de Familia.

Pero se anota, que con todo y el avance legal en beneficio de los hijos del concubinato, todavía falta que se legisle para concederle derechos alimentarios y herenciales a los concubinos.

Ha sido el mismo conglomerado social de los trabajadores sindicalizados, los que abundaron y presionaron, para que mediante convenciones colectivas se lograra de manera extralegal, se protegiera a la concubina o compañera permanente antes del año de 1946, ya que en este año se expidió la Ley 90, orgánica de la seguridad social en Colombia, que fue la primera Ley laboral que contempla expresamente a la concubina como beneficiaria de presta

ciones e indemnizaciones causadas por razón de la invalidez o muerte del concubino.

Fue ésta la Ley que creó el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y el Seguro Obligatorio.

Al comentarse nuestra legislación Penal en materia de concubinato, se señala que éste estuvo considerado como delictuoso de acuerdo con la Ley 19 de 1890, (Código Penal Colombiano) y que sólo a partir de 1936 hasta nuestros tiempos, dicha ley no tipifica como hechos punibles las uniones libres o concubinarias.

Existe una acotación inserta al tratar sobre la Comunidad de Bienes en la unión libre o concubinato, que reliva nuestra actitud al respecto, y que dice: "Haciendo honor a la verdad, se puede decir que la justicia ha sido injusta al ignorar la comunidad de bienes nacida del concubinato."

La sugerencia del suscrito desde hace más de 20 años, en el sentido de que las tesis relacionadas con el concubinato deben contener un proyecto de ley, ha sido acogida por el graduando señor Guillermo Rodríguez Cassiani y como parte motiva, presenta el tema tratado con antelación en nueve numerales, y en el numeral décimo desarrolla en 32 artículos su proyecto de ley.

Es claro que el proyecto, como producto de un graduando, tiene un gran mérito, aunque necesite algo más de complementación, como por ejemplo, en el Art. 2º se debe establecer que cualquiera de los concubinos puede registrar la unión libre, con la facultad del otro, de poder impugnar tal registro en la época en que tenga conocimiento del mismo y dentro del lapso de seis meses después de su conocimiento, mediante proceso de jurisdicción voluntaria, y suprimirle, lo relacionado con el aparte del artículo que dice: "Cumpliéndose los fines de procreación y educación de la prole", pues muchos concubinos no tienen prole, y de acuerdo con el proyecto pueden adoptar hijos.

En el Art. 4º se dice que "No podrán ser declaradas en ningún caso más de una unión libre o concubinaria. Las que se efectúen existiendo una vigente, serán nulas".

Esta norma debe tener un párrafo en el que se aclare, que se pueden hacer varias inscripciones, siempre que las anteriores hayan terminado conforme a lo dispuesto en el Art. 22 del proyecto.

No se debe hacer la discriminación en la división de bienes, contemplada en el Art. 23, pues si uno de los concubinos es infiel, esto es una causal para la terminación del concubinato (Art. 22 del P.) y de disolución de la

sociedad de bienes, sin que ello deba afectar la distribución de los mismos.

Al tratarse el alcance y efectos de las separaciones de hecho, se exponen dos tesis en lo referente a si se disuelve la sociedad conyugal en estos casos y los causales en síntesis son:

La primera de la H. Corte Suprema, que con fundamento en el Art. 1820 del C.C. dice, que fuera de las causales contempladas en esta norma no hay otra y ésta no contempla la separación de hecho.

La segunda, se refiere a una sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Medellín del 2 de Octubre de 1978 (A.V.Z. pág.302, ed.1983) que dice: "La sociedad conyugal es el vínculo patrimonial entre los esposos y tiene su fundamento en la comunidad de vida, en el socorro y ayuda mutua, vale decir, en el cabal cumplimiento de las obligaciones propias de su estado; si tales deberes dejan de cumplirse, prolongándose por mucho tiempo esa situación, carece de soporte la comunidad de gananciales y en justicia puede decirse que los bienes adquiridos en esta etapa ya no ingresan al haber social sino al propio de quien los obtiene con su exclusivo esfuerzo".

Es esta la tesis jurisprudencial que está tomando auge en Colombia, pues está más acorde con las situaciones reales.

Se hace necesario adquirir conciencia en el sentido de considerar, que la Sociedad de Bienes que se forma por el hecho del matrimonio como lo ordena el Art. 180 del C.C., exige el cumplimiento de las obligaciones que se contraen en el contrato y que son los de socorrerse, ayudarse (Art. 176 C.C.) y la de vivir juntos, para formar lo que se ha llamado la comunidad doméstica.

Así como el grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges, de sus deberes de marido, o de esposo, entre los cuales está el de no cumplir con la obligación de vivir juntos, es causal de disolución del matrimonio por medio del divorcio, esta misma circunstancia debe tomarse en cuenta para considerar que desde el momento de dicha separación de hecho, ha dejado de existir la sociedad de bienes, pues se ha roto la comunidad entre los cónyuges, que es la que da derecho a repartirse los bienes que se han adquirido dentro de ella y de los cuales son comuneros por partes iguales (Art.1830 C.C.).

No resulta aceptable, que por el solo hecho de contraer matrimonio, sin que se cumpla con la obligación de ayuda mutua, que implica la obligación de hacer, que es la de trabajar para la sociedad conyugal, ésta pueda tener gananciales para el que no ha trabajado para hacer los bienes que la forman.

Considera el graduando, entre otras, como una de las causales de la separa

ción de hecho, la indisolubilidad de los matrimonios celebrados por los ritos canónicos, lo cual es cierto, pero la fórmula no es la de quitarle los efectos civiles al matrimonio de religión católica, sino el de adquirir el Estado el poder decretar las nulidades y Divorcio, haciendo uso de los efectos Civiles que le ha conferido a dicho matrimonio, sin perjuicio de la Indisolubilidad de ese matrimonio desde el punto de vista religioso, de modo que la persona divorciada pueda contraer nuevas nupcias por lo Civil, aunque no por la religión católica.

Lo anterior se puede lograr mediante un concordato con la Santa Sede, "sin que se vicie la soberanía del Estado, ya que si se acepta este argumento, habría que concluir que no es posible celebrar tratados, pues todos los acuerdos internacionales son un recorte y limitación de la soberanía del Estado".

"El Estado le puede dar efectos civiles al matrimonio católico, como en algunos países le da efectos civiles al matrimonio protestante y ello significa que esta fórmula es acertada, debido a reconocer las circunstancias sociales colombianas", (Marco G. Monroy C. Régimen Concordatorio Colombiano, págs. 38 y 40).

Todos los comentarios y observaciones anotadas, tienen su fundamento en la exposición hecha en su tesis por el graduando, que sin duda es muy interesante y de permanente actualidad, por lo que se puede apreciar, reúne los requisitos del trabajo exigido para poder optar el título que confiere la Facultad de Derecho, al que ha cumplido con los requisitos previos para ello, según los reglamentos.

De usted atentamente,



RAFAEL H. DE LAVALLE GOMEZ

TABLA DE CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCION	1
1. GENERALIDADES DE LA UNION LIBRE O CONCUBINATO..	5
1.1 CONSIDERACIONES PRELIMINARES	5
1.2 CONCEPTO	6
1.3 ESQUEMA CLASIFICATORIO	9
1.4 REQUISITOS	10
1.4.1 Relaciones Intimas	10
1.4.2 Vida en Común	10
1.4.3 Acuerdo de Voluntades	10
1.4.4 Estabilidad en la Unión	11
1.4.5 Unión con Apariencia Matrimonial sin Llenar las Formali- dades Exigidas para Contraer Matrimonio.	11

2. LA UNION LIBRE O CONCUBINATO Y SUS MANIFESTACIONES A TRAVÉS DE LOS TIEMPOS	12
2.1 EN LA SAGRADA BIBLIA	13
2.2 EN EL DERECHO ROMANO	15
2.3 EN EL DERECHO ESPAÑOL	19
2.4 EN EL DERECHO FRANCÉS	20
2.4.1 Derecho Francés Antiguo	21
2.4.2 La Revolución Francesa	21
2.4.3 El Código de Napoléon	22
3. POSICION DE LA IGLESIA CATOLICA RESPECTO A LA UNION LIBRE O CONCUBINATO	24
4. LA UNION LIBRE EN AMERICA LATINA	31
4.1 SITUACION SOCIAL	31
4.2 SITUACION JURIDICA	32

4.2.1 Cuba	33
4.2.2 Guatemala	34
4.2.3 Bolivia	36
4.2.4 Panamá	38
4.2.5 México	39
4.2.6 Venezuela	40
4.2.7 Paraguay	41
4.2.8 Argentina	42
4.2.9 Brasil	42
4.2.10 Chile	43
4.2.11 Perú	43
4.2.12 Ecuador	44
4.3 CONSTITUCION DE LA UNION LIBRE	45
4.4 DISOLUCION DE LA UNION LIBRE	45
5. LA UNION LIBRE EN COLOMBIA	47
5.1 BREVES ANOTACIONES HISTORICO-SOCIAL DE LA FAMILIA COLOMBIANA	48
5.2 LIBERTAD PARA FORMAR UNA FAMILIA	52

5.3 ASPECTO JURIDICO DE LA UNION LIBRE EN RELACION CON LOS CONCUBINOS Y LOS HIJOS	52
6. LA UNION LIBRE FRENTE A LA LEGISLACION LABORAL..	70
7. LA UNION LIBRE Y LA LEGISLACION PENAL	78
8. COMUNIDAD DE BIENES EN LA UNION LIBRE O CONCU BINATO	85
9. LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA Y LA DOCTRINA FREN TE A LA UNION LIBRE	88
10. PROYECTO SOBRE LOS DERECHOS EN LA UNION LIBRE O CONCUBINATO Y OTRAS IMPLICACIONES LEGALES ..	94
11. LAS SEPARACIONES DE HECHO	106
11.1 CONCEPTO	107
11.2 ALCANCE Y EFECTOS DE LAS SEPARACIONES DE HECHO	109

11.3 TESIS REFERENTE A SI SE DISUELVE LA SOCIEDAD CON YUGAL CUANDO SE HA REALIZADO LA SEPARACION DE HECHO 110

11.4 POSIBLES CAUSAS QUE ORIGINAN LAS SEPARACIONES DE HECHO 113

11.4.1 La Indisolubilidad del Matrimonio Católico que Celebran los Colombianos 114

11.4.2 Los Efectos Civiles del Matrimonio Canónico 119

11.4.3 Los Costos de los Procesos de Separación 119

11.4.4 Los Debates Judiciales 120

CONCLUSIONES 123

BIBLIOGRAFIA 128

INTRODUCCION

Cuando se habla de la Unión Libre o Concubinato no se refiere a cualquier clase de unión entre personas, sino a la convivencia de dos personas de sexos diferentes. Personas éstas, que se han unido y constituyen una comunidad estable y llevan una vida decente, de mutuo respeto y comprensión y que dan de lo más preciado de su haber moral para guiar la educación de su prole, aunque por fuera del vínculo matrimonial. Además, se ha de dejar muy claro que se excluye de la Unión Libre, cualquier otra unión que constituya relaciones anormales.

No se pretende con este trabajo restar importancia al matrimonio, ya sea civil o canónico, pero teniendo presente una situación de hecho como es la Unión Libre o Concubinato, y recordando algún aparte de la Biblia que dice : "Creced y Multiplicaos ", nada es más justo y equitativo que se analice esta situación social y jurídica de millares de Colombianos y se busque una solución legal en las altas esferas políticas del país, o tan gigantesca entelequia, habida consideración de las circunstancias sociológicas, económicas y culturales en que se desenvuelve gran parte de la población de nuestra patria.

Las Uniones Libres o extralegales, es decir, por fuera del vínculo matrimonial, constituyen un hecho social que ha aflorado en todos los países y en todos los tiempos. Es importante analizar la realidad social actual, sobre ese tópico, con el fin de hallar una solución legal al cúmulo de uniones sin vínculo matrimonial, que hoy por hoy, se ven enfrentadas a una completa desprotección por parte del Estado Colombiano y vistas con recelo por algunos moralistas, que las consideran pecaminosas, contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

El Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU (1948) dice que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la Sociedad y del Estado". Lo anterior se presta para afirmar que la familia, así tenga su origen en un contrato (Matrimonio Civil) o en un sacramento (Matrimonio Canónico) o en una unión extralegal, es siempre una sola y por tanto merecedora de respeto y protección estatal, por ser la célula primaria de toda sociedad.

De acuerdo a las estadísticas, en Colombia son más las Uniones Libres o Concubinarias que las legítimas, con la natural consecuencia de que exista mayor número de hijos extramatrimoniales que legítimos o matrimoniales.

La Unión Libre o Concubinato es un fenómeno social y jurídico de gran envergadura que en Colombia solo goza de la protección jurisprudencial en



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
 Ferrández de Madrid
 Universidad de Cartagena

cuanto a sus efectos se refiere. Dicho fenómeno crece huérfano, hasta ahora el legislador lo mantiene en los anales del olvido y un silencio enorme lo cubre, como el sudario a los muertos.

Las leyes y la realidad objetiva de la vida, casi nunca van de la mano. Ello se manifiesta por el hecho de haberse olvidado la realidad social de grandes núcleos humanos, de muchas parejas que conviven sin haber formalizado su unión, ya sea civil o eclesiástica; parece que en la mente de muchos legisladores, moralistas en exceso, anidan las injustas diferenciaciones en las familias surgidas del matrimonio y las que tienen su origen en un acuerdo de voluntades no legalizado, diferencias que son el resultado del pensar de los doctrinantes cristianos que han considerado como un pecado la Unión Libre o Extramatrimonial.

No se puede seguir viviendo de espaldas ante tan complejo pero evidente problema social que se presenta en todas las regiones de la patria y en todos los estratos sociales, siendo más abrumadora la situación de Unión de Hecho en las clases desprotegidas que en las privilegiadas.

Además, del tema Unión Libre o concubinato se ha considerado de suma importancia hacer mención en ésta tesis a las Separaciones de Hecho, debido a la notable relación que guardan entre sí, por lo cual se puede afirmar que son fenómenos sociales y realidades jurídicas que jamás podrán excluirse,

mientras se sigan dando las mismas situaciones sociológicas y legales en el territorio Colombiano. Muchos casados católicamente, ingresan cada día en las filas de los separados al margen del derecho, obteniendo posteriormente su boleta de entrada a la Unión Libre, porque al romperse la Comunidad de vida que antes conformaban no pueden unirse a otra persona mediante el lleno de ciertas formalidades, desde el punto de vista legal, constituyéndose en un miembro más del concubinato.

Ya G. del Vecchio decía que todo concepto de justicia está referido siempre a las notas de igualdad, armonía, proporción, orden. El mismo autor nos recuerda a Platón, para quien la justicia es "Armonía entre las diversas partes que integran un todo". Del pensar de los filósofos mencionados aplicándolo al tema a tratar se observa que existe una inadecuación, un divorcio exagerado entre la ley y la realidad social del país en cuanto a la familia se refiere, inadecuación que se refleja sobre manera en la situación social de la mujer y de los hijos. Ya es hora que se legisle sobre las Uniones Libres o Concubinato, lo cual traería a la familia y a la sociedad mayor estabilidad, seguridad y armonía, dando así nacimiento a una verdadera justicia social de índole familiar.

1. GENERALIDADES DE LA UNION LIBRE

1.1 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

No se puede desconocer a la familia natural aseverando que la familia legítima abarca dicho concepto, desplazando de manera categórica a la mencionada inicialmente, ya que de esta manera se estaría restando la importancia debida a una realidad social, sobre todo, cuando dicha familia se constituye por una unión libre monogámica y estable en donde es indispensable la formación de un hogar, es decir, de una comunidad de lecho o habitación, pero haciendo la salvedad que debe tratarse de una comunidad de lecho, techo y vida de carácter permanente.

Tanto en las uniones cuya fuente es el matrimonio, como en las que surgen sin vínculo matrimonial, es factible cumplirse los mismos fines: vivir juntos, procreación de los hijos, sustentarlos, fidelidad mutua, obligación de socorro y ayuda.

A las uniones que se forman al margen del matrimonio se suele llamar Unión Libre, Concubinato, Comunidad de Hecho, Unión Regular, Unión de Hecho,

etc. Lo esencial de estas uniones entre un hombre y una mujer, es el hecho de su comportamiento ante los demás, actuando como verdaderos casados, lo cual se da con demasiada frecuencia en nuestra sociedad colombiana.

1.2 CONCEPTO

El término concubinato viene del latín CONCUBINATUS, que deriva de concubina. Este vocablo es derivado del latín CONCUBARE, integrada por CUM que quiere decir con, y CUBARE, que significa acostarse. De lo anterior se infiere que la palabra concubinato se refiere etimológicamente a comunidad de lecho, Para el presente trabajo el término concubinato se equipara a Unión Libre.

Los textos romanos definen el concubinato como legitima conjunctio, sine honesta celebratione matrimonii. Para ellos el concubinato era reconocido como unión legal, aunque de inferior calidad que el iustum matrimonium. Dicha unión legal se daba entre ciudadano romano con mujer de inferior posición social, unión que era monogámica y estable, aceptada libremente por los contrayentes sexualmente hábiles, siempre y cuando no se diera impedimento de parentesco.

Antes de dar la noción de unión libre o concubinato, según las apreciaciones de los autores, esbozamos los conceptos que sobre el tema dan algunos diccio

narios:

Concubinato (Del latín Concubinatus)m. Comunicación o trato de un hombre con su concubina.

Concubinato. Estado de un hombre y una mujer no casados que conviven maritalmente. (Sin unión libre).

Concubinato. Comunicación, trato o comercio carnal ilegítimo del hombre con su concubina. Estado de concubinario.

Concubinato. Unión ilegítima de un hombre y una mujer libres, que hacen vida en común sin haber llenado las formalidades establecidas para celebrar el matrimonio.

Para el Cristianismo, el Concubinato es un hecho inmoral y censurable. Según el Derecho Canónico, el Concubinato es la unión de hombre y mujer solteros, es decir, unión formada por personas que pueden casarse de manera libre.

Para algunos autores, la unión libre es un término genérico de las relaciones extramatrimoniales y el concubinato una especie de dicha unión.

Para ciertos autores, la unión libre "es el grupo social que consiste de dos o más personas adultas de sexo diferente que conviven con intención duradera y está constituido por individuos de estado civil anterior "soltero", sin involucrar

conscientemente una meta matrimonial y sus hijos. Puede ser monógama o poligínica o poliándrica".

Valencia Zea, dice que la unión de un hombre con una mujer sin vínculo matrimonial se llama concubinato y al hombre y la mujer que lo forman, concubinos, conocidos también como compañeros permanentes. El diccionario de la lengua española denomina al compañero de la concubina con el nombre de concubinario.

El mismo autor expresa que cuando un hombre y una mujer realizan comercio carnal sin comunidad de habitación o en forma muy transitoria, no hay concubinato sino una mera unión libre.

Para otros autores, concubinato es el grupo social que consiste de dos o más adultos de sexo diferente que conviven, con intención duradera y está constituido por individuos, uno de cuyos elementos está enlazado con otro por matrimonio previo.

Para el derecho positivo actual "concubinato" es toda unión estable de hombre y mujer, sin distinguir el estado personal de quienes establecen la comunidad; y concubinos son el hombre y la mujer que de hecho hacen vida marital sin estar unidos por vínculo matrimonial.

Se considera que las expresiones unión libre y concubinato se refieren a un mismo hecho social cuyas características fundamentales son las relaciones sexuales estables y la comunidad de vida que mantienen los concubinos, apareciendo ante los ojos de la sociedad como un verdadero matrimonio. Por lo anterior, se puede decir que la unión libre o concubinato es el ayuntamiento habitual y continuo de un hombre y una mujer llevado a cabo por fuera del matrimonio.

1.3 ESQUEMA CLASIFICATORIO

Para una mayor comprensión y entendimiento de la unión libre o concubinato, se ha clasificado o subdividido en simple y perfecto.

El Concubinato Simple es aquel en donde se dan relaciones estables extramatrimoniales entre personas no imposibilitadas para contraer matrimonio, existiendo solamente comunidad de lecho. Aquí solamente se dan relaciones sexuales.

El concubinato Perfecto, denominado también público o notorio, se define como "la unión, aceptada mutuamente, de un hombre y una mujer con apariencia matrimonial, pero llevada a cabo por fuera de la ley, en la cual se presenta una comunidad de lecho y de vida estable o permanente, siempre que no medien entre los que en tal estado viven, impedimentos para unirse legítimamente.

1.4 REQUISITOS.



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid
Universidad de Cartagena

Los requisitos esenciales para que se configure la unión libre o concubinato son:

1.4.1 Relaciones Intimas

El concubito o cópula carnal es uno de los requisitos esenciales y debe darse entre un hombre y una mujer. Se excluyen de estas uniones aquellas cuya finalidad no sean las relaciones sexuales.

1.4.2 Vida en Común

El hombre y la mujer deben formar comunidad de lecho, de habitación o doméstica, que en lo posible debe ser semejante a la que forman los cónyuges.

1.4.3 Acuerdo de Voluntades

La unión libre o concubinato tiene lugar por el mutuo consentimiento del hombre y la mujer, aspecto que le da la característica de un real y verdadero matrimonio. Es importante resaltar que los concubinos pueden deshacer su estado por acuerdo mutuo o de manera unilateral, circunstancia que no se da en el matrimonio.

1.4.4 Estabilidad en la Unión

Se hace imprescindible que la unión sea estable o permanente, es decir, debe presentar las características de publicidad y notoriedad, pues si dicha unión es transitoria u ocasional, solamente es tomada en cuenta por el ordenamiento jurídico para reglamentar los efectos de los hijos procreados en dichas relaciones.

1.4.5 Unión con apariencia matrimonial, sin llenar las formalidades exigidas para contraer matrimonio

La unión libre o concubinato se debe realizar mediante actuaciones semejantes a las observadas entre cónyuges, es decir, tienen la apariencia de un verdadero matrimonio del cual solo difiere por el no lleno de las formalidades legales que se exigen para contraerlo. El matrimonio, según el Artículo 113 del Código Civil, es un contrato solemne, mientras que, la unión libre o concubinato es el acuerdo de voluntades sin el lleno de solemnidades, o sea, es un contrato consensual. Además, se ve que el matrimonio, como acuerdo de voluntades solemne que es, debe ser expresado ante funcionario competente, formalidad que también lo diferencia de la unión libre o concubinato.

2. LA UNION LIBRE O CONCUBINATO Y SUS MANIFESTACIONES A TRAVES DE LOS TIEMPOS

La Unión Libre es, sin lugar a duda, anterior al matrimonio y no desapareció con el surgimiento de éste. Lo expresado anteriormente es aseverado por muchos pensadores, entre otros por Engels, en su obra "El Origen de la Familia", quienes pensaban que el simple apareamiento de los sexos, producto del instinto de la especie originaba el amañamiento y en muchos casos el concubinato estable y permanente. De dichas apreciaciones se colige, desde el punto de vista de la lógica, que en la forma más primitiva de las sociedades se dió primeramente el apareamiento de manera fugaz, seguido de amañamiento temporal, posteriormente se evidencia el concubinato verdadero y finalmente el matrimonio, considerado como la base en que descansa la familia legítima.

Algunos consideran que el concubinato o unión libre apareció de manera coetánea con las formas más primitivas del matrimonio.

"Es un hecho real el que siempre a través de los siglos, las uniones irregulares han existido al lado del matrimonio legítimo. Es así como se puede resaltar que la Biblia, el Corán, las culturas griega, babilónica, persa, china e islámica conocieron y aceptaron las uniones concubinarias, llegando incluso a regularlas".

Es conveniente y significativo repasar algunos datos que nos permiten comprender con mayor claridad las distintas manifestaciones de la Unión Libre a través de los tiempos, es decir, revisar los antecedentes históricos de dichas uniones, que siendo irregulares, constituían una realidad en épocas remotas. Para apreciar el origen del concubinato es imprescindible referirnos a dicho hecho social y cultural partiendo de la Sagrada Biblia y continuando con el Derecho Romano, Español y Francés.

2.1 EN LA SAGRADA BIBLIA

De la Sagrada Biblia extractamos ciertos ejemplos de algunos de los libros que la conforman y que integran especialmente la primera sección, llamada Antiguo Testamento, ejemplos o sucesos que predicen por sí solos la existencia de uniones libres o concubinarias en esos primeros tiempos.

En el Libro denominado Génesis, Cap.22, versículos 23-24, se cuenta que Nacor, hermano de Abraham, tuvo ocho hijos con Milca y cuatro con Reúma, su concubina. Encontramos también que Abraham, siendo el esposo de Sara, se unió a Agar la egipcia (16,1-4), conviviendo aún con su esposa (16,1-4). Además, se menciona que Jacob convivió con las dos hijas de Labán: Lea y Raquel, las cuales, al quedar estériles, le dan a sus esclavas Bilha y Zilpa para que fueran sus concubinas (29,15-30 y 30,3-9). De otra parte, en el Cap: 35

versículo 22, se narra que Rubén, hijo de Jacob, se acostó con Bilha, que era concubina de su padre y que al saberlo éste, se enojó demasiado.

En Deuteronomio 21,15 se lee: "Si un hombre tiene dos mujeres y ama a una y a la otra no, pero las dos le dan hijos"

El en libro Levíticos Cap.18, vers.18, se dice: "No tomes como mujer a la hermana de tu esposa, ni tengas relaciones sexuales con ella mientras tu esposa viva, para no crear enemistad entre ellas!". De los dos pasajes mencionados se infiere que, además de su esposa, los hijos de Israel tuvieron una concubina.

Continuando con la observación de los textos bíblicos, se encuentra el Libro de los Jueces y en su Cap.8, versículos 30-31 se detalla: "Jerobal, o sea Ge deón, se fue a vivir a su propia casa, y tuvo setenta hijos, pues tenía muchas esposas. Una concubina que él tenía en Siquen, también le dió un hijo y él le puso por nombre Abimelec." En el mismo libro, en el Cap.19, vers.1, se relata que un levita tomó como concubina a una mujer de Belén de Judá.

Por otra parte, en el Libro 1 de los Reyes (3,1) encuéntrase que Salomón se casó con la hija del Faraón. Y mas adelante, en el mismo Libro (11,4) se halla lo siguiente: "Cuando Salomón ya era anciano, sus mujeres hicieron que su corazón se desviara hacia otros dioses...."

En el libro Segundo de Samuel (3,7) se lee: "Saúl había tenido una concubina llamada Rizpa, hija de Aja, con la que Abner tuvo relaciones" y en el mismo libro (5,13) se narra: " Después de haberse trasladado de Hebrón a Jerusalem, David tomó allí más esposas y concubinas, las cuales le dieron más hijos e hijas".

Según lo reseñado en el Libro de los Reyes y en el Libro 2o. de Samuel, así como en las citas anteriores, se ve de manera nítida que la Sagrada Biblia relata que en aquellas épocas pretéritas, se daba el fenómeno de la poligamia, es decir, era permitido al hombre casarse con dos o más mujeres, siendo éstas las primeras uniones irregulares.

2.2 EN EL DERECHO ROMANO

Respecto a la unión libre o concubinato en el derecho romano se puede decir que los romanos consideraron el concubinato como un matrimonio de orden inferior, y la comunidad de vida entre hombre y mujer les mereció respeto, aunque la mujer no tenía la calidad de uxor ni compartía jurídicamente el rango y posición social del marido, así aparece en el diccionario de derecho privado.

Jaime Rodríguez Fonnegra, expresa: "En el antiguo derecho romano, traía el amancebamiento situación de mero hecho; pero en la época del Bajo Imperio

acabó por reconocerse al concubinatus, matrimonio regular pero de orden inferior cuyos efectos eran el de hacer a los hijos alimentarios del padre, el de permitirse que éstos fueran legitimados - a diferencia de los que no fueran liberi-naturales - el de conferir a concubina y a hijos vocaciones hereditarias limitadísimas y algún otro".

El concubinatus o inaequale conjugium, ha sido motivo de polémica entre los estudiosos. Unos lo consideran como matrimonio, aunque de naturaleza inferior a la unión *Justae Nuptiae*; otros lo entendían como una mera situación de hecho. El doctor Humberto Ruiz hace algunas citas que se refieren al carácter del concubinato en Roma, entre ellas se transcribe las siguientes:

"El concubinato venía a ser para los romanos cierta especie de matrimonio lícito y reconocido, al menos en cierto grado, por las leyes" (Uría, Tomo II, p. 536).

".... Constituía un matrimonio regular que era imposible, como lo eran las justas nupcias, por causa de moralidad pública, tales como el parentesco, impubertad, existencia de matrimonio o de un concubinato anterior; y no se debe confundir con el concubinato en el sentido moderno, comercio irregular fuera de las leyes" (Bry, p. 52).

" Los romanos no designaban con este nombre lo que se entiende en nuestros días, o sea una unión ilícita reprobada por las leyes, sino que se daba este nombre a una unión legal, inferior a las anteriores, reconocida como tal, y que producía algunos efectos civiles que las leyes mismas determinaban" (Trujillo Arroyo, tomo 1, p.64).

"Una especie de matrimonio, aunque de condición jurídicamente inferior, es el concubinato, reconocido también por la legislación imperial - a partir de Augusto- como forma de unión legítima de hombre y mujer y base de una comunidad mutua de vida"(Sohn, p.468).

De las tesis citadas, se puede asegurar que el concubinatus era considerado como un matrimonio regular, como una unión lícita, pero de naturaleza inferior.

Saavedra Lozano y Buenaventura LaJinde, refiriéndose al origen del concubinato expresan: "Se ha discutido muchísimo acerca de esta materia y principalmente acerca de su origen; antiguamente se sostuvo que había tenido origen en los matrimonios de clase desigual. Era, por consiguiente, un matrimonio inferior, según esta teoría. Pero en la opinión que domina, se cree que el Emperador Augusto decidió que la unión prolongada con una concubina no constituía un Stuprum."

Augusto mediante la Ley Julia de Adulteriis reguló el concubinato, denominando a la mujer concubina en vez de Pellex, término empleado cuando la mujer tenía relaciones sexuales con un hombre casado. Tiempo después es dictada por el mismo emperador la Ley Papia Poppeae por medio de la cual se reputa al concubinato como una institución lícita y moral, legítima y legal.

Más tarde, Justiniano confirma el concubinato y le hace extensivos los requisitos del matrimonio y lo calificó como *licitam consuetudinem*, es decir, unión lícita pero sin la *affectio maritalis*. Es de advertir que la condición social de la mujer se hizo a un lado ya que podía ser concubina la mujer honesta e *ingenua*.

El concubinato se hizo de uso común, hasta el extremo que los emperadores lo practicaron. Tuvieron concubinas Vespaciano, Antonio Pío, Marco Aurelio y el mismo Justiniano al unirse con Teodora.

"Los emperadores cristianos trataron de acabar con el concubinato, pero no lo consiguieron hasta Basilio Macedón y León el Filósofo, que lo abolieron de una manera general, como contrario al espíritu del cristianismo, que lo abominó implacable y tenazmente".

2.3 EN EL DERECHO ESPAÑOL

Prosiguiendo con la unión libre o concubinato a través de los tiempos, le corresponde la oportunidad al Derecho Español. De éste puede decirse que recibió una acentuada influencia del derecho romano.

Entre las compilaciones españolas es digna de destacar "Las Siete Partidas" del Rey Don Alfonso X El Sabio, disposiciones que fueron extractadas del derecho romano y se reemplazó el término concubinato por el de barraganía, exigiéndose esencialmente el vivir juntos, cohabitar y carecer de impedimento para contraer matrimonio. Podía tener concubina todo hombre que no hubiese abrazado una orden religiosa y no fuera casado; a su vez, podía ser recibida como concubina toda mujer ingenua, liberta o sierva, con la condición que no fuera virgen, ni menor de doce años, ni viuda honesta, ni cuñada o pariente hasta el cuarto grado, evitándose así el incesto.

En España hubo una época en que las leyes permitieron que los eclesiásticos, principalmente los clérigos, tuvieran sus barraganas, pero nunca mujeres legítimas. Posteriormente eran castigados tanto los clérigos como las concubinas. Algunos diccionarios siguen definiendo el concubinato como "trato ilícito", siendo ello un rezago de la época en que existió un estatuto prohibitivo para las susodichas relaciones.

Respecto a los hijos habidos en las relaciones concubinarias se les concede la calidad de naturales. Estos podían ser legitimados, de donde se desprende que los únicos hijos legitimables eran los que nacían de barraganas, no pudiéndose legitimar los adulterinos.

En la Ley XI de Toro se le otorga la calidad de hijos naturales no solamente al hijo nacido en concubinato o barraganía, sino a todos aquellos nacidos de padres que se pudieran casar sin necesidad de dispensa, debiendo darse la citada circunstancia al tiempo de la concepción o al momento del parto.

"Para recibir a una mujer como barragana, era menester que el hombre lo hiciera antes homos bonos diciendo manifiestamente, en su presencia, que la tomaba por su barragana. Si la recibía de otra manera se presumí que era mujer legítima y no su barragana".

2.4 EN EL DERECHO FRANCÉS

Por último, se ha tomado el Derecho Francés en relación a la unión libre. Para una mejor comprensión fraccionase el tema en tres etapas: la del Derecho Francés Antiguo, La Revolución Francesa y el Código de Napoleón.



2.4.1 Derecho Francés Antiguo

En el antiguo Derecho Francés el concubinato es considerado como contrario al bien del Estado y por ende no permitido por éste. Se consentía la investigación de la paternidad natural, careciendo de derechos sucesorales, teniendo como finalidad la mencionada acción el obtener alimentos. La concubina no gozaba de capacidad para recibir asignación testamentaria del concubinario como tampoco los hijos, pues los bienes iban a parar a las manos del monarca.

2.4.2 La Revolución Francesa

La Revolución Francesa acaecida en 1789 "representó el hundimiento de viejos y carcomidos sistemas de gobiernos y de caducas instituciones sociales!" Dicha revolución es considerada como el fruto de múltiples fenómenos políticos, sociales, económicos y culturales, que buscaba un cambio más ecuánime a la problemática existente en aquella época. En el derecho revolucionario se suprimió la libertad de investigar la paternidad natural, quedando como una acción voluntaria su reconocimiento. Se estima que los hijos que nacían por fuera del vínculo matrimonial no eran responsables de tal situación, por lo cual tienen derecho a suceder, equiparándose al derecho que tenían los hijos legítimos según lo declarado por la Convención el 2 de Noviembre de 1793. En este momento histórico la familia legítima se semejó a la natural y el concubinato

se asimila jurídicamente al matrimonio al esfumarse las desigualdades que se interponían.

2.4.3 El Código de Napoleón

La última etapa del derecho francés, es decir, la implantación del Código de Napoleón, nació como consecuencia de la reacción que produjo la Revolución Francesa, regresando las cosas a su fase primaria. El citado código fue expedido en 1804 y se reputa como el progenitor de la mayoría de los Códigos modernos, dejando a un lado las uniones concubinarias e ignorando los derechos y obligaciones de los padres e hijos naturales. Al respecto, Louis Josserand nombrado por los autores, entre ellos, Humberto Ruiz y Carlos Betancourt, refiriéndose a los redactores del Código apunta: "echaron púdicamente un velo impenetrable dejando al concubinato sin reglamentación alguna y guardando así un deliberado silencio en la redacción de su articulado".

Los hermanos Mazeaud sobre el asunto expresan: "La sociedad burguesa del siglo XIX se adaptó gustosa al sistema del Código Civil, favorable al egoísmo masculino. Pero los moralistas y los escritores condujeron el ataque." Se ve que el Código de Napoleón guardó silencio respecto a la familia natural, silencio que se puede interpretar como una censura. La Jurisprudencia acudió a llenar el vacío que existía en el mencionado código en cuanto al concubi-

nato o unión libre se refiere, concediéndole efectos jurídicos; de la acción de la Jurisprudencia puede decirse que fue una medida justa, humana y sujeta a la realidad social. La referida jurisprudencia tenía como pilares:

- La responsabilidad civil, según la cual el padre era obligado a pagar daños y perjuicios a la madre, basada en que toda culpa debe ser reparada por su causante.
- La obligación natural del padre para con el hijo por motivo del nacimiento.

Se cuenta por los autores que debido al apremio desplegado por la jurisprudencia y la doctrina se obtuvo la derogatoria del artículo 340 mediante la promulgación de la Ley del 16 de Noviembre de 1912, la que concedió la facultad de investigar la paternidad natural en cinco casos; siendo el más importante aquel que se refiere a que "el supuesto padre y la madre hayan vivido en estado de concubinato notorio por el período legal en que pudo producirse la concepción".

Es importante destacar que la jurisprudencia francesa "acepta la existencia de sociedad de hecho entre amantes, siempre que se den los requisitos de toda sociedad: intención de constituirla (*affectio societatis*), aportaciones recíprocas y participación en beneficios y pérdidas".

3. POSICION DE LA IGLESIA CATOLICA RESPECTO A LA UNION LIBRE O CONCUBINATO

Al echar una mirada retrospectiva a las costumbres, culturas y legislaciones se encuentra, como ya se dijo antes, que la unión libre es mucho más antigua que el matrimonio. Las uniones monogámicas de épocas pretéritas no participaban de manera general del ritual que las elevara a la categoría de matrimonio.

La aparición del cristianismo cambió las cosas para el concubinato y fue tan marcado su dominio que después de la caída del Imperio Romano tomó las riendas del cosmos desde el punto de vista moral y político, llegando a ser tenida como pecado dicha unión, contraria a la pureza del cristianismo, a las buenas costumbres y reprimida severamente como delito. Resulta imprescindible acotar que "San Agustín, Obispo de Hipona, condena el concubinato a pesar de haber vivido de esa manera en su juventud y procreado un hijo en una de sus relaciones, el cual respondía al nombre de Deodato y fue reconocido por él".

El concubinato en el inicio del siglo XX tenía su asiento en las clases sociales más pobres y en el ámbito rural, mientras que en las esferas sociales altas

y medias se daban las uniones matrimoniales de acuerdo a la ley, pero ello no continuó de la misma manera, pues avanzado el siglo XX, dicho fenómeno social afloró en aquellos estratos cuyas condiciones económicas y sociales presentaban niveles de vida aceptables y opulentos. Referente a dicho fenómeno social, apuntan algunos estudiosos, que la existencia del mismo es debida a la severidad de las leyes de los distintos estados, influenciados notablemente por la Iglesia Católica a través de los tiempos, llegando a elevar el matrimonio canónico a la dignidad de sacramento mediante sus dogmas religiosos.

En la Revista de derecho "La Familia y Poder en la Cultura Occidental", citada por Ligia E. de Ferrufino, se dice que la posición de la Iglesia Católica en la Legislación española y en las legislaciones coloniales e independientes de algunos países latinoamericanos podría sintetizarse así: "Al ennoblecer el matrimonio haciendo de él un sacramento, realidad de orden sobrenatural que santifica y obra en el alma una transformación real, aunque no perceptible, ha abierto un abismo infranqueable entre el matrimonio y el concubinato".

El Concilio Ecuménico de Trento (1545-1563) convocado por el Papa Paulo III y finalizado en el reinado del Papa Pío IV, fustigó de manera implacable a quienes vivían en amancebamiento o en barraganía, llegando a castigar con penas severísimas a los que mantuvieran esa clase de unión. Sobre el particular el Dr. Jorge Valencia Arango dice: "El Concilio de Trento fulmina con anate

ma a quienes vivan en barraganería". Continúa apuntando el mismo autor: "Esa influencia religiosa se agudizó en la Edad Media (época de mayor florecimiento en la Doctrina Católica) y que tuvo por resultado los regímenes teocráticos donde el Jefe del poder temporal era depositario del espiritual en virtud sobre el poder público. Esto se tradujo como era de esperar, en el derecho y en la organización social general. Las normas dictadas por la Iglesia fueron modelos de las instituciones civiles que poco a poco se iban formando a su sombra. De allí que se hiciera la combinación, aún no bien superada, de lo religioso y lo pagano; y que siguiera campeando en el mundo estrictamente civil el concepto del pecado. Y éste se quedó allí sentado como prejuicio. Los ces de deslindar las dos esferas. Y el derecho a lo justo empezó a sufrir mutilaciones, lo que es un absurdo. Desde ese entonces parece no es justo sino lo que está de acuerdo con determinada moral y la moral, en sentido etimológico, no es más que la costumbre y como tal, limitada". Las palabras del Dr. Valencia Arango ponen el dedo en la herida de las uniones matrimoniales que por múltiples razones han tenido que separarse, pero no de manera legal, por que encuentran el mayor obstáculo en los postulados de la Iglesia Católica que antes de contribuir a que las parejas convivan felizmente dentro de la unión que ellos escogieron, al surgir algún problema que los distancie, no pueden rehacer su vida de manera digna porque están condenados a conservar la primera unión que, dogmatizada por la Iglesia es indisoluble.

De otro lado se ve cómo el Papa León XII condena el matrimonio civil en su carta a los obispos de Véneto, al expresar: "Se introduce de hecho la persuasión errónea de que basta la ceremonia civil para vivir en legítimo matrimonio, lo que en realidad no es otra cosa que un abominable concubinato".

Pío IX, en carta al Rey de Cerdeña escrita en 1852, se refiere al contrato matrimonial convertido en sacramento cuando consagra "como dogma de fé que el matrimonio fue elevado a la dignidad de Sacramento por Nuestro Señor Jesucristo, y como doctrina de la Iglesia Católica que el sacramento no es una cualidad accidental del contrato, sino que es la esencia del mismo matrimonio; de tal manera que la unión conyugal entre cristianos no es legítima sino en el sacramento del matrimonio, fuera de la cual no es sino un puro concubinato".

Sigue la Iglesia hablando por intermedio de su Pastor Supremo, León XIII en su Encíclica "Arcanum Divinae Sapientiae", reafirmando que la protección de la familia está en el matrimonio, al decir "El matrimonio, principio y fundamento de la familia. Cristo Nuestro Señor elevó el matrimonio a la dignidad de sacramento, que al mismo tiempo hizo que los cónyuges ayudados y fortalecidos por la gracia celestial que los méritos de aquel consiguieron, alcanzasen la santidad en el mismo matrimonio, y que por medio de éste, admirablemente dispuesto, a semejanza de su mística unión con la Iglesia, perfeccionó el amor natural y robusteció con el vínculo de la caridad divina la unión de

suyo indisoluble entre el marido y la mujer."

Las Encíclicas y documentos emitidos por la Iglesia Católica demuestran de manera diáfana su oposición a las uniones libres o concubinarias, hasta el punto de estimarlas contrarias a la moral y a las buenas costumbres; también las ha llamado elementos disociadores de la familia. Se ha dicho que el amor verdadero solamente se puede dar dentro del matrimonio, y que cuando se realiza el acceso carnal por fuera de dicho vínculo se le da cabida a los instintos y no a la razón, convirtiéndose en una unión inmoral y pecaminosa, abominable ante los ojos de la sociedad cristiana.

El Concilio Vaticano II, tomando como punto de referencia a la familia y el matrimonio en los tiempos actuales, deja entrever la preocupación de la Iglesia ante el crecimiento de dicho fenómeno social y manifiesta: "La dignidad de esta institución no brilla en todas partes con el mismo esplendor, puesto que está oscurecido por la poligamia, la epidemia del divorcio, el llamado amor libre y otras deformaciones; es más, el amor matrimonial queda frecuentemente profanado por el egoísmo, el hedonismo y los usos ilícitos contra la generación".

Se piensa que el matrimonio, sea canónico o civil, es el alfa y omega en las relaciones de un hombre y una mujer, que mediante un acto voluntario, estando

el amor de por medio, se unen para compartir su vida, disfrutando de todos aquellos momentos y oportunidades maravillosos que encuentren en su transitar por este mundo; se juntan también para hacer frente a los problemas, a las fatalidades y a todo aquello que en ocasiones le es adverso al hombre. No se pretende, de ninguna manera, echar a un lado el vínculo matrimonial, sea cual fuere su fuente generatriz, ya que se acogen las palabras de Pablo VI cuando asevera que: "El hogar es el lugar privilegiado del amor, de la comunión íntima de las personas, del aprendizaje, de una entrega continuada y progresiva entre los esposos".

En la obra Familia, Religión y Estado se relata: "La Familia es elemento vital de la sociedad natural, vivero natural, escuela donde crece y se prepara el hombre del mañana". Las expresiones anteriores son demasiado significativas y valederas para aplicarlas a la familia en general sin discriminar si es legítima o natural, y se considera por ello que se debería hablar mejor de familia matrimonial y extramatrimonial, pues ambas están inmersas dentro de la legitimidad por haberse constituido de manera voluntaria y perseguir los mismos fines que la ley establece. Además, en las dos clases de familias se encuentra que sus componentes tienen deberes y derechos recíprocos. De otra parte, se observa que en la actualidad existen muchísimos vínculos de apariencias porque solamente tienen vigencia en los libros matrimoniales canónicos y en los del registro civil, pero que están alejados de la verdadera función del matrimonio y

quienes lo conforman desconocen las sagradas obligaciones que adquirieron,
especialmente en lo que a sus hijos se refiere.



4. LA UNION LIBRE EN AMERICA LATINA

4.1 SITUACION SOCIAL

En Latinoamérica existen numerosas uniones libres tanto en las zonas rurales como en las grandes urbes. En cuanto a las primeras "ha contribuido el sistema de estratificación social conformado por una reducida élite aristocrática y una gran masa popular; respecto a las segundas se dan como resultado de la migración campesina y de la diferencia entre dos formas de vida".

Ninguno de los códigos latinoamericanos, cuyo antecedente es el código civil Francés de 1804, han considerado la familia como institución ya que están fundamentados en el individualismo y por ende se legisló para la persona aisladamente, desconociéndose que el hombre es un ente social por naturaleza.

De acuerdo con las estadísticas de la O.E.A. de 1965, la unión libre en latinoamérica se debe considerar como una institución social y no como un fenómeno ocasional. Según dichos datos se infiere que "en algunos países latinoamericanos los concubinatos alcanzan porcentajes superiores, iguales o próximos al de los matrimonios". Entre los países que llegan a superar los matrimonios tenemos: Haití, Guatemala, El Salvador, Honduras y otros.

"La Iglesia Católica ejerció gran influencia sobre la unión libre al estimarla como una unión sacrílega y pecaminosa, llegando incluso a negarles la administración de los sacramentos a quienes viviesen en ese estado".

4.2 SITUACION JURIDICA

Los legisladores de América Latina se han visto precisados a tomar conciencia de que la unión libre es una realidad social y por ello es indispensable fijar un control por medio de la ley. Es así como en los últimos tiempos algunos países latinoamericanos han tratado de legalizar el concubinato debido a que éste ha alcanzado grandes dimensiones. Pero mientras unos regulan los efectos jurídicos del concubinato, otros, por el contrario, lo mantienen en el oscurantismo legal y un tercer grupo ha llegado a tenerlo como delito.

Ciertas constituciones de América Latina han reglamentado las uniones libres o concubinarias, tal es el caso de la de Cuba, Panamá, Guatemala, Honduras y Bolivia. En otros países encontramos que sus jurisprudencias y/o códigos civiles incluyen alguna regulación sobre la unión libre, aunque en algunos casos lo hagan en forma tímida, tal como sucede en Colombia donde se vive aferrado a las faldas de la Religión Católica.

41729

Para ilustrar el aspecto antes citado, véase lo que sucede en algunos países latinoamericanos:

4.2.1 Cuba.- La constitución de este país fue la pionera en la regulación de la unión libre o de hecho al concederle a los tribunales la facultad de semejar las uniones de hecho al matrimonio civil, siempre que las personas sean capaces para casarse.

El Código de Familia del nombrado país, expedido en 1975, parte de la consideración de que "La Familia es un hecho natural, creado por la naturaleza, un hombre y una mujer se unen bastando el deseo, la intención, el ánimo, atraídos espontáneamente por el amor y deciden bajo un mismo techo, formar la familia". El Art. 18 del citado estatuto establece: "La existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por tribunal competente". Sigue diciendo el art. 18: "Cuando la unión matrimonial estable no fuere singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio surtirá plenos efectos legales en favor de la persona que hubiere actuado de buena fe y de los hijos habidos en la unión". Se ve de otra parte que la unión libre en Cuba está reglamentada como "Matrimonio no formalizado" y se debe inscribir en el Registro del Estado Civil (Art. 21).

El art.24 del Código Cubano se refiere a los efectos de la unión libre, existiendo igualdad de derechos y deberes para los matrimonios formalizados

y para las uniones judicialmente reconocidas.

4.2.2 Guatemala.- La Constitución Guatemalteca, en su Art.4, Párrafo 2º, dice: "La ley determinará los casos en que, por razones de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio, debe ser equiparada por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil".

El Código Civil del mencionado país (1963) en el art. 173 dice: "La unión de hecho de un hombre y una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales, siempre exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco".

La constancia de inscripción en el Registro Civil del Acta hecha por el Alcalde, la Escritura Pública o la Providencia Judicial producen iguales efectos que la certificación del matrimonio (Art. 175). Por su parte, el Art.178 consagra que si muere uno de los concubinos podrá hacer la solicitud de reconocimiento de la unión de hecho el supérstite ante el juez de primera instancia competente, dentro de los tres años siguientes. "Las uniones de hecho con un hombre o mujer que tenga registrada una unión con otra persona se considerarán ilícitas"(Art.180). De varias uniones se preferirá la más antigua

(Art.181). Finalmente, tenemos el Art.182 que consagra los efectos jurídicos de la unión libre los cuales se detallan así:

- "Los hijos nacidos después de 180 días de la fecha fijada como comienzo de la unión de hecho, y los nacidos dentro de los 300 días siguientes al día en que la unión cesó, se reputan hijos del varón con quien la madre estuvo unida, presunción contra la cual se admite prueba en contrario.
- Si no hubiere escritura de separación de bienes, los adquiridos durante la unión de hecho se reputan bienes de ambos, salvo prueba en contrario que demuestre que el bien fue adquirido por uno solo de ellos, a título gratuito, o con el valor o por permuta de otro bien de su exclusiva propiedad.
- Derecho de una de las partes a solicitar la declaratoria de ausencia de la otra y, una vez declarada, pedir la cesación de su unión con el ausente, liquidación del haber común y adjudicación de los bienes que le correspondan.
- En caso de fallecimiento de alguno de ellos el sobreviviente puede pedir la liquidación del haber común y adjudicación de bienes, al igual que en el caso del inciso anterior.
- Sujeción del hombre y la mujer a los derechos y obligaciones de los cónyuges durante el matrimonio "

4.2.3 Bolivia.- El Artículo 131, inciso 2º de la Constitución Boliviana, preceptúa: " Se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, con solo el transcurso de dos años de vida en común, verificados por todos los medios de prueba o el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraer enlace. La Ley del Registro Civil perfeccionará estas uniones de hecho".

El Código de Familia de Bolivia, aprobado por decreto-ley 10426 del 23 de Agosto de 1972, regula las "uniones conyugales libres o de hecho". El Art. 158 dice: "Se entiende haber unión conyugal libre o de hecho cuando el varón y la mujer, voluntariamente constituyen hogar y hacen vida común en forma estable y singular, con la concurrencia de los requisitos establecidos por los arts. 44 y 46 al 50. Se apreciarán las circunstancias teniendo en consideración las particularidades de cada caso". Según el art.159 se establece que las uniones conyugales libres o de hecho que sean estables y singulares producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. De lo anterior se deduce que la unión libre o concubinato se semeja en un todo al matrimonio.

Es de anotar que la prueba de la unión libre en Bolivia se hará ante los jueces, de acuerdo a las circunstancias, pues no se exige su inscripción ante el Oficial del Registro Civil. Además, en el Código de Bolivia se establecen como deberes personales entre los concubinos, "la fidelidad, la asistencia y

La cooperación recíprocas (Art.161). Según el 162:"Son bienes comunes de los convivientes y se dividen por igual entre ellos o sus herederos cuando la unión termina, los ganados por el trabajo personal o el esfuerzo común y los frutos que los mismos producen, así como los bienes adquiridos por permuta con otro bien común o por compra con fondos comunes y los productos del azar o la fortuna". El Art.168 del mismo estatuto establece claramente una comunidad de bienes y si la unión termina por la muerte de uno de los convivientes, "el que sobrevive toma la mitad que le corresponde en los bienes comunes y la otra mitad se distribuye entre los hijos, si los hay; pero no habiéndolos, estará a las reglas del Código Civil en materia sucesoria. En los bienes propios tiene participación el sobreviviente en igualdad de condiciones que cada uno de los hijos. El testamento, si lo hay, se cumple en todo lo que no sea contrario a lo anteriormente prescrito. Los beneficios y seguros sociales se rigen por las normas especiales de la materia".

A la luz del art.172 se observa: Si se presente ruptura unilateral el otro conviviente puede pedir la división de los bienes comunes y su respectiva entrega, y si no existe infidelidad u otra culpa grave de su parte, si carece de medios para subsistir, puede obtener se le fije una pensión de asistencia para él y para sus hijos bajo su guarda, si los hay. Asimismo, tiene la facultad para reclamar resarcimiento por daño material y moral ocasionado por la ruptura". Las uniones inestables y plurales no producen efectos.

De otro lado, es digno de resaltar que la legislación Boliviana ha reconocido a los concubinos el derecho a heredarse, según lo contemplado por el nuevo Código Civil de 1976 en su art. 1108 que dice: "Las uniones conyugales libres o de hecho reconocidas por la Constitución Política del Estado y el Código de Familia, producen respecto de los convivientes, efectos sucesorales similares a los del matrimonio: El art. 1635 aunque en forma limitada, también reconoce derechos hereditarios a la concubina.

4.2.4 Panamá.- En la Constitución Panameña de 1972 en el Art.56, se expresa: "La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio mantenida durante 5 años consecutivos, y en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil.

Para este fin bastará que las partes interesadas soliciten conjuntamente al Registro Civil la inscripción del matrimonio de hecho. Cuando no se haya efectuado esa solicitud el matrimonio podrá probarse, para los efectos de la reclamación de sus derechos, por cualquier interesado, mediante los trámites que determine la ley judicial".

La Ley sobre matrimonio de hecho de Panamá del 6 de Dic. de 1956 consagró que "se debe inscribir la unión en el Registro General del Estado Civil si se ha mantenido durante diez años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, de acuerdo a los arts. 1o. y 2o. Se establece además

que si los convivientes no acuden de mutuo acuerdo a inscribir su unión, el matrimonio de hecho se podrá comprobar mediante declaraciones de cinco testigos. Si se presenta oposición, el opositor deberá probar la verdad de su afirmación y si no lo hiciere así, responderá en la misma forma que el acusador particular en los juicios criminales por las costas y gastos, y de la misma manera tendrá que prestar fianza si así lo exigiere el interesado".

4.2.5 Méjico.- El Código Civil de Méjico en el artículo 383 dice: "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina: primero, los nacidos luego de los 180 días desde que comenzó el concubinato; segundo, los nacidos dentro de los 300 días siguientes al que cesó la vida común entre ambos".

La jurisprudencia mejicana dice: "El concubinato es una situación de hecho susceptible de ser probada por cualquier medio".

Desde otro ángulo se aprecia que el código consagra vocación hereditaria a la concubina siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que sea la mujer con la que el de cujus haya vivido maritalmente durante los 5 años que precedieron a su fallecimiento.
- Que se refiera a una mujer con la cual haya tenido hijos.

- Que ambos concubinos hayan permanecido solteros durante la unión de hecho.

- Que haya una sola concubina, pues la pluralidad de concúbitos conlleva a que todas pierdan el derecho a la herencia.

- La cuota hereditaria depende del número de personas con las cuales concurre a la sucesión, pudiendo obtener la mitad de la herencia. Este derecho no lo reconocen cuatro estados mejicanos.

4.2.6 Venezuela.- El art.767 del Código Civil de Venezuela presume la comunidad de bienes al decir: " Se presume la comunidad de bienes, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan documentados a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción solamente surte efectos legales entre ellos dos y entre los respectivos herederos, y también entre uno de ellos y los herederos del otro, salvo caso de adulterio. En la disposición anterior se observa que no se consagra un derecho sucesorio sino apenas una "presunción de cuasicontrato de comunidades emergentes del concubinato". Se cuenta de otra parte que los efectos legales del concubinato se han extendido al incluir ciertos derechos en cláusulas de contratos colectivos de traba

SA

jo y en la ley del Seguro Social de 1966, teniendo a la concubina como uno de los titulares de las prestaciones concedidas a los sobrevivientes.

4.2.7 Paraguay.- El Código Civil de Paraguay en el Art.282 dice: " Cuando los concubinos hagan ante un juez de su domicilio la declaración en papel común, expresando nombres y apellidos, estado, profesión y domicilio, de no estar afectados por impedimento legal alguno para casarse, haberse unido a los fines establecidos en el art.281, con fijación de la fecha en que principió la unión y declaración del nombre y edad de los hijos que tuvieron". Consagra también el Código Paraguayo que "Si uno de los concubinos desconoce en declaración conjunta la existencia de las relaciones maritales, el otro puede demandar judicialmente la legalización de la unión". Además, dice que no solamente pueden ejercer la acción el concubinario y la concubina, sino que dicha acción se hace extensiva a los hijos a fin de demandar la filiación, demanda que persigue se reconozca la unión de hecho de los progenitores.

De otra parte, se aprecia que el C.C. Paraguayo, concede a los concubinos que legalicen su unión de hecho, los mismos derechos y obligaciones personales de los casados en legítimas nupcias. En cuanto al régimen patrimonial de las uniones de hecho, se les otorgan las mismas, que se le conceden a los casados sujetos al régimen de separación de bienes. Se presume de hecho la paternidad de los hijos procreados en la unión de hecho. Por otro lado se

destaca que el concubino o la concubina tienen derecho a los beneficios de la Previsión Social, a las indemnizaciones por accidente y demás prestaciones otorgadas a los casados; lo anterior se consagra a favor del superviviente."

4.2.8 Argentina.- Mediante la Ley 14184, el Estado Argentino "auspicia la regularización de las uniones ilegítimas;" y según Ameglio y Rébora "al concubinato se lo considera como un hecho jurídico sui generis, al cual se le admiten efectos".

Díaz de Guizarro, comenta sobre el concubinato en el proyecto de reforma del C.C. argentino en los siguientes términos: El firme anhelo de que la ley contemple y reglamente la realidad concubinaria, no en detrimento del matrimonio, sino con el fin de regular los efectos de ese modo de vivir tan extendido en ciertas regiones de nuestro país y que por el hecho de que la ley lo calle, no deja de existir ni de provocar cuestiones cuya solución es indispensable.

4.2.9 Brasil.- En la Constitución de este país no aparece nada referente a la unión de hecho. La jurisprudencia del citado país "aprueba, adopta y asegura la unión de hecho como institución, después de un período de vida en común de más de 5 años, otorgando derechos a la división matrimonial de los bienes adquiridos por los concubinos en un esfuerzo común, durante el período de permanencia de la sociedad de hecho".

4.2.10 Chile.- "Puede existir una sociedad expresamente pactada por los concubinos que podrá ser civil o comercial; los bienes de la sociedad estarán regidos por los preceptos legales que reglamentan dichos contratos".

"Puede existir entre los concubinos una comunidad universal de los bienes que adquieran durante el concubinato con el esfuerzo común y la cooperación mutua". Además en Chile los concubinos pueden constituir una "Sociedad regular de hecho considerada como una sociedad consensual, como la colectiva civil, siempre que concurren los elementos de ésta, es decir, aporte, participación en las pérdidas y ganancias y la affectio-societatis".

4.2.11 Perú.- Hector Cornejo Chaves. en su obra titulada "La Ley peruana y el Concubinato" dice: "Siguiendo el ejemplo de las legislaciones tradicionales, la nuestra ha creído prudente ignorar el concubinato, pese a que el nivel cultural de una gruesa masa de nuestra población ha generalizado tal forma hasta igualar o superar acaso el número de uniones matrimoniales".

La legislación del Perú reconoce derechos a la concubina en ciertas situaciones, como indemnización y alimentos según los Arts. 369* y 370 del Código Civil. El primer artículo de los mencionados establece: "La madre natural tiene derecho a alimentos durante los 60 días anteriores y 60 siguientes al parto, así como al pago de todos los gastos ocasionados por éste y por el embarazo".



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Castro
Universidad de Santiago
43

Referente a los bienes no existe disposición legal. La jurisprudencia ha suplido esa falta al conceptuar que "la concubina tiene derecho al 50% de los bienes adquiridos por el concubino durante la vigencia del concubinato, el cual funciona como una verdadera sociedad patrimonial".

4.2.12 Ecuador.- La legislación de esta nación ha estimado el concubinato como un hecho delictuoso. En el Art. 493 del Código Penal se señala: "Las personas que vivieren públicamente en concubinato actual, noventa días antes de iniciarse la causa, serán reprimidas con prisión de seis meses a dos años". Si es entre parientes la pena se aumentará (art.494) y el art.495 prevee: "Los culpables de concubinato no tendrán pena alguna si se casaren, o falleciere alguno de ellos antes de la sentencia".

En contraposición a lo dicho encuéntrase que la Constitución ecuatoriana establece igualdad de derechos para los hijos que nacen dentro del matrimonio o por fuera de él, al estatuir en su Art.29: "Los hijos nacidos fuera o dentro del matrimonio tienen los mismos derechos en cuanto a apellidos, crianza, educación y herencia"... "Al inscribirse el nacimiento, no se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación".

Finalmente, se observa que la jurisprudencia ecuatoriana ha declarado, en ocasiones, que entre los concubinos ha habido un contrato de comunidad, es decir se está en presencia de un cuasi contrato de comunidad y por tanto

se realiza la partici3n de conformidad con el c3digo civil.

4.3 CONSTITUCION DE LA UNION LIBRE

La uni3n libre, contrario como sucede en las uniones leg3timas, no se constituye mediante normas de derecho positivo, sino por la mera voluntad de dos personas de sexos diferentes cuyo fin es cohabitar y conformar una familia. El concubinato produce efectos entre quienes lo constituyen, pero no crea v3nculo de familia.

4.4 DISOLUCION DE LA UNION LIBRE

Las uniones libres se disuelven por regla general de manera voluntaria, tal como surge, y excepcionalmente por medio de actos ante notario, en aquellos pa3ses que as3 lo consagran. A continuaci3n se hace referencia a los pa3ses que siguen formalidades para disolver la uni3n libre:

El C3digo Civil de Guatemala da dos alternativas:

- Disoluci3n por mutuo acuerdo de la pareja
- Judicialmente, seg3n las causales estipuladas para el divorcio y la separaci3n de uni3n leg3tima, cuando no hay mutuo acuerdo.

De otra parte el Código Civil de Paraguay dice: "que la unión de hecho se puede disolver por voluntad de una de las partes, previa notificación hecha a la otra por acta notarial".

A su vez el Código Boliviano, artículo 173 prevee que la unión libre termina por la muerte o por voluntad de uno de los convivientes. "Si termina con la muerte, el sobreviviente tiene derecho a la mitad de los bienes comunes y la otra mitad le corresponde a los hijos si los hubiere; si no existen se aplicarán las reglas sucesorales consagradas en el Código Civil para los matrimonios legítimos".

Se ha de destacar que en Latinoamérica, por lo general, la concubina no goza de protección jurídica y escasamente se le otorgan derechos sucesorales en algunos países, y uno más que otro derecho, tratándose por ejemplo del aspecto laboral y de seguridad social.

5. LA UNION LIBRE EN COLOMBIA

Antes de abordar el tema de la unión libre o concubinato en Colombia, se ha de considerar que es de imperiosa necesidad y de conveniencia práctica hacer alusión, aunque sea someramente, a la familia desde un contexto general para una mejor comprensión.

Según Bachofen, citado por Engels, los "seres humanos en los tiempos primitivos vivieron en promiscuidad sexual (heterismo), relaciones que no permitían establecer ciertamente la paternidad, lo que originó que la filiación se diera por la línea femenina, según el derecho materno. De acuerdo a ello, las madres eran los únicos progenitores conocidos, lo cual les mereció gran aprecio y respeto, llegando hasta el dominio femenino absoluto (ginecocracia). De acuerdo al decir de Bachofen, del "heterismo se pasó a la monogamia y del derecho materno al paterno, lo cual se da entre los griegos debido al desarrollo de las concepciones religiosas".

Para Engels, existen tres formas esenciales de matrimonio: el matrimonio por grupo (época del salvajismo), el matrimonio sindiásmico (en la barbarie) y la monogamia (estado de la civilización).

Es preciso destacar que hasta el matrimonio sindiásmico (por parejas sin cohabitación única o exclusiva) se siguió dando el matriarcado pero presentaba la característica de que la familia tenía un único padre. Con el surgimiento del matrimonio monogámico se da inicio a la caída del matriarcado, originándose el señorío del varón en la familia y el nacimiento de la filiación por la línea paterna. Para Engels con la aparición de la familia patriarcal no termina la evolución familiar.

Muchos autores, de acuerdo a Puig Peña, entienden la familia como aquella que tiene su origen en el matrimonio. De lo anterior se deduce que las uniones libres, aunque reúnan la calidad de estable, no llegan a constituir familia y, por lo tanto, los hijos nacidos de esas uniones no forman familia. Lo expuesto no se presenta en la legislación colombiana. El Dr. Valencia Zea, dice que "negar la existencia de la familia extramatrimonial al lado de la matrimonial o legítima equivale a negar una realidad y hace suyas las palabras de Josserrand: "No se suprime un hecho cerrando los ojos sobre él; existe en consecuencia una familia natural cuyo estatuto se desenvuelve y mejora sin cesar".

5.1 BREVES ANOTACIONES HISTORICO-SOCIAL DE LA FAMILIA COLOMBIANA

La familia colombiana presenta matices heterogéneas en cuanto a su conformación étnica se refiere. Encontramos inicialmente en las regiones de nuestra patria el grupo étnico indígena, cuya organización social tenía como fundamento el parentesco por la línea materna y ejercía la autoridad el hermano

de la madre (tío) y ésta; se presentaban formas diversas de matrimonio entre los nativos: por raptó, trueque político, por compra de infantes. A partir del descubrimiento de América y de la Conquista Española, los pueblos aborígenes colombianos se ven inmersos de manera forzada en una nueva cultura, la hispánica, la cual penetra en la vida socio-económica, política y religiosa de la cultura pre-colombina. La familia española, establecida en el territorio de Colombia, presentaba una estructura familiar y social diferente a la aborígen, pues la autoridad o gobierno familiar estaba representada por el padre, es decir, constituía una familia cuyo régimen de parentesco seguía la línea paterna; dicha familia tenía su origen en el matrimonio-sacramento el cual era indisoluble y no permite la poligamia.

Además de los hispanos, llegan a Colombia en el siglo XVII los negros africanos en calidad de esclavos, grupo étnico que conformó la clase social más baja de la época colonial. Los esclavos no conformaron una verdadera familia, pues estaban sujetos a la voluntad de sus amos, quienes determinaban el lugar donde debían vivir.

De acuerdo a Virginia de Pineda, citada por Ligia E. de Ferrufino, la familia colombiana en la época de la independencia presenta las siguientes tendencias:

- "Hacia la familia de derecho según las características de la sociedad

occidental de modelo patriarcal, constituida por elementos españoles y criollos y un pequeño número de elementos aborígenes, que formaban los estratos sociales más altos.

- Familias de hecho surgidas del amañó, matrimonio por servicios y relaciones sexuales entre españoles y nativos, indios y negros, españoles y esclavos, todas estas últimas expresamente prohibidas por la ley.

- Familias que logran escapar al proceso aculturativo y que, por lo tanto, no se incorporen dentro de las modalidades anteriores. Corresponden a grupos indígenas alzados en armas o "behetrías" y a grupos indígenas aislados geográficamente de la influencia española de una parte, y a los negros cimarrones escapados de Reales Minas o prófugos escapados de las plantaciones, de otra. Estos grupos configuran formas familiares peculiares y no pueden involucrarse bajo la normatividad del derecho positivo".

Vista las distintas etapas en la conformación de la familia colombiana, se concluye que el grupo hispánico trato de preservar su estructura social y como complemento el poder, amén de la imposición de la Religión Católica y sus dogmas, surgiendo de esa manera la familia legítima, conformada de acuerdo a las disposiciones peninsulares. Se puede definir a la "familia legítima o de derecho como aquella que tiene su nacimiento en el matrimonio y produce derechos y obligaciones para los cónyuges". El matrimonio

en referencia puede ser en nuestro medio de índole contractual, el cual está reglado por el derecho, y como un sacramento, es decir, el celebrado por los ritos de la Iglesia Católica.

Al ejercer su influencia familiar los hispanos mediante el matrimonio canónico, que para ellos era el reconocido por las leyes, con la aparición de ritualidades diferentes a las costumbres de los demás elementos "etnoculturales" de Colombia, es fácil comprender que se vieron inducidos a llevar a cabo uniones libres, o en otras palabras, por fuera del matrimonio que reconocía la ley española. Esos mismos hechos y otros que se dan en los momentos actuales son las causas del concubinato en nuestra patria. "De ahí nace la familia extramatrimonial, que a la luz del derecho positivo se puede decir que se da por fuera del derecho, pero que en ningún momento es contraria a derecho".

Como se dejó dicho en la introducción de este trabajo, no se trata de cualquier clase de unión, sino de aquella que tenga las características de un verdadero matrimonio, aunque por fuera del derecho, pero que pueda realizar cabalmente los fines matrimoniales, por tal motivo se excluye el amaño, el madresolterismo, el concubinato adulterino.

De acuerdo a un informe del Dane sobre censo de población y vivienda en Colombia, en 1973 existen 1.011.871 uniones libres y 4.644.679 de casados.



5.2 LIBERTAD PARA FORMAR UNA FAMILIA.

El hombre y la mujer tienen su origen en una familia y gozan de absoluta libertad para constituir otra, ya sea por medio del matrimonio o mediante la unión libre o concubinato. Tanto el hombre como la mujer pueden conformar su familia y tienen plena autonomía de escoger a la persona que crean conveniente, así mismo pueden privarse de constituir la si esa es su voluntad.

"En nuestros tiempos dicha libertad está teniendo la característica de ser universal, lo cual es un avance de los ordenamientos jurídicos, pues en tiempos pasados los padres eran quienes acordaban el matrimonio de sus hijos, coartando la voluntad y el poder de decisión de unirse a quienes deseen". Es digno de destacar que se ha acabado con prácticas abominables como eran las de dar en matrimonio a una persona antes de la pubertad, atendiendo solamente en estos casos a los caprichos e intereses de los padres, llegando a convertir al hijo en una cosa carente de poder de decisión.

5.3 ASPECTO JURIDICO DE LA UNION LIBRE EN RELACION CON LOS CONCUBINOS Y CON LOS HIJOS.

Desde el inicio de esta investigación se ha sostenido que la unión libre, no obstante ser un fenómeno social de gran envergadura, ha crecido huérfano y los legisladores colombianos lo han tenido en el oscurantismo.

El concubinato es un hecho notorio en Colombia sobre el cual se ha tendido un velo y apenas regulado sus efectos con relación a los hijos habidos en dicha unión. Ello conduce a pensar que el derecho en nuestro país no es lo suficientemente equitativo en cuanto a la familia se refiere, aunque se expidan cientos de leyes que reconozcan algunas prerrogativas a los hijos extra matrimoniales, dejando sin ninguna protección a los concubinos, en especial a la mujer que durante muchos años comparte su vida con un hombre, como una verdadera esposa. Se reforzará lo anterior con la afirmación del Dr. Eduardo Umaña Luna, citado en la obra *El Concubinato en Colombia*, cuando expresa: "Ninguna normatividad jurídica, por perfecta que ella quiera ser, alcanza validez concreta mientras el Estado, por ejemplo el colombiano, a través del poder público, en sus tres ramas (legislativa, ejecutiva y judicial), no la dicte, la aplique y la interprete, fundamentándose en realidades tangibles inmediatas y posibilidades no muy lejanas de aplicación, pues entonces se cae en el área de la mera utopía jurídica."

Carlos Alberto Indaburu y Gloria Estrada, al hacer alusión al concubinato, observan que la Constitución Política de Colombia, contrario a como sucede con las Cartas Fundamentales de la mayoría de las naciones, no consagra en su articulado, uno solo que trate de la responsabilidad que tiene el Estado acerca de la defensa de la familia como célula originaria de la sociedad. Se encuentran disposiciones que gobiernan la familia como institución, las cuales están esparcidas en estatutos tales como: El Código Civil, Penal,

Sustantivo del trabajo y de Policía, nomas que tienen su fuente en el Art. 16 de la C.N. y dan garantías civiles y sociales a los miembros de la familia, considerados de manera individual.

En relación a los efectos jurídicos de la unión libre el Dr. Marco Monroy Cabra dice: "No hay regulación jurídica del concubinato en derecho colombiano. La única familia reconocida es la legítima, basada en el matrimonio. Como efectos jurídicos de la unión libre en Colombia se pueden señalar los siguientes:

- No hay obligación alimentaria entre los concubinos, ni deberes de ayuda y auxilio recíproco, por no estar unidos por matrimonio.
- La concubina no puede heredar.
- Los concubinos pueden celebrar contratos de trabajo entre sí, así como también sociedades comerciales o civiles, pues no hay disposición legal que expresamente lo prohíba".

Las Constituciones políticas que antecedieron a la de 1886 son los miradores por donde se pueden observar las diferenciaciones entre individuos casados y concubinos. Lo dicho puede resumirse así: "La Constitución de 1821 de la Villa del Rosario de Cúcuta art.15, la del Estado de la Nueva Granada por

la Convención Constituyente de 1832 art.26, la Constitución para la Confederación Granadina de 1858 art.5 y en la Constitución de 1863 art.33 son hábiles para elegir o ser elegidos (1858, 1863) quienes presentaban el requisito alternativo de ser casado; la Constitución de 1843 suprimió la calidad de ser casado. En cuanto al requisito alternativo de casado como presupuesto de la ciudadanía lo encontramos en la Constitución del Estado de Nueva Granada, Convención Constituyente de 1832 y en el art. 3 de la Constitución de la Nueva Granada de 1853."

Seguidamente se hace mención de todas aquellas disposiciones que han tenido en cuenta a los hijos procreados por fuera del matrimonio, es decir destacamos el ámbito jurídico de los hijos habidos en la familia de hecho en cuanto a los aspectos personal, de filiación y patrimonial. Inicialmente se toca el punto relativo a la filiación y para ello tómate como punto de referencia el Código Judicial del Estado Soberano de Cundinamarca de 1858 (cuyo antecedente es el Código Chileno de Dic.14 de 1855) el cual se convierte en el código de la Unión aprobado por la Ley 84 del 26 de Mayo de 1873, siendo posteriormente adoptado como Código Civil de la República en virtud de la Ley 57 de 1887 art. 1o. Es de advertir que dicha ley a pesar de acoger el código de la Unión, fue negativa en lo referente al concubinato y a los hijos nacidos de dichas uniones, pues según se aprecia en el artículo 45 de la citada ley, fueron derogados de manera expresa los arts. 328 y 329, del código susodicho, artículos que si consideraron el fenómeno social de la

unión libre. A continuación se transcriben dichos artículos así: 328.- "Los hijos de la concubina de un hombre serán tenidos como hijos de éste, a menos que compruebe que durante el tiempo en que debió verificarse la concepción estuvo imposibilitado para tener acceso a la mujer". Y el 329 decía : "Para los efectos del artículo anterior, no se tendrá como concubina de un hombre sino la mujer que vive públicamente con él, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros". Parece que el Código chileno vislumbró aspectos futuristas y marcó un hito en la legislación de los países americanos al consagrar normas sobre el concubinato, pero que la legislación colombiana a pesar de beber en las fuentes del código mencionado fue temerosa y no acogió dichas disposiciones, quedando rezagada en un asunto tan vital para el desarrollo del derecho.

De otra parte es digno destacar que el antiguo art.52 de la Ley 57 de 1887 que adoptó el Código Civil de la Unión para toda Colombia y por ende su antecesor (código de Cundinamarca) contemplaba tres clases de hijos ilegítimos, a saber:

- Naturales, que son los hijos habidos por fuera del matrimonio cuyos padres se pueden casar libremente en el momento de la concepción.
- De Dañado y punible ayuntamiento, son los hijos adulterinos y los incestuosos, es decir, los habidos en adulterio o de padres que tenían impedimento

legal para casarse por razón del parentesco consanguíneo.

- Los simplemente ilegítimos, o sean los hijos nacidos por fuera del matrimonio y que no hayan sido reconocidos como naturales, no siendo concebidos en adulterio ni en incesto. Es importante señalar que el Código del Estado Soberano de Santander tuvo algunos avances respecto a la filiación, pues consideró a los hijos de uniones no matrimoniales bajo la calificación de hijos naturales, distinto a como lo consagró el Código de Cundinamarca. Además hizo referencia al concubinato al estipular: "Los hijos de la concubina de un hombre serán tenidos como hijos de éste, a menos que compruebe que durante el tiempo en que debió verificarse la concepción estuvo imposibilitado para tener acceso a la mujer".

En materia sucesoral el primitivo código en su art.1045 prescribía que la herencia se daba a los hijos legítimos, y si habían hijos nacidos por fuera del matrimonio, les correspondía la quinta parte; quedando las otras cuatro a los legítimos. La Ley 57 de 1887 dividió la herencia en dos partes: una mitad para los hijos legítimos por partes iguales y la otra para distribuirla por partes iguales también, entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales. Posteriormente, se expide la Ley 153 de 1887 cuyo art.88 establece: "Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos sin perjuicio de la porción conyugal"; ello fue el más grande desafuero legal que se pudo cometer con los hijos extramatrimoniales. La citada Ley estipulaba además que la

calidad de hijo natural se obtenía por reconocimiento voluntario que hacía el padre y la madre, que pudieran casarse entre sí, lo cual les daba derecho a demandar alimentos de sus progenitores.

Posteriormente es expedida la Ley 95 de 1890 que en el art.7 se refiere a la calidad de madre natural, soltera o viuda por el solo hecho del alumbramiento: "Se presume el reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda; en consecuencia tales hijos tendrán el carácter de naturales con relación a su madre, como si hubieran sido reconocidos por instrumento público". Continuando en el mismo orden de ideas referente a los hijos extramatrimoniales, se tiene la Ley 45 de 1936 que derogó la Ley 57 que marca un hito en la legislación nacional al dar protección a los hijos procreados en uniones extramatrimoniales siendo abolidas las denominaciones de hijos de dañado y punible ayuntamiento, según lo previsto en el art. 1o. de la nombrada ley que reza: "El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal como arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento. "Se establecen además algunas modificaciones considerables las cuales señalamos a continuación:

- Se le permite al hijo investigar judicialmente su paternidad natural.-

- El ejercicio de la patria potestad es asignado a la madre y excepcionalmente al padre.

- El hijo natural tiene derecho a los alimentos congruos y no solamente a los necesarios.

- La herencia es repartida entre los hijos legítimos y naturales, tocándose a estos últimos la mitad de la cuota que recibían aquellos (Art.18 Ley 45/36). Sobre el particular el Dr. Valencia dice subsistían otras desigualdades, siendo la principal el no poder el hijo natural entrar en la familia de sangre del padre o madre y que por la misma razón el nieto y los sobrinos naturales no, podían heredar en ningún caso al abuelo o tío respectivamente.

Con anterioridad se dijo que el Código de Napoleón prohibió la investigación de la Paternidad (art.340) siendo derogado por la Ley del 16 de Nov. de 1912, estipulándose cinco casos para ejercer la acción nombrada, y considerada como el manantial donde bebieron los legisladores artífices de la Ley 45 de 1936 sobre declaración judicial de la paternidad natural en su artículo 4o. que dispone: "Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural:

- En el caso de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.

- En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, siempre que exista un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y que haga verosímil esa seducción.

- Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que tenga una confesión inequívoca de paternidad.

- En el caso que entre el presunto padre y la madre hayan existido de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde cuando empezaron dichas relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron.

- Cuando se acredita la posesión notoria del estado del hijo. El art. 4o. de la ley francesa (1912) hablaba de "concubinato notorio" y el art. 4o. de la ley 45 se refiere a "relaciones sexuales estables, las que deben ser notorias".

Para terminar con la tan nombrada Ley 45, puede verse que su art.2o. consagra que el reconocimiento de hijos naturales se puede efectuar por alguna de las siguientes formas:

- Por la firma del Acta de Nacimiento

- Por Escritura Pública

- Por Testamento

- Por manifestación expresa y directa ante juez o manifestación tácita, y

- Por citación hecha al presunto padre para que declare bajo juramento si considera ser el padre. Dicho reconocimiento es irrevocable.

Hácese alusión a la Ley 75 de 1968 la cual trata en su capítulo primero de la Filiación, la investigación de la paternidad y los efectos del Estado Civil; en el capítulo segundo trata de las sanciones penales (art.40 a 49), y el capítulo tercero crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (arts. 50 a 67). El estatuto del 68 sigue conservando la noción de hijos naturales de la Ley 45/36, como aquellos habidos fuera del matrimonio y que hayan sido reconocidos o declarados en juicio con arreglo a la ley. Además respecto a la madre soltera o viuda se tiene la calidad de hijo natural por el solo hecho del nacimiento (Art.1o.Ley 45). De otro lado, se tiene los hijos simplemente ilegítimos, es decir, aquellos que no han sido reconocidos o declarados en juicio como naturales. Podemos agregar a lo dicho que el acta de nacimiento prueba quien es la madre, pero nunca sirve para probar quien es

el padre. Existe la presunción de paternidad respecto a los hijos nacidos de mujer casada los cuales tienen por padre al marido, por tanto los hijos legítimos prueban su paternidad mediante el acta de nacimiento y de matrimonio de la madre (art.213 y 214 C.C.). Por su parte el art. 3o. de la misma ley dice que el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural y adopta tres excepciones:

- Si el hijo ha sido concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges a menos que se pruebe que el marido lo reconoció como suyo y que hubo reconciliación privada en ese tiempo.

- Si el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad.

- Si se declara por sentencia ejecutoriada que el hijo no es del marido".

Tiéndose de otra parte que la Ley 75 de 1968 en el art.6o. establece las causales de presunción de la paternidad natural y da lugar a declararla judicialmente en seis casos, anexando una más a las causales consagradas por el art.4o. de la Ley 45 de 1936; dichas causales son: .

- Cuando hubo rapto o violación sobre la mujer que más tarde fue madre.



- Cuando se da la seducción mediante hechos dolosos.

- Cuando haya carta u otro escrito cuyo contenido es una confesión inequívoca de paternidad.

- Cuando ha habido relaciones sexuales notorias entre el presunto padre y la madre durante la época en que se presume pudo realizarse la concepción (ello de acuerdo al art.92 del C.C.).

- Del trato personal y social que el presunto padre da a la madre durante el embarazo y parto.

- Al acreditarse la posesión notoria del estado del hijo. Al comparar el texto del art. 4o. de la Ley 45/36 y la Ley 75 de 1968, art. 6o. se nota que ésta última contiene una causal más que la anterior, y es la correspondiente al ordinal 5o. (diferente al ordinal 5o. de la ley 45) que se refiere al trato personal y social del presunto padre...Dicho numeral dice que se debe tratar de hechos fidedignos con características tales que indiquen la paternidad. Sobre el particular el Dr. Fernando Hinestrosa Forero dice: "que nadie pastorea a mujer preñada por otro".

Ahora bien, en el campo sucesoral la Ley 75 de 1968 en su artículo 30 se acogió a lo establecido en la ley 45 del 36 (art.28), mediante el cual los

hijos naturales (primer orden hereditario) concurren con los hijos legítimos, correspondiéndoles la mitad de lo que obtienen éstos, ello sin perjuicio de la porción conyugal. Obsérvase que se corta de raíces la diferencia que existía por el hecho de la concepción ocurrida antes o después del 30 de Mayo de 1936. En cuanto a limentos se refiere, dicha ley hace extensivo el derecho de recibir alimentos congruos a los nietos naturales. El art.71 que modificó el 411 del C.C. y 25 de la Ley 45/36 dice que: " Se deben alimentos:

- A los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales.
- A los ascendientes naturales". Lo anterior indica que los ascendientes tienen obligación de dar alimentos a sus hijos naturales o derecho a recibir alimentos de éstos y viceversa.

En cuanto a la patria potestad la ley 75, art.21 dice: Al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos naturales se aplicarán las reglas de los títulos 12 y 14 del Libro 1o. del C.C. siempre que no sean contrarias a esta ley. El título XII corresponde a los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos. En este aspecto se dió un gran paso en aras de la justicia familiar, pues hoy los padres están obligados a cuidar a sus hijos extramatrimoniales, criarlos y educarlos en la misma medida que consagraba la ley para los hijos legítimos.

Otro aspecto relativo a los derechos del hijo extramatrimonial está en la Ley 5a. de 1975 reproducida íntegramente en el título XIII del Libro 1o. del C.C. denominado De la Adopción y que derogó los arts. 269 a 287 del mencionado estatuto. En efecto el art. 273 del C.C. admite que " El hijo natural podrá ser adoptado por su padre o madre y además lo puede adoptar el padre o madre conjuntamente con el otro cónyuge. Conforme al artículo anterior se advierte que las personas que viven en concubinato no pueden adoptar de manera conjunta, lo cual significa que siguen existiendo enormes desigualdades; en atención a la segunda parte del artículo nombrado, se evidencia una mejor oportunidad para el hijo natural al poder ser adoptado por el cónyuge de su padre o madre conjuntamente con uno de éstos, pues así, puede obtener algunas ventajas como son compartir el mismo techo y adquirir derechos referentes al cónyuge de su padre o madre, como por ejemplo heredarlo.

Continuando con la mención de las disposiciones que en forma acertada han tenido en cuenta a los hijos nacidos de padres no casados, es importante hacer alusión al Decreto 2820 de 1974, por medio del cual se cambió la denominación de hijos naturales que se les venía dando desde la expedición de la Ley 45 de 1936, y acogió la de hijos extramatrimoniales, circunstancia que se observa en el art.1o., numeral 1o., inciso 3o. al decir: "Cuando se trate de hijos extramatrimoniales,....; asimismo se vuelve a apreciar en los arts.50 y 51, ord.3o. del mismo decreto; también está presente la men

cionada denominación en en art. 1o. de la Ley 29 de 1982 al estatuir :
"Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales
derechos y obligaciones". Asimismo utilizan dicha nominación los arts. 4o.,
7o. y 9o., numeral 1o. de la precitada Ley.

La expresión hijos naturales, según el Dr. Valencia Zea, fue criticada gran
demente porque se entendía como opuesta a la de hijos artificiales. Y agre
ga que se debe cambiar la denominada filiación natural po la de filiación
extramatrimonial, así como en vez de decir familia natural se diga familia
extramatrimonial.

El profesor Monroy Cabra sobre la patria potestad dice que no hay razón
por la cual hoy exista duda de que la patria potestad sobre los hijos extra
matrimoniales la ejercen conjuntamente los padres (Ar.20 de la Ley 75 de
1968 derogado expresamente por el art. 13 del Decreto 772 de 1975).

Otra norma muy significativa para los hijos extramatrimoniales, pues consagra
en uno de sus artículos igualdad de derechos para los niños sin tener en
cuenta su procreación es la Ley 7a. de 1979 cuyo art. 4o. consagra: "Todos
los niños desde la concepción en matrimonio, o fuera de él, tienen derecho
a los cuidados y asistencias especiales del Estado. El Gobierno procurará
la eliminación de toda forma de discriminación en el régimen jurídico de
la familia y de toda distinción inferiorizante entre los hijos".

Se destaca finalmente de manera sintética, como nuestro legislador cercena las desigualdades sucesorales existentes entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales al expedir la Ley 29 de 1982, estatuto que consagra que los extramatrimoniales reciben la misma cuota hereditaria que los legítimos y adoptivos excluyendo a todos los otros herederos sin perjuicio de la porción conyugal (art.4o., modif. del 1045 del C.C.). Asimismo, se puede agregar que los hijos extramatrimoniales pueden heredar por derecho de representación a sus padres (art.3o., mod. del 1043 del C.C.); antes de esta ley, la herencia de los hijos extramatrimoniales no podía ser recobida por su descendencia extramatrimonial (nietos). Siguiendo con el sistema de la nueva ley, encontramos en su art.5o. que subrogó el 1046 del C.C.: "Si el difunto no deja posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, sus padres adoptantes y su cónyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabeza. Notamos que la redacción del art. 1o. Ley 45/36 (art.1046 C.C.) hablaba de posteridad legítima, siendo suprimido el término legítima por la ley 29, acabando así con la diferencia reinante entre los hijos legítimos y extramatrimoniales, y su descendencia (art.3o.) y los ascendientes de ambos (padres, abuelos) logrando el equilibrio en los derechos hereditarios. Ampliamos lo dicho así: Si el de-cujus siendo hijo extramatrimonial no deja descendientes, le corresponde la herencia a los padres (extramatrimoniales) en concurrencia con el cónyuge sobreviviente, repartiéndose la herencia por cabeza, es decir le corresponde 1/3 a cada uno; pero si el padre y la madre fallecieron entran a heredar los ascendientes de 2o. grado (abuelos) en concurrencia con el

cónyuge, por partes iguales.

Obsérvase que en el sistema de la Ley 29 de 1982 que si el causante es un hermano legítimo puede ser heredado por los hermanos extramatrimoniales y viceversa (art.6o., tercer orden) y en el cuarto orden (art.8) pueden heredar los sobrinos (hijos de los hermanos según la ley), lo cual no se presentaba de igual manera en la legislación anterior. También se aprecia que si no todos los hermanos han fallecido (tercer orden) pueden ser representados por sus hijos el hermano muerto antes que el difunto, trátase de hermanos legítimos o extramatrimoniales (art.3o.).

Otro punto para resaltar es la redacción del art. 7 de la mencionada ley que derogó el art.22 de la ley 45/36 (art.1050 del C.C.) que dice: La sucesión del hijo extramatrimonial se rige por las mismas reglas que la del causante legítimo. Para finalizar el tema de los derechos sucesorales que tienen incidencia sobre los hijos y padres extramatrimoniales, ha de referirse a la legítima que el art. 1239 del C.C. narra de la siguiente manera: Legítima es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Los legitimarios son, por consiguiente herederos. El art.9o. de la ley 29, modificador del art. 1240 del C.C. establece:

"Son legitimarios:

- Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o repre

sentados por su descendencia legítima o extramatrimonial.

- Los ascendientes

- Los padres adoptantes

- Los padres de sangre del hijo adoptivo en forma simple."

En síntesis, se puede decir que la Ley 29 de 1982 suprimió las arcaicas e injustas diferenciaciones que se daban entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, así como también en su descendencia o ascendencia extramatrimonial, pero que aún falta se legisle para concederles derechos herenciales a los concubinos.

6. LA UNION LIBRE FRENTE A LA LEGISLACION LABORAL

Después de haberse hecho un recorrido por el articulado del Código Civil y de muchos decretos y leyes se ha comprobado que han olvidado la unión libre o concubinato, lo cual evidencia que los legisladores no le han puesto la debida atención a este fenómeno social. Sobre el particular Ligia E. de Ferrufino expresa: "La ley no siempre se establece según la voluntad, los intereses y las necesidades de las mayorías, sino de conformidad con las exigencias de una teoría o con las necesidades de dominación de un grupo sobre otro u otros grupos".

Es de advertir, que la legislación laboral colombiana ha marcado un gran avance de equilibrio social, al hacer referencia de la concubina en sus mandatos. El Dr. Valencia Zea, critica a la Ley el hecho de que haya exigido el concubinato perfecto, o sea que los concubinos libremente pudieran casarse entre sí.

El Dr. Jorge Valencia Arango en su obra La Concubina manifiesta que "desde la década del 40, los primeros en luchar para que le concedieran pres

taciones sociales en favor de la concubina o compañera permanente fueron las organizaciones sindicales (trabajadores del Río Magdalena y de los Ferrocarriles Nacionales), por medio de sus pliegos de petición. Lo anterior conlleva al surgimiento de convenciones colectivas de manera extralegal que paulatinamente protegían a la concubina". Continúa diciendo el Dr. Valencia Arango, que "La primera ley laboral que contempla expresamente a la concubina como beneficiaria de prestaciones e indemnizaciones causadas por razón de la invalidez o muerte del concubino, es la 90 de 1946, orgánica de la Seguridad Social en Colombia".

La mencionada Ley que instaura el Seguro Social obligatorio y creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, dispone que "en caso de muerte producida por accidente o enfermedad profesional, la viuda siempre, y el viudo inválido, y los hijos menores de catorce (14) años o inválidos a cargo del asegurado, tendrán derecho a una pensión fijada así: El 25% del salario base para la viuda, el 30% del salario base para la viuda o viudo inválidos... (art.54). De otro lado tenemos que el art. 55 concede derechos a los ascendientes naturales (hoy extramatrimoniales) del asegurado siempre que llenen los requisitos exigidos por la ley; y que a "falta de viuda, se tendrá como tal la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, siempre que ambos hubieran permanecido solteros durante el concubinato; si en varias mujeres concurren estas circunstancias, solo tendrán un derecho pro

porcional las que tuvieran hijos del difunto". La parte final del artículo citado, deja entrever que si una mujer mantiene relaciones concubinarias durante un término menor a tres años y no tiene hijos, a la muerte del concubino (asegurado) la mujer concubina pierde el derecho a la pensión.

El artículo 20 del Decreto reglamentario 2623 de 1950 mediante el cual se establece el Reglamento general del Seguro obligatorio de riesgos profesionales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales dice: "A falta de viuda tiene los mismos derechos la mujer que haya sido inscrita como compañera en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, siempre que haya vida marital con el asegurado durante los tres años anteriores a su muerte; o la mujer con quien el causante hubiera tenido hijos reconocidos". Aquí nuevamente se exige que hayan hecho vida marital durante tres años, de donde se colige que si el tiempo de convivencia es menor al antes fijado no posee derecho la concubina, y además se le sigue dando preferencia a la mujer "soltera" con hijos. Tanto en la Ley 90 de 1946 (art.55) como en el Decreto 2623 de 1950 (art.20) se desconoce el derecho a la mujer cuando mantiene relaciones concubinarias y antes de cumplir tres años de convivencia muere el concubino; la compañera no tiene ningún derecho a la pensión, de donde se deduce que nuestra legislación sanciona de manera indirecta la infertilidad de la concubina al privarla de los derechos que le corresponderían a la viuda, sin tener en cuenta el requisito de los hijos.

En el Código Sustantivo del Trabajo (Decretos 2663 y 3743 de 1950) se encuentran algunos artículos que se refieren de manera expresa a ciertos derechos que tienen los hijos nacidos por fuera del vínculo matrimonial así: en caso de accidente de trabajo o enfermedades profesionales (del padre) si se ocasiona la muerte (art.204, literal e), Pensión en caso de muerte (art.275, num. 1 y 2), art. 293 Modificado por el Decreto 617 de 1954, art. 11 que dice en el numeral 1o.: "Son beneficiarios forzosos del seguro de vida el cónyuge, los hijos legítimos y naturales, y los padres legítimos o naturales del trabajador fallecido, en el orden y proporción establecidos en el ordinal e del art. 204. Al analizarse los tres artículos citados se concluye que los hijos naturales y los padres naturales, según el caso, pueden exigir prestaciones laborales y sociales al fallecer su padre o hijo respectivamente, siempre y cuando sus exigencias o peticiones se ajusten a las disposiciones laborales, pero se conserva la desigualdad entre hijos naturales y legítimos, así como también entre los padres naturales y legítimos.

El Decreto 2690 de 1960 establece el seguro de maternidad y el de enfermedad no profesional. Si el asegurado carece de cónyuge, "la mujer con quien haga vida marital bajo un mismo techo, gozará de la asistencia médico-obstétrica, siempre y cuando que permanezcan solteros y se haya hecho la respectiva inscripción de la compañera en el registro del seguro".

Otra disposición que se refiere a la compañera permanente, es decir la mu

jer que vive en concubinato perfecto, es la ley 135 de 1961, art. 81 modificado por el art. 25 de la ley 1a. de /68 y la Ley 4a. de 1973, que en su numeral 3 se refiere al derecho preferencial que tendrán para adquirir las Unidades familiares los arrendatarios, aparceros o asalariados, de los predios donde ellas se constituyan, los trabajadores agrícolas de la misma zona que carezcan de tierras propias y los herederos, cónyuge supérstite o "compañera permanente" de los adjudicatarios de unidades agrícolas familiares fallecidos. Es de advertir que la norma transcrita, no hace parte del derecho laboral, pero se incluye en este estudio, porque es una información muy valiosa, ya que guarda relación con el tema unión libre o concubinato, porque en ella se hace mención de la compañera permanente, la cual adquiere derechos preferencial a falta de cónyuge supérstite.

Otra norma importante de destacar es el Decreto 3135 de 1968, art. 16, que trata de la asistencia médica que prestará la entidad de previsión social por maternidad a la esposa o compañera permanente del afiliado y asistencia pediátrica a los hijos de éstas hasta los 6 meses de edad y el Decreto 1848 de 1969, art.42, dispone también que la esposa o compañera permanente del empleado oficial afiliado gozará de asistencia médica por la maternidad y los hijos de asistencia pediátrica hasta los 6 meses de edad. Nuevamente encuéntrase dentro de la legislación colombiana, estatutos que otorgan derechos a la compañera permanente y a los hijos de éstas con lo cual se distingue claramente que en el aspecto laboral, la concubina es tenida en cuenta.

Seguidamente se hace mención al Acuerdo No.536 de Mayo 28 de 1974 emanado del Consejo Directivo del Instituto de los Seguros Sociales (ISS) cuyos artículos 19 y 24 aluden de manera expresa a determinados derechos que tiene la esposa del asegurado y en defecto de esta, disfrutarán del derecho a las prestaciones la mujer o compañera permanente reconocida por el seguro, siempre que ambos sean solteros, derechos que se traducen en el primer caso a la asistencia por maternidad cuando hubiere cotizado un mínimo de 4 semanas y en el segundo caso gozará de la misma prestación, pero si la concepción tuvo lugar antes del retiro del asegurado.

Por último se reseña otra disposición que tiene en cuenta los derechos de la concubina o compañera permanente, dicha norma es la Ley 12 de 1975 cuyo artículo 1o. estatuye: "El cónyuge supérstite o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley, o en convenciones colectivas!" Del susodicho artículo se colige que si no hay cónyuge sobreviviente que reclame la pensión de jubilación del fallecido (siendo soltero) la reemplaza en el derecho a la pensión, la concubina o compañera permanente del trabajador particular o del empleado o trabajador público. Seguidamente transcribese el art. 2o. de la citada ley, el cual establece (refiérese al art. 1o.)



que: "Este derecho lo pierde el cónyuge sobreviviente cuando por su culpa no viviere unido al otro en el momento de su fallecimiento, o cuando con traiga nuevas nupcias o haga vida marital, y los hijos por llegar a la mayoría de edad o cesar la incapacidad". Aquí se evidencia que aún habiendo cónyuge sobreviviente, pierde el derecho a la pensión, cuando no conviva con el marido al momento en que éste muere, es decir no compartía la comunidad de techo, lecho y vida, situación ocasionada por culpa de la misma; también carece de derechos a la prestación pensional al contraer nuevo matrimonio y formalizar vida marital. En los tres eventos antes citados, la cónyuge sobreviviente es despojada del derecho a la pensión de jubilación del marido, siendo sustituida por la compañera permanente o "concubina", sin perjuicio del derecho que tienen los hijos menores o inválidos a la pensión.

El Dr. Valencia Zea, comenta que las prestaciones a que tiene derecho la concubina (compañera permanente) no se hacen extensivas a favor del concubino. Y agrega que al igualarse los derechos civiles de hombres y mujeres, no se justifica que se establezcan derechos de protección a favor de la concubina y se desampare a los concubinos.

No se hace honor al cúmulo de disposiciones que en Colombia hablan de seguridad social y de igualdad de derechos, cuando se le conceden derechos a la mujer concubina, pero al hombre que está en esa situación, se despro

tege. Ello no es justo ni propio de un país de leyes. La Ley no puede tener privilegios por razón de sexo, pues todas las personas son iguales ante ella.

7. LA UNION LIBRE Y LA LEGISLACION PENAL

Es interesante conocer cómo la legislación penal colombiana sancionó las relaciones sexuales por fuera del matrimonio, desconociendo de manera rotunda al concubinato. De acuerdo a la Ley 19 de 1890 (Código Penal Colombiano) se miraba como delictuoso el adulterio de la mujer, el amancebamiento del marido y el incesto. El artículo 451 del estatuto punitivo de 1890 tipificaba el delito de amancebamiento como el hecho mediante el cual dos personas de sexo diferente, sin ser casadas, hicieran vida como tales, en una misma casa y de manera pública y escandalosa. Este delito era penado de la siguiente forma: el hombre sufriría la pena de confinamiento de uno a tres años en un lugar distante por lo menos 9 miriámetros de su domicilio y la mujer experimentaba una pena de arresto de cuatro meses a un año, y le era prohibido ir al sitio donde el hombre purgaba su condena.

Desde la expedición de la Ley 95 de 1936 hasta nuestros tiempos, la legislación penal ha superado muchos escollos y no tipifica como hechos punibles las uniones libres o concubinarias.

El Código de Procedimiento Penal Colombiano (Decreto 409 de 1971 de Marzo

27) en su artículo 12, inciso 2o. estipula que "todo habitante del territorio colombiano mayor de 16 años, con las excepciones establecidas en el artículo siguiente, debe denunciar a la autoridad las infracciones penales de que tenga conocimiento y cuya investigación pueda iniciarse de oficio, inmediatamente a más tardar dentro de los treinta días siguientes al en que las haya conocido". De otra parte, el artículo 13 del C.P.P. en concordancia con el art. 25 de la Constitución Nacional consagra: "Nadie está obligado a formular denuncia penal contra sí mismo, contra su cónyuge, o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil". De los susodichos textos, se ha observado que la persona que no está amparada por la excepción de denunciar la comisión de un delito o contravención, comete un hecho punible denominado Encubrimiento (Capítulo IV, art. 201 del Código del 36, y tipificado hoy en día por el Cap. IV, art.176, conocido como favorecimiento en el Código de 1980, Decreto 100).

Es preciso resaltar que entre las personas exentas de formular denuncia penal cuando conocen de la comisión de un hecho punible, están los cónyuges, siendo uno de ellos el violador de la disposición penal, según lo establece el C. de P.P. y la C.N. De lo anterior, se aprecia que existe abultada desigualdad entre una pareja de casados y otra que vive en unión libre, pues los primeros están exceptuados de denunciarse mutuamente, mientras que los segundos no están cobijados por dichas disposiciones, siendo que en ambas uniones existen

vínculos de afecto. Ha de ilustrarse la anterior tesis con el siguiente ejemplo: Una pareja que lleva dos años de casada, y uno de los cónyuges tiene conocimiento que el otro cometió un hecho punible (dar muerte a un hombre), y a pesar de saber que el otro cónyuge cometió la conducta delictuosa guardó silencio, no está inmerso dentro de la conducta descrita en el art. 176 del C.P. vigente que corresponde al capítulo del encubrimiento; por otra parte, una pareja que conviva en concubinato desde hace más de 20 años, y uno de ellos comete un hecho punible (verbigracia, un hurto simple), quedándose el otro callado, es decir sin denunciar a su concubino, se adecua con su conducta al tipo penal del art. 176 del C.P. Como se ve, es necesario se revisen las disposiciones de esta índole y se legisle en armonía con la realidad, para no seguir cometiendo injusticias. El artículo 13 del C. de P.P. debe quedar así: "Nadie está obligado a formular denuncia penal contra sí mismo, contra su cónyuge o concubina, o contra

Existe otro punto digno de tratar y es el que hace referencia a la asistencia familiar, consagrada por la Ley 75 de 1968, art. 40 que dice: "Quien se sustraiga, sin justa causa, a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria debidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos o hijos adoptivos, o al cónyuge, aún el divorciado sin su culpa o que no haya incurrido en adulterio, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de arresto y multa de mil pesos a cincuenta mil pesos".

El desaparecido jurista, Alfonso Reyes, refiriéndose a la norma arriba descrita, expresa en su obra *Delitos contra la Asistencia Familiar* que "para que la conducta descrita se estructure como ilícito el agente debe tener la calidad jurídica de ascendiente, descendiente, hermano o cónyuge en relación con el sujeto pasivo; continúa diciendo, que si falta una de dichas cualidades no se configura el delito por atipicidad, pues falta un requisito exigido en la persona del agente; manifiesta además que los concubinos no podrán ser actores de este ilícito, ya que entre ellos no existen obligaciones legales de asistencia mutua".

El Código Penal vigente o Decreto 100 de 1980 reseña los delitos contra la asistencia alimentaria (llamada en el código del 36 delitos contra la asistencia familiar) y en el art. 263 consagra el delito de Inasistencia Alimentaria, el cual dice : "El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en arresto de seis (6) meses a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos. Cuando se trate de un parentesco natural de consanguinidad, la acción penal se limitará a padres e hijos". La disposición transcrita tuvo en cuenta a los cónyuges como sujetos de dicho tipo penal, pero no le brindó a los concubinos la oportunidad de solicitar alimentos para sí, no importando que hubiesen convivido por largo tiempo, con apariencia de formar un verdadero matrimonio. Finalmente evidenciase que los concubinos quedan excluidos de la citada norma, de acuerdo al art.

7o. del C.P. del 80 que prohíbe la aplicación analógica de la ley penal.

Como se ve al tenor del art. 662 del C.P.P. los concubinos no pueden ser sujetos activos ni pasivos del hecho punible tipificado en el art. 263 del C.P. y por lo tanto no pueden querellar entre sí cuando es violada la citada disposición, por ser su conducta completamente atípica.

El título IX del C.P. que trata de los delitos contra la Familia consagra el Incesto (art.259), Bigamia (art.260) y Matrimonio Ilegal (art.261 C.P.) normas éstas que describen conductas delictuosas que pueden ser aplicables a las uniones libres o concubinarias. En los hechos punibles señalados el bien jurídico tutelado es la familia, pero aunque los tres artículos son aplicables en los casos de uniones libres, parece que dicho título hiciera expresa mención de la familia legítima y no de la familia extramatrimonial, dejando en el desamparo a la mujer.

En otro sentido, al mirarse los delitos contra la vida y la integridad personal, es decir al cometerse homicidio o lesiones personales en la persona del cónyuge, de manera concreta, advertimos que se está en presencia de una circunstancia de agravación punitiva (arts. 363, ord.1o. y 379 del C.P. de 1936; y en los arts. 324, ord. 1o. y 340 del C.P. del 80). Al respecto se puede decir que esta causal de agravación solamente cobija a los cónyuges excluyendo de manera categórica a quienes viven por fuera del vínculo

matrimonial, de donde se colige que quienes tienen a su cargo legislar, han tenido en cuenta solamente a las familias legítimas sin mirar el grado de perjuicio que se le puede causar a los hijos nacidos de relaciones extra matrimoniales estables, cuando uno de sus integrantes le causa la muerte al otro o le ocasiona lesiones, muchas veces en presencia de niños que se ven enfrentados a ciertos traumas. Sin querer ser casuistas, apuntamos dos ejemplos que aclaran las ideas proferidas de la siguiente manera:

- José le da muerte o lesiona de manera intencional a María quien es su cónyuge, desde hace un mes; en estas circunstancias responderá por el delito de homicidio o lesiones personales agravados según el caso; si cometió homicidio estará sujeto a la pena de 16 a 30 años de prisión.

- Manuel y Rosa viven en unión libre desde hace 30 años, y Rosa le ocasiona la muerte a Manuel (o lo lesiona) siendo responsable del delito de homicidio simple (o lesiones personales simples) y por tal motivo será merecedora de la pena de prisión de 10 a 15 años. Es de lógica, pensar que entre la pareja que ha convivido por muchos años, aunque no sean casados, debe existir un nexo de afecto, cariño y comprensión en mayor escala que los que llevaban un mes de casados, sobre todo si de la primera unión han nacido hijos. Es inconcebible, inequitativo e ilógico que se haya dejado a los concubinos por fuera de la circunstancia específica de agravación en el homicidio y en las lesiones personales.

100

El Doctor Carlos Lozano en la Comisión redactora del Código Penal de 1936, sostuvo que los concubinos debieran ser sujeto activo de homicidio agravado, teniendo en cuenta las calidades personales. El anteproyecto de 1974 y la segunda comisión redactora del código incluyeron como sujeto activo de homicidio agravado el dar muerte a la persona con quien se vive maritalmente, pero esto no fue aceptado por los comisionados y por tanto no se tuvo en cuenta en la redacción del Decreto 100 de 1980.

8. COMUNIDAD DE BIENES EN LA UNION LIBRE O CONCUBINATO

El vínculo matrimonial determina entre los cónyuges dos clases de sociedades conocidas como de personas la una, y de bienes la otra. Dicha sociedad de bienes en la familia legítima es denominada por los autores como régimen patrimonial matrimonial, régimen de bienes en el matrimonio, régimen matrimonial, régimen matrimonial pecuniario, régimen económico matrimonial. El régimen matrimonial de bienes se puede definir como el conjunto de normas que regulan las relaciones económicas surgidas del matrimonio.

En varios países latinoamericanos, y específicamente en Colombia, los cónyuges tienen libertad de escoger el régimen de bienes que son adquiridos antes del matrimonio o durante el transcurso de la unión. El acuerdo o pacto mencionado se denomina capitulaciones matrimoniales y en Colombia la consagra el artículo 1771 del C.C. Si los esposos no pactan nada al contraer las nupcias, se entiende constituida la sociedad conyugal, (artículo 1774 C.C.)

En Colombia, dice el Dr. Monroy Cabra, en cuanto a la comunidad de bienes se trata, existen dos sistemas: uno legal y otro convencional. El régimen legal (ley 28/32) se da cuando los esposos no celebraron capitulaciones, es

decir, se forma la sociedad conyugal, pudiendo disolverse por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, llevado a escritura pública (artículo 1820. ord.5o. C.C., Modificado por Ley 1o. de 1976, art.25). En cuanto al régimen convencional, éste ocurre cuando se pactan capitulaciones matrimoniales, es decir, se origina la separación de bienes y se rige por el Código Civil.

Ahora, con respecto a la comunidad o régimen de bienes entre la pareja que hace vida marital por fuera del matrimonio, es decir, en unión libre o concubinato, se puede afirmar de manera categórica que el legislador no ha tenido en cuenta dichas relaciones, y por consiguiente no existe ninguna norma o mandato legal que regule los efectos patrimoniales de la familia surgida de la unión de hecho. Solamente se cuenta con los pronunciamientos esbozados por la jurisprudencia y la Doctrina.

Haciendo honor a la verdad, se puede decir que la justicia ha sido injusta al ignorar la comunidad de bienes nacida del concubinato. Ello ha permitido que las relaciones patrimoniales de la pareja que convive en unión libre, sea desequilibrada y que la balanza se incline por lo general a favor del concubino, en detrimento de la concubina. Casos hay, por cantidades considerables, en que los concubinarios conviven 20 años o más, y después que con el trabajo de ambos se ha formado un patrimonio económico, el hombre evade su responsabilidad abandonando a la concubina y dejándola en la miseria, pues se lleva el dinero que juntos reunieron. No es lógico ni sensato



que en un país donde sus gobernantes y legisladores se ufanan en decir que se tiene un Estado respetuoso de las libertades ciudadanas y de los derechos humanos, se permita que hombres inescrupulosos, que todavía conservan el flagelo del machismo, abusen de las indefensas mujeres que le entregan su vida, su cuerpo, le dan hijos, se sacrifican y le sirven resignadamente, recibiendo como única recompensa: el pasar hambre, quedar en la calle y sobrevivir por cualquier medio en muchos casos.

Lo anterior evidencia que la legislación Colombiana ha consagrado derechos, solamente para regular los bienes adquiridos en el seno de la familia legítima, pero en cuanto a la unión libre se refiere ha estado silenciosa, sin que se pueda distinguir cuál es la posición del Derecho Colombiano, ya que no admite ni rechaza de manera categórica el concubinato. Como puede verse, únicamente se ha tocado el aspecto referente a los derechos de los hijos extramatrimoniales.

El Dr. Esteban Bendeck Olivella dice que "La Corte Suprema de Justicia nunca ha considerado la comunidad de lecho como manantial de derecho. De la comunidad de facto o de vida no surge, según la Corte, para la concubina, un interés lícito, ni legítimo, y acorde con la moral. No hay lugar a indemnización para ésta, sino a título de enriquecimiento sin causa, o cuando se considera que existió una sociedad de hecho, y queda abierta para la concubina la acción pro socio, o a título de contrato de trabajo".

9. LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA Y LA DOCTRINA FRENTE A LA UNION LIBRE

Precedentemente se ha expresado que la legislación colombiana ha regulado solamente lo relativo a los hijos extramatrimoniales, existiendo un vacío legislativo sobre las relaciones personales y patrimoniales de quienes conviven en unión libre y las relaciones de éstos con terceros. Dicho vacío ha sido tratado de subsanar por la Doctrina y la Jurisprudencia, siendo la primera bastante exigua en ese tópicó; en cuanto a la Jurisprudencia se trata, ha hecho pronunciamientos respecto al régimen patrimonial. La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha tenido en cuenta los pronunciamientos de la Jurisprudencia Francesa (Corte de Aix de 1933) para regir la situación patrimonial de los concubinos, disipando en parte la falta de norma positiva. Para ello ha propuesto tres posibilidades según las cuales se pueden gobernar las relaciones patrimoniales y son: Sociedad de hecho, enriquecimiento injusto y contrato de trabajo.

La Corte Suprema de Justicia, en sala de Casación Civil ha proferido en materia de Régimen Patrimonial entre los concubinos las siguientes sentencias: La de Nov.30 de 1935; Dic. 6 de 1943; Dic. 7 de 1943; Mayo 7 de 1947;

Sept. 16 de 1947; Mayo 19 de 1950; Oct. 1 de 1953; Marzo 30 de 1954;
 Dic.12 de 1955; Oct.17 de 1957; Marzo 26 de 1958; Mayo 20 de 1959;
 Nov.5 de 1960; Feb. 28 de 1961; Julio 24 de 1961; Agosto 10 de 1961;
 Feb. 21 de 1963; Nov.25 de 1966; Sept.20 de 1972; Oct.18 de 1972; Oct.
 1 de 1973; Oct.18 de 1973; Feb.23 de 1976; Agosto 26 de 1976. Además,
 existe una sentencia del 28 de Octubre de 1949 proferida por el Tribunal
 Superior del Trabajo.

A continuación se transcribe un aparte de la sentencia de Nov.30 de 1935,
 considerada como la pieza fundamental o la piedra angular referente al régi
 men patrimonial entre concubinos (sociedad de hecho entre concubinos) "Si
 la sociedad - lo que es muy frecuente - se ha creado de hecho entre con
 cubinos, será necesario que medien estas dos circunstancias:

- Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomen
 tar o estimular el concubinato, pues si este fuere así, el contrato será nulo
 por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. En general la ley ig
 nora las relaciones sexuales fuera del matrimonio, sea para hacerlas producir
 efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en
 principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, pero cuando
 el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concu
 binato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la
 causa.

- Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos".

Seguidamente se extracta la sentencia de Mayo 7 de 1947, la cual trata del enriquecimiento sin causa en el concubinato: "La doctrina y la Jurisprudencia Francesas, después de rechazar la acción de responsabilidad extracontractual para el concubino que alega haber sufrido perjuicio por la ruptura de un concubinato originado en seducción dolosa, le ha concedido, para compensarse de los cuidados y desembolsos o para participar de los beneficios obtenidos durante la vida en común, la acción de IN REM VERSO, que es la legalmente adecuada o conducente para impedir el enriquecimiento sin causa, y la acción PRO SOCIO, para los casos en que haya existido una sociedad de hecho entre los concubinos. La base jurídica de esta jurisprudencia es que las relaciones intersexuales en forma de concubinato no son por sí mismas ni por sí solas un obstáculo esencial para la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto, de las sociedades de hecho, cuando se encuentran reunidas las condiciones legales para su aplicación y no figuran como causa o motivo de los actos jurídicos las relaciones sexuales".

Finalmente, se hace referencia a la sentencia de Oct.28 de 1949, la cual hace algunos pronunciamientos sobre el contrato de trabajo entre concubinos. La susodicha sentencia, proferida por el Tribunal Superior del Trabajo detalla: "El contrato de trabajo difiere de las relaciones sexuales extralegales por todos los aspectos entre los cuales deben destacar los de que en éstas ni se prestan servicios de carácter laboral, ni existe subordinación jurídica, ni hay remuneración de índole asalariada. Cualquier elemento de los indicados, que aparentemente pueda presentarse, sería de naturaleza extraña al contenido económico social de la relación de trabajo y ajeno a la protección característica de la legislación especial. Sin embargo, puede significar lo anterior, en términos absolutos, que el concubinato entre la trabajadora y uno de los socios de una sociedad de hecho o de cualquier otra clase, se oponga necesariamente a la existencia de un contrato de trabajo entre aquella y la sociedad. Porque es obvio que la concubina bien puede prestar servicios laborales a la persona jurídica o a la sociedad de hecho, y nada autorizaría para que ésta se aprovechara gratuitamente de ellos, y se enriqueciera sin causa, con la sola consideración del concubinato de la trabajadora con uno de los socios. La distinción debe plantearse con toda la nitidez para no desamparar lo propiamente laboral, en lo que corresponda y para proteger el concubinato como si fuera contrato de trabajo, confundiéndonlos".

Las sentencias antes reseñadas reflejan como la Corte Suprema de Justicia (dos primeras) y el Tribunal Superior del Trabajo (última) han toca respecti

vamente los temas de la sociedad de hecho, enriquecimiento sin causa y el contrato de trabajo entre concubinos, quedándose en los umbrales de tan importante materia como es la relación entre concubinos, la cual debe tratarse sin ambages y enfocarse desde varios aspectos: Social, Patrimonial, etc.

Hasta el momento, dice Valencia Zea, nuestra Corte Suprema de Justicia ha declarado que solo los hijos, la viuda o los padres tienen vocación para reclamar perjuicios por la muerte ocasionada a una persona, en razón de existir una relación jurídica de asistencia familiar claramente determinada por el Art.411 del Código Civil.

De otra parte se tiene que el Consejo de Estado de Colombia, en sentencia del 19 de Abril de 1980, con ponencia del magistrado Jorge Valencia Arango decidió: "Resulta lógico decir que la concubina permanente del trabajador colombiano, aquel que vive y sostiene su familia con la remuneración de su trabajo dependiente o independiente, tiene derecho, en caso de que el fallecimiento accidental, culposo o delictuoso de su concubino, este atendera su subsistencia, a reclamar del responsable de la muerte la indemnización del perjuicio material y moral sufridos."

Como se puede apreciar, la sentencia mencionado no exigió que los concubinos fueran solteros o viudos, solamente se limitó a decir que se tratara de la Compañera Permanente, lo que demuestra que se debe tratar de un

concubinato estable o permanente. Además, es necesario señalar que la suso dicha providencia del Consejo de Estado, con la brillante ponencia del Dr. Jorge Valencia Arango, marca un avance en la Jurisprudencia Nacional respecto a los derechos que deben tener los concubinos. Desde el punto de vista de la Justicia Social, se le brinda a la concubina o compañera permanente, la oportunidad de recibir la indemnización al fallecer su concubino en forma accidental, culposo o delictuoso, lo cual le permitirá poder atender algunas necesidades, especialmente cuando hay hijos; pero la citada sentencia se quedó corta, porque si se quiere ser justos, debió hacerse extensiva también al concubino el mismo derecho, cuando es la concubina quien fallece en las circunstancias antes enunciadas.

10. PROYECTOS SOBRE "LOS DERECHOS EN LA UNIÓN LIBRE O CONCUBINATO EN COLOMBIA Y OTRAS IMPLICACIONES LEGALES"

En Colombia, la unión libre o concubinato es un hecho social que ha sido ignorado por la legislación, teniendo la Jurisprudencia que manifestarse desde el punto de vista patrimonial. Se cree que para hacer justicia y acabar con el vacío legislativo sobre tan trascendental y relevante fenómeno, se debe hacer frente a dicha realidad asumiendo una posición que sea el reflejo de un análisis serio, crítico, concienzudo, libre de intereses y de prejuicios sociales, cuya única meta sea buscar una auténtica convivencia familiar.

Si el derecho positivo regula la unión libre o concubinato perfecto, señalando cuáles son los derechos y obligaciones que entrañan las relaciones extramatrimoniales, se le quitan los incentivos a la formación de las mencionadas uniones. Sobre el particular Carlos Alberto Indaburu y Gloria Cecilia Estrada sostienen: "En la medida que se regulen expresamente los derechos y obligaciones aledaños a la vida marital extramatrimonial, se estará poniendo fin a los 'alicientes' que presenta la unión en barraganería, al mismo tiempo que se corta gran parte de las absurdas injusticias nacidas bajo

111

la sombra de la irresponsabilidad del varón".

En Colombia se han presentado muchos proyectos de ley tendientes a reglamentar la unión libre o concubinato y todos han ido a reposar en los estantes del Congreso, cubiertos por una gruesa capa de polvo y de olvido, porque los padres de la patria no le han brindado la oportunidad que dichos temas merecen. Existe la firme convicción de que si se procediera a realizar una consulta plebiscitaria en Colombia con el objetivo de conocer cuál es el pensar del pueblo acerca de que se legisle sobre la unión libre o concubinaria, se obtendría una abrumadora respuesta positiva.

De otra parte, es de vital importancia hacer referencia al Proyecto de Código de Derecho Privado el cual consagra una serie de aspectos muy relevantes para la familia colombiana, y que solo toca de manera tangencial el fenómeno concubinario, objeto del presente estudio, así como las separaciones de hecho. Como se puede apreciar en el Título IV del Libro VII se incluye el tema de las Sociedades de hecho entre concubinos y se otorgan a los concubinos en ciertas circunstancias el derecho a pedir alimentos. Ahora bien, si se mira con suma atención las disposiciones insertas en el Proyecto de Código, se nota que no se han introducido verdaderos cambios a la obsoleta legislación de familia que impera en Colombia, porque se sigue con la tradicional concepción de que la verdadera y legítima familia es la surgida del vínculo matrimonial. En el mencionado Proyecto de Código se

debieron incluir normas atinentes a la formación de la familia nacida de la unión libre o Concubinato que armonizaran con la época que se está viviendo, inspiradas en postulados del derecho de familia moderno, poniéndose de esta manera a la par de muchos países de Latino América que le han dado un vuelco a su legislación. Las disposiciones comprendidas en el Proyecto resultan insignificantes para las relaciones concubinarias, porque solamente desempeñan el papel de un calmante, cuando en realidad lo que se necesita es una operación legal, que ponga fin a los intensos sufrimientos que aquejan a la familia extramatrimonial y la coloque en el sitio que se merece.

Se acoge todo lo relatado en acápites anteriores de este trabajo como exposición de motivos para entrar a proponer :

PROYECTO DE LEY "Por el cual se legisla sobre los derechos en la Unión Libre o Concubinato y se modifican algunas disposiciones del Código Civil"

EL CONGRESO DE COLOMBIA Decreta: Artículo 1o. - Se entiende haber unión libre, concubinaria o de hecho cuando un hombre y una mujer con capacidad legal, se unen de manera voluntaria teniendo la intención de constituir un hogar y hacer vida marital de manera estable y singular.

Artículo 2o. - La unión libre o concubinato deberá ser declarada por cualquiera concubinos ante el notario de su vecindad para que produzca plenos efectos

legales, siempre que la comunidad de vida haya existido de manera constante durante un término de tres (3) años, cumpliéndose los fines de procreación, alimentación, educación de la prole, fidelidad, socorro y ayuda mutua.

Artículo 3o. - A falta de notario en el lugar de vecindad de los concubinos, se presentará la declaración de inscripción ante el alcalde, inspector o corregidor del lugar según el caso.

Artículo 4o. - No podrán ser declarados en ningún caso más de una unión libre o concubinaría. Las que se efectúen existiendo una vigente, serán nulas.

Artículo 5o. - La unión libre es susceptible de demostrarse por cualquier medio probatorio de acuerdo al art. 175 del C. de P.C.

Artículo 6o. - Cuando uno de los concubinos desconozca por medio declaración judicial o extrajudicial la existencia de las relaciones concubinarias, podrá el otro demandar judicialmente para que se reconozca la unión, la cual se probará por los medios existentes.

Artículo 7o. - La precedente acción la pueden ejercitar además de los concubinos, los hijos a efectos de que se establezca la filiación mediante el reconocimiento de la unión de sus progenitores.

Artículo 8o.- Si uno de los concubinos estaba unido en matrimonio civil o canónico, pero separado legalmente o de hecho, podrá declarar la unión libre que forme posteriormente, mediante el lleno de los requisitos señalados en artículos precedentes.

Artículo 9o.- La certificación de declaración de unión libre o concubinato que expida el notario, o en su defecto el alcalde, inspector o corregidor producen los mismos efectos legales que las certificaciones matrimoniales.

Artículo 10o.- Los hijos nacidos después de 180 días de la época en que se inició la unión libre, y los nacidos dentro de los 300 días en que concluyó el concubinato, se tendrán como hijos del concubino con quien la madre convivió, presunción ésta que admite prueba en contrario.

Artículo 11o.- El concubino o la concubina tendrán derecho a la previsión social, a las indemnizaciones motivadas por accidentes y demás prestaciones concedidas a los cónyuges, siempre y cuando que uno de ellos o ambos siendo casados, se encuentren divorciados, separados legalmente o de hecho.

Artículo 12o.- Si uno de los concubinos deja de existir sin haberse hecho la declaración de la unión libre, el concubino supérstite podrá hacerla ante el juez del circuito dentro del año siguiente al fallecimiento, mediante proceso abreviado, con citación o emplazamiento de los que se crean con derecho a impugnar tal inscripción.

Artículo 13o. - Todas las referencias que sobre Constitución de patrimonio de familia hace la ley 70 de 1931 se harán extensivas en los mismos términos al concubino y a la concubina, siempre y cuando que dicha unión se encuentre declarada de acuerdo al artículo 2o. de esta ley.

Parágrafo.- Exceptúanse las uniones libres cuya formación se haya dado existiendo un vínculo vigente y habiendo comunidad de vida.

Artículo 14o. - El artículo 411 del C.C. quedará reformado en los términos siguientes: Se deben alimentos:

1° Al Cónyuge

2° Al concubino o concubina

3° A los descendientes

4° A los ascendientes

5° Al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa y al concubino o concubina separado legalmente o de hecho sin culpa suya.

6° A los hijos adoptivos

7° A los padres adoptantes

8° A los hermanos

9° Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

116

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley se los niegue.

Artículo 15o.- El artículo 271 del C.C. quedará así: El marido y la mujer, el concubino y la concubina pueden adoptar conjuntamente, siempre que uno de ellos sea mayor de 25 años. El cónyuge no divorciado, y la concubina o concubino no separados de cuerpo legalmente, solo pueden adoptar con el consentimiento del cónyuge o concubino.

Artículo 16o. - El artículo 1852 del C.C. quedará en los siguientes términos: Es nulo el contrato de venta entre cónyuges no divorciados, entre los concubinos no separados legalmente, y entre el padre y el hijo de familia.

Artículo 17o.- Se consideran bienes comunes de los concubinos los obtenidos durante el concubinato de acuerdo a lo establecido por el art. 1781 del C.C. siempre y cuando no exista una sociedad conyugal o concubinaria vigente.

Artículo 18o. - Si uno de los concubinos o ambos conservan aún una sociedad conyugal o concubinaria, será menester que se proceda inicialmente a su disolución, previa petición del interesado, y luego se liquide la sociedad

patrimonial conyugal o concubinaria.

117

Artículo 19o.- Los bienes que los concubinos tengan al momento de formalizar la unión libre o concubinaria o los adquiridos a título gratuito durante el concubinato, no formarán parte del haber común.

Artículo 20o.- Los bienes comunes de los concubinos se dividen por partes iguales entre ellos cuando la unión libre termine.

Artículo 21o.- Cualquiera de los concubinos podrá pedir la declaración de ausencia del otro, y una vez obtenida ésta, solicitar la cesación de su unión con el ausente, liquidándose el haber común y haciéndose la correspondiente adjudicación de bienes.

Artículos 22o.- La unión libre o concubinaria termina:

- 1) Con la muerte de uno de los concubinos
- 2) Por mutuo consentimiento de los concubinos
- 3) Por las causales estipuladas para el divorcio

Artículo 23o.- Cuando se presente el rompimiento unilateral de la unión libre, el otro concubino tendrá derecho a solicitar la división de los bienes que formaron el haber común y su correspondiente entrega, no habiendo de

por medio ninguna causal de infidelidad u otra culpa grave por parte del abandonado.

Artículo 24o.- Si la unión libre finaliza por la muerte de uno de los concubinos, el sobreviviente tendrá derecho a la mitad de los bienes comunes y la otra mitad se repartirá entre los hijos, si los hay; pero no habiéndolos se estará a las reglas del Código Civil en materia sucesoral.

Artículo 25o.- Se le anexa al Art. 1820 del C.C. el ordinal 6o. que dice:

"La sociedad conyugal o concubinaria se disolverá cuando se demuestre que ha habido separación de hecho durante un lapso de dos años o más. Desde el inicio de la separación de hecho no se tendrá derecho a participar de los gananciales que adquiriera el otro durante el tiempo de separación.

Artículo 26o.- Cuando los hijos de padres sin vínculo matrimonial o concubinario no hayan sido reconocidos se podrá presentar una declaración extrajuicio ante un juez de menores o civil municipal, previa solicitud de parte interesada y cuatro testigos hábiles.

Artículo 27o.- La declaración a que se refiere el artículo anterior la podrá solicitar la madre, los parientes y cualquier persona que tenga la crianza del menor o ejerza la guarda del mismo, o el defensor de menores.



Artículo 28o.- La declaración de que trata el artículo 26 se deberá tramitar dentro de los tres (3) meses siguientes al nacimiento.

Artículo 29o.- Pasados cinco años después de la declaración extrajuicio citada anteriormente, procederá el defensor de menores o en su defecto el juez de menores o civil municipal a inscribir de manera provisional al menor ante el notario o ante quien haga sus veces.

Artículo 30o.- Hasta cuando el menor registrado provisionalmente cumpla 18 años, podrá el presunto padre impugnar la paternidad.

Artículo 31o.- Las disposiciones consagradas en los artículos 26, 27, 28 y 29 de la presente ley, no obstan para que se de aplicación a la ley 75 de 1968 en todo lo que no sea contrario a las disposiciones citadas.

Artículo 32o.- A las uniones libres o concubinarias, legalmente constituidas, se aplicarán todas las disposiciones del C.C. que se refieran al matrimonio.

Seguidamente se hace mención de algunas reformas que se deben hacer al Código Penal y al C. de Procedimiento Penal como complemento al proyecto sobre los derechos en la unión libre o concubinato.

Los cambios son los siguientes:

- El artículo 259 del C.P. debería quedar así: El que realice acceso carnal u otro acto erótico sexual con un descendiente, o ascendiente, hijo (a) de su concubino(a), adoptante o adoptivo, con un hermano, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años.
- El artículo 260 del C.P. debe decir: El que ligado por matrimonio válido o unión libre registrada o declarada, contraiga otro u otra, o el que siendo libre contraiga matrimonio con persona válidamente casada o unida concubiniariamente de manera legal, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.
- El artículo 263 del C.P. su redacción será: El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptantes o adoptivos, cónyuge o concubino(a), incurrirá en arresto de seis (6) meses a tres (3) años y multa de mil a cien mil pesos. Cuando se trate de un parentesco natural o extramatrimonial de consanguinidad la acción penal se limitará a padres e hijos, y también entre hermanos.
- El artículo 324 del C.P.: Circunstancia de agravación punitiva en su ordinal 1o. debería quedar así: En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, concubinos, hermano, adoptante o adoptivo o pariente hasta el

segundo grado de afinidad.

- Se debe anexar un artículo que diga: El que inscriba o registre una unión libre o concubinaria existiendo una vigente válidamente formalizada, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. Este artículo quedaría incluido en los delitos contra la familia.

El artículo 13 del Código de Procedimiento Penal que trata de la exoneración del deber de denunciar tendría esta redacción: Nadie está obligado a formular denuncia penal contra sí mismo, su cónyuge, concubino(a), o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Tampoco lo está de denunciar las infracciones que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que le impongan legalmente secreto profesional.

11. LAS SEPARACIONES DE HECHO

Habida cuenta de que la unión libre es un hecho social que, día a día, se ha ido acrecentando y en vista de que muchas parejas cuyos lazos conyugales han quedado rotos por la mera voluntad de los cónyuges, ante la imposibilidad de deshacer su vínculo por ser canónico, y no admitir el divorcio, y por múltiples razones más, se ha creído conveniente tratar al mismo tiempo el punto de las separaciones de hecho. A los casados católicamente, en muchos casos, les da igual separarse legalmente de cuerpos o no, cuando su comunidad de vida ha concluido porque siempre estarán impedidos para contraer nuevas nupcias, razón por la cual optan por separarse de hecho y llegan a convivir en unión libre formalizando una nueva familia, cuya constitución es por fuera del derecho pero nunca contraria a derecho.

La unión libre y las separaciones de hecho son fenómenos sociales y jurídicos que en Colombia pululan por doquier y guardan una estrecha y marcada relación, que desligarlos equivaldría a admitir que son realidades sociales que se excluyen. Es por ello que los dos temas se han fusionado en esta investigación.

11.1 CONCEPTO

123

La separación de cuerpos de hecho es definida por el Dr. Valencia Zea como "Aquella en que los cónyuges hacen vida separada sin que medie sentencia judicial". Luis Zanón Masdeu denomina al mismo fenómeno como separación de hecho matrimonial y la define así: "Se entiende por separación de hecho matrimonial la conclusión de la vida en común de los cónyuges, por acuerdo unilateral o bilateral de los mismos, con carácter perpetuo o temporal y sin que haya intervenido la autoridad judicial". El citado autor considera tres clases de separación de hecho matrimonial.

- De carácter accidental
- Por acuerdo bilateral de los cónyuges
- Por acuerdo unilateral de los cónyuges

En Colombia son muchísimos los matrimonios, especialmente los canónicos, donde los cónyuges se encuentran separados de hecho, pues motivados por diferentes factores se ven precisados a ponerle fin a la vida en común. Dicha separación puede ocurrir, en algunas ocasiones, por voluntad de ambos cónyuges, y en otras, al terminar uno de los cónyuges de manera unilateral la vida conyugal.

De acuerdo a Ramón Faus Esteve, ciertos países aceptan los pactos o convenios de separación de hecho, tales como Brasil, Costa Rica, Holanda, México, Noruega, Suecia, Polonia, Venezuela, etc. En otros países se considera a la separación de hecho como causa de divorcio absoluto, son ellos: Alemania, Austria, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Finlandia, Guatemala, Haití, Holanda, Panamá, y algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica. La doctrina no ha admitido los pactos o convenios de separación de hecho. Hernán Larrain Ríos manifiesta que la razón de la no aceptación se basa en lo siguiente:

- Es obligación de los cónyuges hacer vida en común. Obligación que es impuesta por la ley.
- La separación amigable no es más que un divorcio convencional.
- Implica la renuncia de derechos que no pueden ser renunciados por ser de orden público, como la cohabitación.
- Las buenas costumbres y la dignidad del matrimonio no toleran la existencia de la separación voluntaria ni los pactos de separación.

La Legislación Colombiana ha permanecido callada sobre la separación de hecho, mientras que otros países la tienen en cuenta. Un ejemplo sobre el

particular se tiene en Francia, donde la ley 11 de Julio de 1975 consagra que la ruptura prolongada de hecho (durante más de 6 años) de la vida común es causa de divorcio.

11.2 ALCANCE Y EFECTOS DE LAS SEPARACIONES DE HECHO

En los artículos 113 y 178 del Código Civil se consagra que los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos, es decir, bajo del mismo techo. El primero contiene un derecho y el segundo una obligación, pero ambos dan origen a lo que se conoce como comunidad doméstica. Weill y Terré, citado por Valencia Zea, dice que "el convivir implica el establecimiento de una comunidad de vida total, una comunidad física, afectiva o intelectual". Pero esa comunidad total de vida cesa al darse la separación de cuerpos, ya sea de hecho o decretada judicialmente.

Los cónyuges, además de la obligación que tienen de vivir bajo el mismo techo, deben permitirse mutuamente la realización del débito conyugal y guardarse fidelidad. Ahora bien, si uno de ellos se aparta de la obligación que tiene de vivir bajo el mismo techo con el otro, vulnerando la ley matrimonial, se da lugar a varias sanciones de carácter civil como son:

- El cónyuge abandonado queda facultado para pedir el divorcio si de patrimonio civil se trata o la separación de cuerpos si el matrimonio se efec

126

túa bajo los ritos canónicos.

- El cónyuge que dió origen al rompimiento de la vida conyugal pierde el derecho a pedir alimentos al otro.

- Los separados quedan exentos de las obligaciones del débito conyugal y del deber de fidelidad.

Es de suma importancia recordar que si la separación de hecho es unilateral, se configura el abandono de los deberes de uno de los cónyuges, hecho que no es punible, pero si es causal tanto de divorcio como de separación de cuerpos y de bienes (C.C., arts. 154, ord. 2o.; 165, ord. 1o.; 200, ord. 1o.). De otro lado el cónyuge inocente tiene derecho a ser alimentado por el culpable.

11.3 TESIS REFERENTE A SI SE DISUELVE LA SOCIEDAD CONYUGAL CUANDO SE HA REALIZADO LA SEPARACION DE HECHO

Sobre el particular existen dos tesis incompatibles :

La primera considera que la sociedad conyugal solamente se disuelve en los casos que de manera expresa consagra el Código Civil. Dicha teoría se fundamenta en el artículo 1820 de C.C. (Modificado por la Ley 1a. de 1976,

art.25) que dice que la sociedad conyugal se disuelve:

- Por la disolución del matrimonio
- Por la separación judicial de cuerpos (salvo que sea temporal)
- Por la sentencia de separación de bienes.
- Por la declaración de nulidad del matrimonio.
- Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública.

La Corte Suprema de Justicia mediante sentencia proferida el 1o. de Agosto de 1979 en el proceso ordinario de Ana Francisca Agudelo de Mejía contra Conrado Mejía Barreneche y otros, dijo: "No existen causales de disolución distintas a las que el legislador ha señalado".

Lo anterior indica claramente que la separación de hecho no constituye una causal de disolución, por lo tanto la sociedad conyugal sigue teniendo plena vigencia; ahora, los bienes que adquieran los cónyuges, que se encuentren en tal circunstancia, necesariamente deben ser distribuidos entre sí.

Ello es criticable, porque los bienes que adquiriera uno de ellos sin la colaboración del otro conforman un solo haber, que debe ser repartido entre los

dós, originándose así un enriquecimiento sin causa, lo cual es sin duda una legítima injusticia.

La segunda tesis estima que la sociedad conyugal es resultado o efecto de la vida en común de los casados. Lo expresado se explica de la manera siguiente: Si el marido trabaja fuera del hogar y la mujer en los quehaceres de la casa y la atención de los hijos, los bienes que el marido obtenga forman parte de la sociedad conyugal y cuando ésta se disuelva les corresponden a ambos la mitad de los gananciales. De otra parte, si la comunidad de vida se ha disuelto de hecho y no hay trabajo común de los cónyuges, varía notablemente la situación. Sobre el mismo aspecto se pronunció el Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia del 2 de Octubre de 1978, la cual reza así: "La Sociedad conyugal es el vínculo patrimonial entre los esposos y tiene su fundamento en la comunidad de vida, en el socorro y ayuda mutua, vale decir, en el cabal cumplimiento de las obligaciones propias de su estado; si tales deberes dejan de cumplirse, prolongándose por mucho tiempo esa situación, carece del soporte la comunidad de gananciales y en justicia puede decirse que los bienes adquiridos en esta etapa ya no ingresan al haber social sino al propio de quien los obtiene con su exclusivo esfuerzo".

El Dr. Valencia Zea dice que "cuando el art. 1820 del C.C. enumera las causales de disolución de la sociedad conyugal, pasó en silencio la separación de hecho, con lo cual se acusa un vacío de la ley. El art. 8 de la

ley 153 de 1887 prevé el silencio de la ley y ordena aplicar al caso la analogía y los principios generales del derecho". Agrega, el mismo autor, que en la ley no se encuentra todo el derecho.

Los postulados de la Corte Suprema de Justicia, con relación a la no disolución de la sociedad conyugal cuando existe la separación de hecho es injusta y contraria a la equidad. Por el contrario la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Medellín, acogida por la doctrina actual, marca un significativo avance en la administración de la justicia en Colombia, partiendo de un hecho tan real como es la separación de hecho, el cual trunca la comunidad doméstica y por ende la sociedad conyugal. Si los cónyuges no están unidos por el vínculo afectivo, mucho menos deben estarlo por el vínculo económico; además, la tesis mencionada es saludable porque no diferencia si el cónyuge es culpable o no, solo parte de una realidad objetiva: la separación de hecho de los cónyuges.

11.4 POSIBLES CAUSAS QUE ORIGINAN LAS SEPARACIONES DE HECHO

Existen innumerables causas o motivos que conllevan a que los cónyuges decidan acabar con su vínculo matrimonial, pero no pudiendo hacerlo de manera legal, especialmente cuando de matrimonios canónicos se trata, resuelven ponerle fin a la comunidad de vida, haciendo uso de la separación de hecho. Son muchas las razones que inducen a los casados a hacer uso de la separa



ción de hecho, pero solo se tratarán las consideradas como de mayor entidad social y jurídica.

11.4.1 La Indisolubilidad del Matrimonio Católico que Celebran los Colombianos.

La Iglesia católica considera el matrimonio como un contrato y sacramento entre los bautizados. Para los protestantes no es un sacramento sino "asunto mundano".

La Iglesia estima, refutando el pensar de los protestantes, que el matrimonio que celebran los cristianos no es un "asunto mundano", es decir, un simple acto regido por la legislación del Estado, sino una cuestión religiosa que se debe regentar por los preceptos eclesiásticos. La anterior apreciación de la Iglesia significó el predominio de ella sobre las legislaciones civiles al establecer que "todo cristiano debía contraer matrimonio según la forma eclesiástica", a los infieles se le reservó el matrimonio civil. Los protestantes rechazaron la tesis del matrimonio como sacramento; Martín Lutero refiriéndose al matrimonio dijo que "es una cosa externa mundana, como el vestido, la comida, la casa, sujeta a la autoridad secular". Calvino por su parte estima "que la Iglesia enseña que el matrimonio es un sacramento, con objeto de tener pretexto para conocer las causas matrimoniales y establecer una legislación sobre el matrimonio".

Los escritores del derecho natural, en su gran mayoría no admiten que el matrimonio sea un sacramento sino por el contrario un contrato, sin quitarle su carácter religioso. Para Ahrens la base del matrimonio es el contrato. Este mismo tratadista conceptúa que el matrimonio como contrato es regulado por el Estado y el aspecto religioso por la Iglesia. Otros tratadistas, entre ellos Rousseau, separan del matrimonio todo aspecto religioso considerándolo como un mero contrato civil.

San Agustín, refiriéndose a la indisolubilidad del matrimonio expresó que en todo matrimonio existía la fides (elemento voluntario y humano) y el sacramentum (elemento espiritual, independiente de la voluntad de los cónyuges). El Concilio de Trento (1.545 a 1563) instaura de manera categórica la indisolubilidad de todo matrimonio canónico; dicha legislación es recepcionada por el Código de Derecho Canónico vigente cuando establece que el matrimonio rato y consumado es indisoluble (canón 1118 y 2o. párr. del 1113).

Haciendo referencia, ya de manera concreta, a la indisolubilidad del matrimonio católico como motivo de separación de hecho, se puede afirmar que en Colombia no existe una verdadera justicia social de carácter matrimonial, cuando hay dos clases de matrimonios, con regímenes diferentes respecto al divorcio, siendo uno disoluble por divorcio (m.civil) y otro indisoluble (m. canónico). Se dice que es causa de separación de hecho, porque cuando

los casados católicamente, y por cualquier causa se ven abocados a terminar con la vida en común, solo pueden obtener la separación legal de cuerpos, siéndoles imposible contraer nuevas nupcias porque su matrimonio es indisoluble, quedándole como única alternativa formalizar una relación libre o concubinaria.

Se ha argumentado que la indisolubilidad del matrimonio católico permite mayor estabilidad a la unión. Pero la realidad es otra, pues encuéntrase cientos de parejas de casados, cuyos matrimonios son efímeros en unos casos, y en otros, infinidades de matrimonios que después de un tiempo prudencial, han fracasado porque no existe paz ni tranquilidad en el hogar. Se piensa que cuando hay un matrimonio con problemas, donde no existe amor, paz, tranquilidad, donde sus relaciones solo tienen apariencia de normales, donde la unión se conserva a costa de abnegación, sacrificio o resignación, no es lógico, ni sensato que se pretenda mantener dicho vínculo con el argumento de que es indisoluble; no se justifica que se condene a una pareja a convivir en semejante estado. La situación es más crítica aún, cuando los cónyuges terminan con la comunidad de vida y se unen a otra persona, con la cual comparten techo, lecho, procrean y conviven dentro de un hogar feliz; a estos compatriotas se les priva de poder rehacer sus vidas mediante un nuevo matrimonio, por la sencilla razón de que el anterior es indisoluble. Para mayor ilustración de lo dicho se acoge el pensamiento de Luño Peña: "La familia cristiana es verdadera escuela de sacrificio y abnega

ción, de veneración y respeto a los ascendientes.....". Asimismo, E. Payares ha expresado: " Es posible afirmar que la evolución de la especie humana no ha alcanzado la moralidad suficiente para soportar la indisolubilidad del matrimonio, por lo que debe considerarse el divorcio como un mal necesario a fin de evitar otros mayores e injusticias increíbles".

Es necesario, como complemento de lo visto, hacer una breve referencia al Concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede. En el concordato de 1887 aprobado por ley 54 de 1924, debían contraer matrimonio civil los no católicos y podían contraer matrimonio civil los católicos que apostataran de la religión católica; como puede verse la Iglesia coartaba la libertad que tiene la persona para escoger la clase de vínculo matrimonial que quiera. Conforme al Concordato de 1974, aprobado por ley 20 de 1974 cuya vigencia comenzó el 2 de Julio de 1975, se destacan los siguientes aspectos :

- Los católicos y los no católicos pueden contraer matrimonio civil (sin la condición de que antes apostataran los católicos que así lo celebraran)
- El Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico.

Para la efectividad de este reconocimiento la competente autoridad eclesiástica, transmitirá copia auténtica del acta correspondiente al funcionario del

Estado, quien deberá inscribirla en el registro civil.

Contrario a lo que sucede en Colombia, existen legislaciones que parten de la base de una total separación entre el Estado y la Iglesia, de tal suerte que el único matrimonio que produce efectos civiles es el celebrado ante los funcionarios del Estado. En países como Francia, Alemania, Rusia, Bélgica, Holanda, Bulgaria, Polonia, Checoslovaquia, Yugoslavia, Chile, México, Uruguay, Venezuela, etc., existe el sistema del matrimonio civil obligatorio; claro está que los cónyuges, pueden si es de su gusto, una vez celebrado el matrimonio civil, hacerlo mediante la forma canónica.

En Colombia como consecuencia del concordato de 1974 rige el sistema del matrimonio facultativo, consistente en que la autoridad civil deja en completa libertad a sus súbditos para contraer matrimonio civil o canónico. En virtud de lo dicho se puede agregar que las personas que acogen la civil para casarse, pueden hacerlo por lo eclesiástico posteriormente (siempre y cuando sea la misma pareja); lo mismo ocurre con los casados inicialmente bajo el rito canónico, los cuales pueden casarse nuevamente entre sí por la forma civil; ahora bien, los casados mediante una de las dos formas, que contraigan nuevas nupcias con persona diferente a la del vínculo anterior, incurrirán en Bigamia, mientras el presente vínculo subsista.

11.4.2 Los Efectos Civiles del Matrimonio Canónico

Los efectos civiles que el Estado Colombiano reconoce al matrimonio canónico se considera como otra de las causas que influyen considerablemente en la separación de hecho.

Se ha acogido la tesis que sostiene que "El art. VII del Concordato solo prohíbe al Estado Colombiano decretar o disolver los matrimonios canónicos, pero los efectos civiles que dicho vínculo produce pueden ser cancelados cuando la vida conyugal se ha destruido". En virtud de la precedente tesis, bien podría el Estado Colombiano cancelar los efectos civiles del matrimonio católico, lo que significaría que las personas que se encontraran en tal situación, pueden perfectamente celebrar un matrimonio civil.

Considérase, además, que si el Estado Colombiano hiciera cesar los efectos civiles a los matrimonios canónicos en las circunstancias enunciadas, disminuirían notablemente las uniones libres y por ende las separaciones de hecho.

11.4.3 Los Costos de los Procesos de Separación

Los procesos de separación de cuerpos implican una serie de gastos para las partes intervinientes, gastos que se incrementan cuando una de ellas tiene que trasladarse a otro sitio, porque en el lugar de su domicilio no existe

juzgado competente. Esta separación legal de cuerpos no está al alcance de las personas de escasos recursos económicos, razón por la cual tienen que echar mano de la separación de hecho.

Cuán difícil será, por no decir imposible, cuando se tiene que acudir a tramitar un proceso de separación de cuerpos de matrimonios católicos ante el Tribunal Superior del distrito competente para cada caso, y lo más grave y oneroso aún, cuando haya necesidad de acudir ante la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia; por tal razón es más accesible la separación de hecho que la legal en las actuales circunstancias.

11.4.4 Los Debates Judiciales

En la tramitación de los procesos de separación de cuerpos no hay uniformidad en cuanto al juez que deba conocer de los mismos, según se refiera a matrimonios civiles o canónicos. Véase cuáles son los criterios para dichas separaciones:

- Cuando se trata de separación de cuerpos de matrimonios civiles conocen en primera instancia los jueces civiles de Circuito y en segunda instancia los Tribunales Superiores de los distritos respectivos.
- Cuando la separación de cuerpos se refiera a matrimonios católicos (según

concordato 1974, ley 20/74, art. 9) conocerán en primera instancia el Tribunal Superior del distrito respectivo y en segunda instancia la Corte Suprema de Justicia.

Es de advertir que la justicia Colombiana recibió un duro golpe con semejante adefecio legal, pues la Corte Suprema quedaba convertida en Tribunal de Instancia, siendo que ella es Corte de Casación. Ello demuestra la manera como el Estado y su justicia rinden pleitesía y conceden favores a la Iglesia, aún a costa de la pérdida de su potestad suprema, "olvidando que el régimen de la familia es de su exclusiva competencia". Parece ser que, para los negociadores del concordato, era más importante la satisfacción y el interés de la Iglesia por resaltar su matrimonio ante el civil, que resguardar la soberanía Colombiana, porque con dicho convenio se lesionaron los intereses del Estado Colombiano, admitiéndose otra soberanía dentro del marco territorial de Colombia.

Además, nótase que muchas de estas personas casadas, que no desean prolongar su vida en común, se separan de hecho, por que no se quieren ver envueltas en los procesos judiciales por el tiempo que ellos demoran y por toda una serie de implicaciones que conlleva el debate judicial.

Al vencerse el término para la vigencia del Concordato antes citado, el Estado Colombiano no mostró ningún interés por reformar el contenido del

mismo. Colombia echando mano de la declaración que se hizo sobre el art. IX en el protocolo final cuyo texto dice: "La determinación que hace este artículo de que las causas de separación del matrimonio canónico serán dirimidas ante el Tribunal Superior y la Corte Suprema de Justicia de Colombia, no impedirá que, en el futuro, el Estado Colombiano pueda establecer una instancia especial para examinar y juzgar las causas relativas al derecho de familia y que tenga un nivel equivalente al de aquellas entidades". En virtud del texto en cita, la competencia para conocer la separación de los matrimonios católicos debió quedar establecida de la siguiente manera: Conocerán en primera instancia los juzgados civiles del circuito y en segunda instancia los tribunales superiores del respectivo distrito, quedando establecida de esta manera la misma competencia para la separación de cuerpos, tanto de matrimonios civiles como canónicos. En síntesis, se podría manifestar que al conocer también los jueces civiles de Circuito en primera instancia los procesos de separación de cuerpos, de los matrimonios católicos se haría más accesible a los casados bajo dicho rito que quieran obtener la separación legal de cuerpos, porque los costos van a reducirse y porque en cada distrito judicial se van a encontrar muchos juzgados civiles de circuito, lo que se traduciría en una aceleración en la tramitación de los nombrados procesos, disminuyendo posiblemente las separaciones de hecho. Pero el Estado Colombiano, no fue capaz de legislar para variar la competencia respecto a la separación de cuerpos de los matrimonios celebrados bajo el rito canónico.

CONCLUSIONES

La Unión Libre o Concubinato es un fenómeno social que surgió mucho antes que el matrimonio y ha seguido vigente a través del tiempo, a pesar de haberse institucionalizado este último. En dicho fenómeno social así como en el matrimonio se persiguen y cumplen los mismos fines: vivir juntos, es decir, compartiendo lecho y techo, procrean, alimentan y educan la prole, se guardan fidelidad, se socorren y ayudan mutuamente. En ambas uniones se origina la familia, la cual tiene derechos y deberes recíprocos.

La mencionada unión se encuentra tan diseminada por todos los rincones de nuestra patria, que aunque la ley la ignore y guarde absoluto silencio, no por eso ha dejado de existir. Las estadísticas dejan entrever que en Colombia las uniones concubinarias alcanzan guarismos superiores a las uniones nacidas del matrimonio, lo cual ha conllevado a que en los actuales momentos haya mayor número de hijos extramatrimoniales que matrimoniales. No se trata de un fenómeno ocasional, sino de una realidad social de carácter permanente.

Se ha encontrado que la unión concubinaría se presenta en todos los estratos y capas sociales, pero su frecuencia se acentúa en la clase baja o desprotegida económica, social, cultural y legalmente. Su razón de ser fluye a simple vista: los de la clase privilegiada, casados canónicamente, pueden viajar al extranjero por ejemplo a Panamá, Puerto Rico o Venezuela y disolver su vínculo anterior, contrayendo nuevas nupcias posteriormente, en esta ocasión por lo civil; los pobres no pueden realizar ese divorcio aparente, quedándoles solamente el camino de unirse de manera libre o de hecho.

Se ha visto de otro lado que las Constituciones anteriores a la de 1886 fueron fieles testigos de las diferencias reinantes entre las personas casadas y las que convivían en concubinato. Ello significó una aberrante violación a la libertad que tienen las personas para formar una familia. La Constitución Política de Colombia vigente y la legislación de nuestra patria también han ignorado a la unión concubinaría, a pesar de ser también célula primaria del núcleo social. Solamente se han dictado algunas leyes que reglamentan los derechos de los hijos extramatrimoniales.

Contrario a lo que ocurre en Colombia en materia de unión libre, en algunos países de América Latina, sus Constituciones, Jurisprudencias y Códigos Civiles han consagrado disposiciones afines al fenómeno concubinario. Ello ocurre en Cuba, Panamá, Guatemala, Honduras, Bolivia, México, etc.

También se observó que la Iglesia Católica, mediante su dogma de indisolubilidad matrimonial ha contribuido a agudizar los problemas de las parejas que por cualquier motivo se separan, porque quedan atadas a un lazo invisible llamado matrimonio, lazo que no les permite compartir su vida de manera formal al lado de quien crean conveniente.

De otro lado se ha encontrado que la Legislación Laboral ha sido la pionera en Colombia al reconocer a la concubina o compañera permanente el derecho a ser beneficiaria de prestaciones e indemnizaciones ocasionadas por la invalidez o muerte del concubino. De la misma manera existen otras disposiciones de carácter laboral que consagran ciertas prestaciones para la concubina o compañera permanente, derechos que no se otorgan al concubino a pesar de que todas las personas son iguales ante la ley, razón por la cual no puede haber preeminencia para determinado sexo.

Además se notó que en materia Penal el legislador ha procedido en forma inequitativa e ilógica cuando en el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal se han consagrado algunas normas que solo tienen en cuenta a la familia legítima, en lo concerniente a los delitos contra la vida y la integridad personal, en especial, dejando de lado los graves perjuicios de índole afectivo y emocional que se puede causar a los hijos cuando se comete un hecho punible en la persona de uno de los padres, estén o no unidos en matrimonio, muchas veces en presencia de los niños, pero que solo

se agrava cuando dicho ilícito se da entre cónyuges, según nuestra ley.

Asimismo, es inexplicable que los cónyuges estén exonerados del deber de formularse denuncia penal entre sí, excluyéndose a los concubinos.

Se ha reparado también que la comunidad de bienes surgida del concubinato ha sido ignorada por la ley, es decir, no se encuentra ningún precepto legal que regule los efectos patrimoniales de la familia en la unión libre o de hecho. Sobre el particular escasamente se han pronunciado la Jurisprudencia y la Doctrina, esta última de manera exigua.

En otro sentido se ha advertido que la Jurisprudencia Colombiana ha tratado de enmendar el vacío legislativo reinante en materia de régimen patrimonial entre concubinos y sus relaciones con terceros, mediante tres posibilidades que pueden regentar dichas relaciones; ellas son: La sociedad de hecho, el enriquecimiento sin causa y el contrato de trabajo entre concubinos.

Desde otro punto de vista se halló que la legislación matrimonial no es uniforme para todos los colombianos, pues al matrimonio Católico se le otorgan efectos civiles, pero el Estado no tiene la facultad de hacerlos cesar en aquellas ocasiones en que se presenten las causales de divorcio. Lo anterior ocurre así porque en Colombia no existe el matrimonio civil obligatorio.

Es digno de señalar que si los cónyuges no están unidos por el vínculo afec

tivo dentro de un ambiente de comprensión y tolerancia, mucho menos lo pueden estar por el vínculo económico. Se observa que si la comunidad de vida no existe, tampoco debe haber sociedad conyugal. Los bienes adquiridos por un cónyuge sin la cooperación del otro por estar separados de hecho, constituye un enriquecimiento sin causa, al tenerse que repartir por partes iguales.

Por último, se puede afirmar que las leyes no se dictan siempre de acuerdo a la mayoría del conglomerado social, a sus intereses y necesidades, sino que son emitidas conforme a las teorías o exigencias de un grupo determinado, que trata de conservar un orden por él establecido, oponiéndose a todo cambio que implique la pérdida de su supremacía. Es por el precedente motivo que los congresistas colombianos han sido temerosos de abordar el tema de la unión libre o concubinaria para no chocar contra los intereses políticos, religiosos y de otra índole de aquellos sectores que quieren conservar su dominación social, cultural, económica, política y legal a como de lugar.



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid
Universidad de Bogotá

BIBLIOGRAFIA

CODIGO CIVIL, Bogotá, Colombia. Editorial Temis

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Bogotá, Colombia. Editorial Temis.

CODIGO PENAL, Bogotá, Colombia. Editorial Temis.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Bogotá, Colombia. Editorial Temis.

CODIGO SUSTANTIVO Y PROCESAL DEL TRABAJO, Bogotá, Colombia.
Editorial Temis.

DE FERRUFINO, Ligia E. La Unión de Hecho en Colombia. Bogotá, Colombia. Vol. I

ENGELS, Federico. El Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado. Editorial Norte.

HENAO HIDRON, Javier. Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia. 5 ed. Editorial Temis.

INDABURU L, Carlos A. - ESTRADA P, Gloria C. El Concubinato en Colombia. Bogotá, Colombia. Editorial Jurídicas Wilches.

MESA DE CALLE, Esther. El Concubinato y sus Efectos Jurídicos. Publicaciones del I.C.B.F. Seminario Nacional sobre Jurisdicción y Legislación de Familia. Bogotá, 1976

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Matrimonio Civil y Divorcio en Colombia. Bogotá, Colombia. Editorial Temis

RAMIREZ FUENTES, Roberto. Las Sucesiones. Colección Pequeño Foro. Bogotá, Colombia. 1983

RODRIGUEZ FONNEGRA, Jaime. La Unión Libre ante el Derecho Civil. Imprenta Nacional. Bogotá

SAGRADA BIBLIA

VALENCIA ARANGO, Jorge. La Concubina en el Derecho Colombiano. Bogotá, Colombia. Ediciones Lex.

146

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. 5 ed. Tomo VI. Editorial Temis.
Bogotá, Colombia. 1983