

T
346.2
P977a

1

J. d.



VISION AMPLIA DEL CONCUBINATO

HOWARD PUELLO JURADO
11

S C I B
OOC

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

101254

Cartagena

1987

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR	Dr. LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL
SECRETARIO GENERAL	Dr. MANUEL SIERRA NAVARRO
DECANO	Dr. ALCIDES ANGULO PASSOS
SECRETARIO ACADEMICO	Dr. PEDRO MACIA HERNANDEZ
PRESIDENTE DE TESIS	Dr. PEDRO MACIA HERNANDEZ
PRIMER EXAMINADOR	Dr. PEDRO VARGAS VARGAS
SEGUNDO EXAMINADOR	Dr. RAFAEL H. DE LAVALLE
TERCER EXAMINADOR	Dr.

3

VISION AMPLIA DEL CONCUBINATO

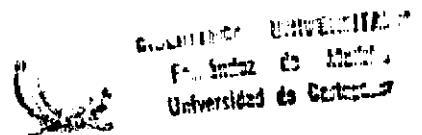
HOWARD PUELLO JURADO

Trabajo de Grado Presentado
como requisito parcial para
optar el título de Abogado.

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Cartagena

1987



LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LOS
CONCEPTOS Y OPINIONES EMITIDOS POR LOS
GRADUANDOS. TALES CONCEPTOS Y OPINIONES
DEBEN SER CONSIDERADOS COMO PROPIOS DE
AUTORES (Art. 83 Reglamento de la Facul
tad de Derecho y Ciencias Políticas/.

DEDICATORIA

AL CREADOR Y A MIS PADRES QUE CONTRIBUYERON EN
LA CONSECUCION Y OBTENCION DEL MERITO QUE SE ME
OTORGA

TABLA DE CONTENIDO		PAG.
INTRODUCCION		
1.	ANTECEDENTES	1
1.1.	EL CONCUBINATO Y LA SAGRADA BIBLIA	4
1.2.	EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ROMANO	5
1.3.	EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ESPAÑOL	8
1.4.	EL CONCUBINATO EN EL DERECHO FRANCES	11
1.5.	EL CONCUBINATO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA	12
1.6.	EL CONCUBINATO EN EL DERECHO MOERNO	14
1.7.	POSESION NOTORIA DEL ESTADO MATRIMONIAL PODIA DEMOSTRARSE MEDIANTE TESTIMONIOS	16
1.8.	FUNDAMENTOS DEL CONCUBINATO	17
1.8.1.	BIOGENETICO	17
1.8.2.	FUNDAMENTO SOCIO JURIDICO	18
1.8.3.	FUNDAMENTO ECONOMICO	18
1.8.4.	POSICIONES DIVERSAS	19
1.8.5.	CONSECUENCIAS DEL CONCUBINATO	20
2.	CONCEPTO DEL CONCUBINATO	21

7

	PAG.	
2.1.	ELEMENTOS DEL CONCUBINATO	23
2.2.	TENDENCIAS SOBRE LOS EFECTOS DEL CONCUBINATO	24
2.2.1.	RESPECTO A LA FILIACION	24
2.2.2.	RESPECTO A LOS BIENES	25
2.2.3.	LOS BIENES CONFORMAN EL PATRIMONIO	25
2.2.3.1.	EL PATRIMONIO SURGE POR LOS HECHOS	25
2.2.3.2.	EL CONCUBINATO COMO EL FIN DE SOCIEDAD DE HECHO	26
2.2.3.3.	SI EL CONCUBINATO SUBSISTE CON ANIMO DD LUCRO	26
2.2.3.4.	SI NO CABE EL CONTRATO DE TRABAJO	26
3.	EL CONCUBINATO EN LATINOAMERICA	27
3.1.	EN ARGENTINA	28
3.2.	EN CHILE	29
3.3.	EN CUBA	30
3.4.	EN MEXICO	31
3.5.	EN EL PERU	32
4.	EL CONCUBINATO COMO FENOMENO SOCIAL	33
4.1.	LICITUD E ILICITUD	33
4.2.	ORDEN PUBLICO	34

	PAG.
4.3.	BUENAS COSTUMBRES 36
4.4.	FRENTE A LA MORAL 38
4.4.1.	LA PRIMERA POSICION 38
4.4.2.	LA SEGUNDA POSICION 38
4.4.3.	LA TERCERA POSICION 38
4.4.4.	LA CUARTA POSICION 39
5.	EL CONCUBINATO EN LAS DISTINTAS AREAS DEL DERECHO 42
5.1.	EN LA LEGISLACION CIVIL 42
5.2.	EN LA LEGISLACION LABORAL 46
5.2.1.	EL CONCEPTO DE I.C.S.S. 47
5.2.2.	EL DERECHO 1848 de 1.968 48
5.3.	EN LA LEGISLACION PENAL 50
6.	ALIMENTOS SUMINISTRADOS ENTRE CONCUBINOS 52
6.1.	REPARACION DEL PERJUICIO SUFRIDO POR LA CONCUBINA POR EL HECHO DE LA MUERTE ACCIDENTAL DE SU CONCUBINARIO 54
6.2.	INDEMNIZACION POR RUPTURA DEL CONCUBINATO 57
7.	FILIACION DE LOS HIJOS CONCEBIDOS Y NACIDOS EN CONCUBINATO 59
7.1.	DERECHOS Y OBLIGACIONES PERSONALES ENTRE CONCUBINOS 61

- 7.2. EFECTOS PATRIMONIALES 62
- 7.3. ESTRUCTURAS DE LA DOCTRINA Y LA JURIS PRUDENCIA EN LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CONCUBINOS 63
- 7.4. LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CONCUBINOS EN LO CONCERNIENTE AL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y LA ACCION IN REM VERSO 63
- 7.4.1. EL ENRIQUECIMIENTO O AUMENTO DE UN PATRIMONIO 64
- 7.4.2. QUE EL ENRIQUECIMIENTO SE HAYA REALIZADO SIN CAUSA 64
- 7.4.3. QUE HAYA UN EMPOBRECIMIENTO CORRELATIVO 64
- 7.5. LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CONCUBINOS SE RIGEN POR LAS NORMAS DE LA SOCIEDAD 66
- 7.6. CLASES DE SOCIEDAD 67
- 7.6.1. COMERCIAL 67
- 7.6.2. CIVIL 68
- 7.7. SEGUN LAS FORMALIDADES 68
- 7.7.1. REGULAR 68
- 7.7.2. IRREGULAR 68
- 7.7.3. DE HECHO 69
- 8. FORMACION DE UNA SOCIEDAD CON CAUSA ILICITA ENTRE CONCUBINOS 70

8.1.	LA FORMACION O EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS	70
8.2.	DISOLUCION DE LA SOCIEDAD ENTRE CONCUBINOS	71
8.3.	LIQUIDACION DEL PATRIMONIO CONCUBINARIO	72
9.	EL PASIVO CONCUBINARIO Y LOS DERECHOS DE TERCEROS	74
9.1.	PARTICIPACION DEL ACERVO CONCUBINARIO	75
9.2.	EXPECTATIVAS Y DERECHOS CREADOS EN EL CONCUBINATO	75
9.3.	DERECHOS LABORALES Y ASISTENCIA A LOS CONCUBINOS	76
9.4.	INDEMNIZACION DE PERJUICIOS A FAVOR DEL CONCUBINO SUPERSTITE	80
9.4.1.	LA MORAL	80
9.4.2.	LA PENAL	80
9.4.3.	LA CIVIL	81
9.4.3.1.	TESIS DE LA INMORALIDAD	82
9.4.3.2.	TESIS DE LA INDEMNIZACION	83
10.	SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO QUE RECONOCE DERECHOS A LA CONCUBINA POR MUERTE ILICITA DE SU CONCUBINO	85
10.1.	QUE HAYA EXISTIDO EL CONCUBINATO ESTABLE Y NOTORIO	85

11

PAG.

10.2.	QUE NO EXISTA CONYUGE LEGITIMO	85
10.3.	SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN LO CONCERNIENTE A LA MUERTE DE SU CONCUBINO	85
10.4.	LA CONCUBINA SUSTITUYE A LA CONYUGE POR LA MUERTE ILICITA DEL CONCUBINO	88

INTRODUCCION

Como quiera que el concubinato es un fenómeno que ha existido desde la antigüedad del Universo, podemos citar: El código de Hamurabi, la sagrada Biblia, en las Siete partidas de España, el derecho Romano y en muchas legislaciones del mundo.

Es necesario abordar dicho tema, dada la ocurrencia diaria en que se ha presentado y se está presentando.

La incidencia problemática de los fenómenos sociales de índole variada, han preocupado a muchos entendidos en esta materia a pronunciarse, inclusive la jurisprudencia y la doctrina están tratando de orientar, ya sea presentando programa, estudios, tratados, libros y estadísticas para poder desbordar en resumen y conclusiones que si bien no son la solución total al fenómeno, por lo menos se proyecta y legisla sobre este majestuoso tema.

La crisis de los valores sociales, morales y éticos producen enfrentamientos entre pareja, ya sea, a nivel de sociedad conyugal u otra entidad similar, que van desde la unión institucionalizada, hasta la unión libre o convivencia entre dos personas de distinto sexo sin que medie vínculo matrimonial de ninguna especie.

Con el objeto de orientar y desarrollar criterios que permitan dilucidar en forma científica y progresiva, el análisis de concubinato, no solamente en Colombia sino también a nivel mundial, de estatuir normas claras, eficaces y justas que permitan facilitar la solución de dicho problema. Teniendo en cuenta que en nuestro medio es un problema, pero en otras legislaciones son hechos normales y lógicos que surgen como consecuencia del desarrollo por un lado, y la crisis de las situaciones legalizadas por un país.

El concubinato es un fenómeno que existe en las distintas áreas del derecho y en cualquier Status Social donde se ubique, como resultado de lo complejo y amplio que son las situaciones que él abarca.

En Colombia, dada la poca reglamentación que tiene el concubinato y la forma como se mira a los concubinos, se hace necesario que el Estado a través de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado se sigan pronunciando al respecto.

1. ANTECEDENTES

La historia de la familia es tan milenaria como la historia de la humanidad, tomada en cuenta como la unión natural de un hombre y una mujer, en un solo conjunto, mediante el aporte de elementos físicos, psicológicos, espirituales y materiales que generan la descendencia y los bienes.

El origen de la familia, así también como su concepto, han sido sometidos por los tratadistas de la materia a varias expresiones. Según la mayoría de ellos, la palabra FAMILIA, procede del grupo de los FAMULI, que a su vez proviene de FAMEL el origen del vocablo FAMUL y este, a su vez de FAMULUS, criados o esclavos domésticos que originarían la palabra familia. Según otros autores, proviene del sánscrito VAMA, que denota conceptos tales como hogar, educación y vestidos.

Lo cierto es que todos los autores, se encuentran de acuerdo en la consideración de la familia como "Célula social por excelencia". Estos hechos atraen la atención de las diferentes ciencias, a esa primera sociedad para regularla o encontrar en ella explicación a múltiples fenómenos. Por supuesto que el Derecho, como ciencia social por excelencia, no puede ser ajeno al manantial de vida y a las relaciones de toda índole; económicas, sociales, morales, religiosas y jurídicas; si el De

recho quiere saciar su sed en la realidad, es la familia la primera fuente que encuentra a su paso.

Pero si bien es cierto que la historia de la familia se confunde con la historia de la humanidad, no sucede lo mismo como el origen del concubinato; éste es tan antiguo no como el hombre, sino como la historia de la unión hombre-mujer bajo cumplimiento de lo estipulado legalmente o bajo sujeción de la costumbre creadora de Derecho.

A medida que se encuentra esa unión de sexo alejada de lo estipulado en forma legal o costumbre con fuerza legal, nos encontramos en presencia del fenómeno del concubinato.

De lo dicho, tenemos orígenes coetáneos del hombre, la familia y del matrimonio, así como también del concubinato. No se crea que por elemental la conclusión, deja de tener trascendencia, sino se pierde de vista lo anterior, no tiene por qué desconocerse la aceptación de los conceptos familia legítima y familia natural. El matrimonio es la base fundamental de la familia legítima, pero ésta surge con posterioridad a las primeras uniones carnales de los seres humanos; forma una gran parte de la familia, más no lo agota.

Igual sucede con la familia natural que emerge como consecuencia de las uniones alojadas de la forma matrimonial, hace parte del término familia, pero no lo acaba. La unión de familia legítima y natural copa el concepto de familia en el estricto sentido como primer hecho social y el único que existe; por

lo tanto, es importante que antes de analizar la figura del CONCUBINATO, veamos qué es en Roma en donde empezamos a encontrar la figura delineada como matrimonio de segun orden.

El código de HAMURABY en el título IX, que se refiere a la organización de la familia, establece que si alguien toma a una mujer por esposa sin contrato, ésta no será. El mencionado artículo contribuye a fundamentar lo expresado "en el momento en que un hombre y una mujer se unen sin que medie formalidad legal, aparece la unión libre".

En el génesis de la biblia se aprecia como siendo la poligamia algo aceptado no puede hablarse de concubinato. En la antigua China el matrimonio gozaba de un carácter esencialmente civil y se permitía al marido, tener las concubinas que quisiera, siendo por su costo un lujo que solo podían permitirse los adinerados.

En Egipto, el vínculo matrimonial gozaba de un gran respeto, existiendo la poligamia como un fenómeno normal. En Grecia el adulterio y la poligamia eran frecuentes; la prostitución pública consagrados por las leyes y la religión. El concubinato no era deshonoroso y podía tener lugar en dos eventos como una union regular de ciudadano con mujer mentecata o esclava, que, dada su condición hacía imposible la celebración de matrimonio y, como unión ilegítima tolerada totalmente, siempre que la concubina no habitara en el techo que la esposa legítima.

La descendencia gozaba de ciudadanía y de vocación hereditaria restringida en la sucesión del padre.

1.1. EL CONCUBINATO EN LA SAGRADA BIBLIA

Nos parece de interés mostrar como en los primeros tiempos, las uniones irregulares eran una realidad; revisando algunos libros del nuevo testamento, encontramos cosas que hablan por sí mismas de la normalidad de ciertas uniones. El primer libro, el Génesis, sirve para ilustrar nuestro propósito; se nos narra en el capítulo XXII, versículo 20 al 24, que Nagor hermana de Abraham, engendró ocho hijos de Milka y cuatro de sus concubinas de nombre Reumá. Más adelante, en el capítulo XXV, con las siguientes palabras nos informa que Abraham tuvo varias mujeres; "Abraham tomó otra mujer de nombre Queturá"; luego, en el versículo seis del mismo capítulo dice: "Abraham hizo donaciones a los hijos que había tenido de sus concubinas, pero todavía viviendo él los alejó de Isaac, su hijo, hacía el Este, el país de oriente".

Jacob hijo de Isaac que sirve de esposo a las dos hijas de Laban (Lia y Raquel), quienes al quedar estéril lo incitan a que tome a sus esclavas Zelfa y Bala, como mujeres de segundo orden. Rubén, hijo de Jacob, tiene relaciones con Bala, mujer secundaria de su padre, el que lo llegó a saber".

En el Levítico, capítulo XVIII, referente a las uniones sex

uales, lícitas é ilícitas, encontramos una prohibición "No tomarás a una mujer junto con su hermana, haciéndola su rival y descubriendo su desnudez, mientras viva todavía la primera". Como podemos observar con claridad meridiana la prohibición se refiere especialmente a no tomar como mujer secundaria a la hermana de la esposa, por lo tanto, el punto cardinal sobre que se basa la prohibición es el parentesco, ya que en el mismo punto se basan las prohibiciones establecidas en el mismo capítulo.

Por otra parte en el libro de LOS JUECES, de quien parece ser autor Samuel, último de los mismos, se relata como Gerobuan o Gedeón, hijo de Jonás "tuvo setenta hijos propios porque tenía muchas mujeres, y una de sus mujeres secundarias, que estaba en Diqan, le parió un hijo que se llamaba Abimelek" (fué 8-30-31)

Por último, no es difícil encontrar ejemplos en los Reyes. El libro II de los Reyes (Segundo de Samuel, nos narra en su capítulo III, como Saúl tiene a Recia, hija de Haya como mujer secundaria, y David (5.13) toma en Jerusalem "después que vino de Hebron otras mujeres de segundo y de primer orden, de que le nacieron otros hijos é hijas".

La sagrada Biblia, pues, nos enseña como la poligamia era permitida y daba origen a relaciones irregulares normales en los pueblos Asiáticos.

1.2. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ROMANO

La noción actual de concubinato, como unión sin atribución de legitimidad, es moderna y no coincide con la institución del concubinato Romano y de la "Barragamia" del antiguo Derecho Español.

El Derecho Romano, que admitió el concubinato lo distinguía del CONNUBIUM por la ausencia del AFFECTUS MARITALIS, o "ánimo de contraer matrimonio". Socialmente admitido en el imperio, en virtud de las prohibiciones acerca del matrimonio entre senadores y libertas o mujeres de teatro, entre ingenuos y mujeres ignorantes, entre gobernadores y mujeres de la provincia a cargo de ellas, el concubino se erigió en verdadera institución social al margen del STUPRUS-unión de hecho con mujer honesta que fué en todo tiempo reprimido.

El concubinato, como institución jurídica-sabido es- estuvo sometida a la concurrencia de ciertas condiciones que lo distinguían de las nupcias como toda unión pasajera; en primer lugar estaba prohibido entre los que se hallaban ya en el matrimonio con terceras personas, o con impedimento de parentesco que dirimiese el matrimonio (-Impedimentos absolutos); debía existir, además el libre- entendimiento de ambas partes y no haber mediado violencia y corrupción, vicios éstos que se presumían cuando la mujer era ingenua y de buenas costumbres. En tercer lugar, el concubinato solo

podía tener lugar entre personas púberes y por último no era permitido tener más de una concubina.

Para aprenderse jurídicamente el concubinato Romano, no debe olvidarse que éste se diferencia de la *USTAE NUPTIAE* no tanto en la forma del consentimiento-recuérdese del *USUS*-sino más bien en calidad como principio *MATRIMONUIS SOLO CONSENSUN CONTRAHITOR*, sin perjuicio de las *FESTIVITAS NUP TIARIUN* (*CONFARREAITIO COEMPTIO*, etc), como exteriorizaciones rituales costumbristas. Y, desde que no era permitido tener más de una concubina (*PEYEX*) la unión concubinaria llegó a semejarse en grado sumo al matrimonio, hasta el punto de afirmarse que la concubina se distingue de la mujer legítima *SOLO DILECTUNICIDIGNATE*. Recuerda al respecto Dumm que la permanencia de las relaciones y la exclusividad del concubinato daba una apariencia en forma legal de matrimonio, que solía ser causa de error en los contratantes. La jurisprudencia debió elaborar todo un sistema de presunciones para resolver las situaciones aparentes. Tal por ejemplo si la unión se había verificado con mujer honesta aun en ausencia de dote. La presunción era favorable al matrimonio, a menos que mediase una declaración formal de concubinato por parte de aquella, en cambio se presumía el concubinato si se trataba de una mujer deshonestas.

La institución del concubinato admitida social y jurídicamente, es el producto de una extratificación basada en desigualdad de clase.

Para casarse, recuerda Arias Ramos, los contrayentes debían gozar el JUS CONNUBI integrado por el STATUS LIBERTATIS Y CIVITATIS englobado. Recién, con la LEX CANNULEIA (AÑO 445) se admitió el CONNUBIUM entre patricios y plebeyos y hacia tiempos de Augusto, la permisión se extendió entre ingenuos y manumitidos por la LEX PAPIA POPAEA.

Como enseña Ulpiano, por la LEX JULIA se prohibía a los senadores y a sus hijos tomar como mujer a Libertas o a las que ellas mismas o su padre o madre se hubieran dedicado al arte escénico, ni tampoco a las que hicieran ganancias con su cuerpo. EL CONCUBINATUS era, de tal modo una unión que llega a calificarse como una especie de matrimonio y que, lógicamente, estuvo sometida a las prescripciones legales en lo atinente a condiciones y efectos. Al eliminar la legislación Justiniana los impedimentos matrimoniales de índole social, la institución perdió su anterior estructura quedando desde entonces configurada como la cohabitación estable de un hombre con una mujer de cualquier condición de AFFECTIO MARITALIS.

1.3. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Por los mismos fundamentos trascendió a la legislación Española la BARRAGANIA o unión sexual de un hombre soltero clérigo o no, con mujer soltera bajo las condiciones de permanencia y fidelidad, cuya naturaleza y estructura como ins

titución jurídica recuerda el concubinato Romano.

La BARRAGANIA fué tolerada para evitar la prostitución y mereció la tutela jurídica, de este modo, podemos observar que se requería actitud nupcial con la mujer que se tomase con Barragana o sea, que quien la tomara, debía ser única entre otras cosas, la Barragana no podía ser virgen, ni menor de edad, ni viuda honesta; la mujer virgen, solo podía ser tomada como Barragana, siempre y cuando le hiciera manifestación ante testigos notables de ese hecho. Las personas ilustres por su parte, no podían tener por Barragana a la mujer que fuese sierva o hija de sierva o de otra clase reputada como virgen, bajo pena de que los hijos habidos como fruto de tales uniones se considerasen como espurios y no como naturales.

La legislación Foral, contenía numerosas disposiciones sobre la Barraganía, el fuero de Zamora permitía dejar por herederos a los hijos tenidos con Barragana, siempre que fueran solemnemente instituidos. Del mismo modo, las Barraganas que estuviese un año con su señor, conserva sus vestiduras al separarse. En caso contrario debía devolverlas. La permanencia de la unión, aparece también en la "Carta de Mancebia o compañería". El Fuero de Plasencia establece que la Barragana que probara haber sido fiel a su señor y buena, le heredará la mitad de los gananciales. Por su parte, el fuero de Cuenca, prohíbe a los casados legítimamente tener en público Barragana, so pena de ser ambos "Ligados y fustigados", y la

ley 10 del mismo Fuero autoriza la Barraganada en cinta, para solicitar la presentación de alimentos a la muerte de su señor, considerándosela al mismo tiempo una vida en cinta.

En lo atinente a los derechos hereditarios, los hijos habidos de la Barraganía, como principio, carecían de vocación si existían hijos legítimos. El Fuero Sepúlveda exceptuaba a los hijos que habían sido reconocidos con anuencia de los parientes. En tanto el Fuero de Soria autorizaba a su padre para dar a sus hijos habidos de Barragana, la cuarta parte de sus bienes en vida y lo que quisiera por testamento, si fueren tenidos antes de haber hijos legítimos. Los Fueros de Londoño y Burgos, autorizaron a los hijos de Barragana juntamente con los legítimos a heredar por cabeza, salvo que el padre les hubiese autorizado antes, alguna porción determinada de los bienes y, alguno de sus descendientes legítimos hasta el 4o. grado, sucedían los hijos de Barragana como si fueran legítimos en cuanto al padre los hubiere reconocido, ya que se les consideraba hijos naturales. Los hijos de Barragana no podían heredar más del quinto grado en concurrencia con los hijos de mujer legítima, pero en ausencia de éstos podían ser instituidos por el total.

La Barragnafia de los clérigos estuvo en todo tiempo prohibida, siendo severamente sancionada. No obstante, la corrupción de las costumbres hizo evidente, en la práctica, la Barraganía de los clérigos, de donde pasó a Castilla. De allí que los concilios y las cortes reaccionaran enérgicamente

24

imponiendo penas de excomunión, infamia, privación de la sepultura cristiana, desheredación é incapacidad para desempeñar cargos.

Digamos para concluir, que la Iglesia católica mientras tanto condenaba severamente el concubinato. El concilio de Basilea le penó con excomunión. El tridentino dispuso que continuaran en vigor las penas impuestas a los concubenarios, exigiendo previamente para su imposición:

a) En cuanto a los hombres, que fueran amonestados tres veces por el ordinario. Si luego de ellos, no se separaban de sus concubinas, incurrían en excomunión de la cual eran absueltos hasta cuando se separasen.

b) En cuanto a las mujeres, debían también ser amonestadas tres veces. Si no obedecían debían ser desde luego, castigadas severamente por el ordinario, procediendo éstos de oficio y sin citación de nadie. Eran inclusive, condenadas a salir del pueblo o de la diócesis, implorando para ello si fuere preciso el auxilio del brazo secular.

Desde ya, anotamos a medida que fué abolido el fuero eclesiástico, los ordinarios ejercieron tales atribuciones que dándosele sólo las de amonestaciones o imposiciones de penitencias y censuras.

1.4. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO FRANCES

La revolución Francesa de 1.789 equiparó el concubinato con el matrimonio en virtud del principio de la libertad, y de la igualdad de las personas ante la ley, sin embargo, el código de Napoleón sólo reguló la familia legítima y guardó silencio absoluto sobre la familia natural.

Gracias al silencio que el código de Napoleón guardó sobre la familia natural y el concubinato. El código civil Chileno hizo lo propio desconociendo la familia natural.

El código civil Francés, Mexicano de 1929, asignó vocación hereditaria a la mujer con la que el causante hubiera vivido maritalmente durante los cinco años precedentes a su defunción, salvo el adulterio y la pluralidad de concubina para cuyo caso todas pierden el derecho y la voación hereditaria.

El código civil de Guatemala reconoció la unión de hecho de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio declarado ante el alcalde de su vecindad o de un notario, para que produzca efectos legales siempre que exista hogar y vida en común por más de tres años, cumpliendo los fines de procreación, alimentación, educación de la prole y ayuda mutua.

La legislación de Bolivia, la Cubana reconocieron igualmente el concubinato o unión libre.

1.5. EL CONCUBINATO EN LA LEGIALACION COLOMBIANA

En la época de la colonia rigieron las leyes Españolas entre las cuales sobresalen: las siete Partidas todas en inspiración teocrática sin que tales leyes se ocuparan de la familia natural o concubinato.

No obstante, la autonomía legislativa que tuvo cada uno de los Estados soberanos, en el federalismo, periodo en que coexistieron diez legislaciones diferentes, la mayoría de tales Estados optaron por incorporar como suyo el código civil Chileno con excepcionales modificaciones, hecho que obligó a acoger e imponer como legislación civil nacional aquella obra de don Andrés Bello. Reemplazando así la legislación Española que aún regía en algunos Estados y reconoció como único el matrimonio civil.

Esta misma obra de don Andrés Bello fué la adoptada como código civil de la república, mediante ley 57 de 1.887, estableció indirectamente la noción del concubinato así:

"Artículo 320- 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 y otro sean solteros o viudos".

"Artículo 396- La posesión notoria del estado de matrimonio consiste principalmente en haberse tratado los supuestos conyuges, como marido y mujer en sus relaciones domésticas, sociales, y en haber sido la mujer recibida en ese carácter por los deudos y amigos de su marido y por el vecindario de su .

domicilio en general".

Pero el código penal de 1.890 estableció como delito el concubinato, no obstante no era punible el amancebamiento cuando el sujeto activo tenía recursos pecuniarios suficientes para mantener la concubina fuera de su casa y exonerados de pena "Los amancebados que contrajeron matrimonio antes de producirse sentencia condenatoria"(Artículo 452) y sujetos a pena atenuada, los amancebados que celebran matrimonio después del fallo. Esto no fué contemplado como delito en el pasado código penal de 1.937 ni en nuestro actual estatuto penal, decreto 100 de 1.980.

1.6. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO MODERNO

La caracterización del concubinato en aquellos sistemas que recibieron el influjo del liberalismo, no puede conceptuarse como el derecho Romano y en el antiguo derecho Español. Para él la unión concubinaria constituyó una verdadera forma conyugal, aunque de rango inferior a las IUSTAE NUPTIAE, y si el derecho Español la justificó para evitar la prostitución, lo cierto es que en ambas tradiciones jurídicas se advierte un poderoso asunto social que sustenta la estratificación basada en la desigualdad de clase, rangos y honores.

El liberalismo, en cambio, presupone la absoluta libertad e igualdad de todos los hombres. Sobre ese presupuesto fi

losófico el matrimonio fué reputado un contrato y las uniones concubinarias totalmente ignoradas por la ley. Lo cual, si se quiere constituyó un modo de dejar las uniones sexuales extramatrimoniales al puro arbitrio de cada cual, sin engendrar deberes ni responsabilidades.

Sin embargo, ya en este siglo, la vivencia de las uniones concubinarias ha resultado inevitable, incluso en la tradición jurídica liberal. Y éello, ante la constatación de situaciones de hecho que resulta inocultable.

En la misma Francia, se abrió la brecha; la ley del 16 de noviembre de 1.912-que ya estaba precedida por la del 26 de Marzo de 1.896, que aumentó los derechos sucesorios de los hijos naturales dispuso, modificando el artículo 340 del CODE, que la paternidad fuera del matrimonio pueda ser declarada judicialmente, en caso que el supuesto padre y la madre hayan vivido en ESTADO DE CONCUBINATO NOTORIO durante el periodo legal de la concepción.

Luego vino la legislación de emergencia motivada por la primera conflagración nupcial. La ley del 5 de agosto de 1.914 concedió una subvención diaria a la familia de los militares del ejército y la Armada, la ley del 23 de Agosto de 1.914 se extendió para beneficiar con la subvención no sólo a la personas que tenían un vínculo de derecho con los soldados, sino a quienes sin vínculo vivían hogar en satisfactorias condiciones de moralidad.

El código de Napoleón, expedido en el 1.904, no expresó nada acerca del concubinato, por lo tanto éste vacío fué llenado por la jurisprudencia y le otorgó efectos al concubinato en los siguientes sentidos:

- a. Para darle acción de perjuicio a la concubina contra el concubinario por el rompimiento injustificado de la unión.
- b. Para dar la acción de reparación contra el tercero causante de la muerte de su concubina.
- c. Para reconocer una obligación natural a cargo del concubinario para atender la necesidad futura de su compañera.
- d. Para considerar los intereses pecuniarios, las sociedades de hecho y las donaciones entre concubinos.
- e. Para admitir a la doncella seducida en acción de perjuicio contra el seductor, mediante la aplicación del artículo 1.382 del código referente a la responsabilidad civil extracontractual.

1.7. POSESION NOTORIA DEL ESTADO MATRIMONIAL, PODIA DEMOSTRARSE MEDIANTE TESTIMONIOS

" Para poder testificar las circunstancias determinantes de la posesión notoria del estado del matrimonio que señala el artículo 396 del C.C., no es necesario tener relaciones de amistad con la persona que aparece casados entre sí. Bien pueden los testigos rendir testimonios de los hechos que



constituyen posesión notoria del estado civil con sólo observarlos; cosas que pueden ser fáciles en lugares o ciudades poco populosas". (C.S. de Justicia XXX casación del 30 de Agosto de 1.923, página 166).

1.8. FUNDAMENTOS DEL CONCUBINATO

1.8.1. BIOGENETICO

Toda relación sexual encuentra su razón de ser en el instinto de procreación y perpetuación de la especie humana lo que da origen a la familia. Estas reunidas forman la sociedad y éstas a su vez el Estado. Convirtiéndose así las relaciones sexuales, en materia prima condición SINEQUANON de la sociedad.

No importa que la procreación sea el fruto de una unión matrimonial; de una extramatrimonial o de una delictiva, en todas ellas hay procreación. Al fin el derecho no ha podido limitar, impedir ni unificar la forma y la clase de relaciones sexuales provenientes de la propia naturaleza y de la necesidad biológica del ser humano. Hay quienes pretenden que estas relaciones sin límites ni morales son necesarias para la supervivencia de la sociedad.

Para ello la familia es una y única por lo tanto no es necesario clasificar en legítima o ilegítima fundamentándose en la libertad de asociación; generando una comunidad natu

ral , formada por la convivencia de dos individuos de sexo diverso en forma estable, duradera y sin vínculo matrimonial, ni formalidades que le impongan ciertos requisitos contrarios a la voluntad de quienes así lo estiman.

En cambio, hay otros que pretenden la reglamentación de la sociedad de hecho donde hay relaciones sexuales entre personas invocando como circunstancia justificativas: a) la evolución y progresos positivos en la procreación con la llegada de la monogamia, aboliendo radicalmente la promiscuidad sexual. b) la propia dignidad y libertad humana.

1.8.2. FUNDAMENTO SOCIO-JURIDICO

El Derecho le corresponde establecer y hacer cumplir las reglas de disciplina social, ésto constituye la razón de la protección que nuestro estatuto penal brinda a la familia cuando prohíbe el incesto, la bigamia, el matrimonio ilegal, inasistencia alimentaria, lo mismo que la libertad y el pudor sexual, prohibiéndose el acceso y acto sexual violento, el estupro y los actos sexuales abusivos. También el derecho civil regula todo cuanto tiene relación con el matrimonio y la filiación sin que a sus reglas escapen las relaciones extramatrimoniales.

1.8.3. FUNDAMENTO ECONOMICO

Resultaría ilógico que el hecho pregonara y limitara el en

riquecimiento ilícito como principio y al mismo tiempo des conociera o ignorara que uno de los concubinos tuviera adquirido los bienes que aparecen en cabeza del otro, pero que fueron obtenidos por el esfuerzo de ambos.

1.8.4. POSICIONES DIVERSAS

"El concubinato, que es la resultante de relaciones sexuales permanentes y ostensibles entre un hombre y una mujer no estando casados entre sí, como situación de hechos que es desde el punto de vista jurídico ha sido diversamente apreciada por los sistemas de derecho positivo: en algunos aparece repudiado energicamente; en otros, admitidos con definitiva y total eficacia, y en los más, se lo recibe y regula sus efectos con determinadas restricciones.

Estas diversas posiciones se apoyan, no obstante, en el mismo fundamento; la MORAL. Quienes vean en el concubinato una afrenta a las buenas costumbres o a un ataque a la familia legítima, lo estiman contrario a la moral y por tanto lo rechazan, negándole eficacia jurídica a las consecuencias que de él emanan; quienes en cambio, propugnan su defensa, aseveran que lo inmoral es desconocer en forma absoluta validez a las obligaciones y derechos que son efectos del concubinato.

Los partidarios de las tesis ecléctica ven en las circunstancias del concubinato dos aspectos diferentes:

De un lado, las relaciones sexuales que, por no ser legítimos por el vínculo matrimonial consideran ilícitas; y de otro, las consecuencias de orden económico que, en rigor jurídico, no están cobijados por presunción de ilicitud y que, por lo tanto, estiman que deben ser objeto de regulación por el derecho" (C.S.de J. Sentencia de Febrero 23 de 1.976 M.D. Dr. Humberto Murcia Ballén página 35 (2) T.CLIIII Primera parte, número 2.393).

1.8.5. CONSECUENCIAS DEL CONCUBINATO

Del concubinato surgen consecuencias socio-jurídicas de gran importancia, tales son:

La filiación de los hijos concubenarios, que conllevan los derechos y obligaciones que los padres tienen para con sus hijos y viceversa; las obligaciones y los derechos personales que surgen entre los concubinos y con respecto de terceros.

2. CONCEPTO DEL CONCUBINATO

Existe concubinato, cuando entre un hombre y una mujer, no impedidos para contraer, entre sí, matrimonio, materializa unión para mantener relaciones sexuales y atender, dentro de ella, todas las necesidades de la vida en forma común.

Hay autores que aceptan y tienen como concubinato todas y cada una de las figuras o clases de convivencias matrimoniales que perduren por un término caprichoso no menos de tres o de cinco años; otros califican como concubinato la comunidad marital estable y notorio, entre dos personas de distinto sexo, respecto de las cuales no se ha celebrado matrimonio pero tampoco existe impedimento para celebrarlo.

Hay otros que califican el concubinato como la vida en común de un hombre y una mujer en ausencia del vínculo jurídico del matrimonio y de todo impedimento para contraerlo y también a la vida común o marital, formada entre quienes tienen impedimentos para contraer matrimonio entre sí.

Ante todo, debemos aclarar que el concubinato no es una institución, pues la ley Colombiana ni le concede efectos

jurídicos ni los condena; simplemente ignora. Pero debido a que es un hecho social de profunda importancia, nos parece procedente referirnos a él.

Es una realidad, la influencia que recibió la legislación del país del derecho Romano y eclesíastico, Español y Francés, así hubiere llegado por diferentes fuentes y diversos caminos.

El código civil de 1.873, consagró la noción clásica del concubinato entendió como la unión sexual estable entre personas libres o viudas.

Tenían como efecto único establecer la presunción de la paternidad natural.

El código penal de 1.890 tipificó los delitos de adulterio, incesto y amancebamiento, noción esta conforme a la clásica de concubinato.

La crisis de la nupcialidad por el aumento creciente de las relaciones sexuales extramatrimoniales y el nacimiento de los ilegítimos demostró a la nación la necesidad de un nuevo estatuto.

La ley 34 de 1936, inspirada en la Francesa de 1.912 consagró un concepto diferente de concubinato, artículo 4o. ordinal 4o.

Hay concubinato cuando los presuntos padres han tenido

relaciones sexuales estables, de manera notoria, aunque no vivido bajo el mismo techo, ni pueda contraer entre sí matrimonio legítimo".

Finalmente, la ley 75 de 1.968 coincide con el criterio universal que tiene el estado de proteger a los hijos de las uniones libres.

Así se logró una solución al problema de todos los tiempos: la paternidad responsable.

Es una situación de hecho que consiste en la cohabitación de un hombre y una mujer para mantener relaciones sexuales estables.

Para que haya concubinato se requieren fundamentalmente, acuerdo de voluntades, como que sin la voluntad de algunos de los amantes habría rapto, seducción, cualquier cosa menos concubinato

La unión libre no confiere a ninguno de los amantes la obligación de mantenerlas, ni de acompañar al otro, de consiguiente, no se puede hablar de ruptura injusta del concubinato sin descartar que hay culpa en el amancebamiento, más no en su terminación.

2.1. ELEMENTOS DEL CONCUBINATO

Estos son:

- Unión de hecho entre personas de diferente sexo, que viven como casados y cuya finalidad primordial es la procreación de los hijos.
- La unión libre debe ser estable y no transitoria,
- Toda unión libre de hecho entre hombre y mujer es concubinato sin que importe su calidad personal y su residencia.

2.2. TENDENCIAS SOBRE LOS EFECTOS DEL CONCUBINATO

Existen tres tendencias muy definidas sobre esta materia, las cuales solamente nos limitaremos a enumerar:

- Ineficacia absoluta
- El concubinato es un hecho que procede a los efectos del matrimonio, pero originada de hechos que entrañe relaciones de derecho, en razones del perjuicio causado al otro. (legislación Colombiana).
- El concubinato es matrimonio y procede los efectos de éste, y como no hay mayores diferencias entre los dos, debe instituirse la libertad de amar.

Lo que hay establecido en Colombia respecto el concubinato ha emanado de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de aplicación análoga, que en resumidas cuentas es lo que sigue:

2.2.1. RESPECTO A LA FILIACION

Los hijos nacidos de concubinato, son hijos ilegítimos y por ende considerados como naturales, por el nacimiento respecto a la madre, por el reconocimiento respecto al padre, o por la sentencia del juez, dictada de acuerdo a la ley' (Artículo 10; ley 45 de 1.936).

2.2.2. RESPECTO A LOS BIENES

No surge sociedad conyugal, pues esta ha sido reservada exclusivamente, para el matrimonio. Sin embargo, durante el concubinato pueden adquirirse bienes por los concubinos y sería abiertamente injusto dejar esta situación sin solución. Entonces, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera: Debe analizarse el origen del matrimonio teniendo en cuenta las siguientes hipótesis:

2.2.3. LOS BIENES CONFORMAN EL PATRIMONIO

Los bienes en el concubinato, que conforman el patrimonio, surgen de un contrato de trabajo. Entonces, debe estarse a lo que la ley laboral establezca con relación al contrato de trabajo.

2.2.3.1. EL PATRIMONIO SURGE POR LOS HECHOS

Los bienes en el concubinato que conforman el patrimonio, surgen por los hechos con una especie de consentimiento tácito. Entonces, se dá origen a una sociedad de hecho. No hay contrato de trabajo; sencillamente los concubinos conviven y espontáneamente se forma un patrimonio. Debe en esta forma e hipótesis,

distinguirse:

2.2.3.2. EL CONCUBINATO COMO EL FIN DE SOCIEDAD DE HECHO

Si el concubinato es el fin de la sociedad de hecho es nula.

2.2.3.3. SI EL CONCUBINATO SUBSISTE CON ANIMO DE LUCRO

Si el concubinato subsiste con el simple ánimo de lucro, los concubinos tienen la acción prosocio, análoga a la que tienen los socios de una sociedad de hecho para pedir lo que a cada uno le corresponde.

2.2.3.4. SI NO CABE EL CONTRATO DE TRABAJO

Si no cabe contrato de trabajo ni hay sociedad de hecho y se forma un patrimonio, procede la acción de enriquecimiento injusto. Entonces, cada uno de los concubinos puede demandar lo suyo y reclamar por lo que el otro se haya enriquecido de manera injusta.

3. EL CONCUBINATO EN LATINOAMERICA

En los distintos países latinoamericanos, a diferencia de los de Europa Occidental, existen en mayor o menor medida el fenómeno del concubinato como forma de convivencia conyugal institucionalizada. Puede afirmarse que dicho fenómeno en general obedece a un verdadero marginamiento de extensas capas o estratos sociales que viven sobre la base de un aislamiento cultural y en ausencia de estructuras integradoras.

Las uniones de hecho, o uniones consensuales, responden a una realidad específica en extensas regiones latinoamericanas. Sea por costumbres adquiridas durante el siglo de la esclavitud o servilismo. El caso de los indígenas o de los negros; sea por la marginalidad estructural, fomentada muchas veces por el factor racial; sea por el escaso desarrollo de los sistemas administrativos y las vías de comunicación y, en última instancia, por la ausencia de estructuras que integran a la familia en el proceso cívico, ético y cultural. Latinoamérica enfrenta el concubinato como una forma o modo racionalizado de unión conyugal. Y, en muchas oportunidades. Las estadísticas, que el número de

familias constituidas sobre la base de esas uniones de hecho o consensuales es superior a las formadas a partir del matrimonio legítimo. Este que queda reservado a un pequeño sector de la población que ostenta el poder político y social.

Ello explica que diversas legislaciones civiles, en esos países, hayan paulatinamente previsto los efectos civiles de las uniones consensuales, sobre las que descansan la constitución de millares de familias y sus hijos.

3.1. EN ARGENTINA

En Argentina, se han reconocido ciertos derechos ya por vía legislativa o jurisprudencial, es así como se han establecido efectos personales y patrimoniales a las uniones concubinarias.

Sobre todo cuando la convivencia ha trascendido en la constitución de Estados aparentes, sobre los que reposa la comunidad de vida entre los convivientes en la formación del hogar y la procreación de los hijos.

Si bien, la unión concubinaria como tal, es legítima, se atiende a resolver con equidad la situación familiar y social creada por la unión concubinaria, sobre todo cuando ella no va en desmembramiento de los intereses de una unión matrimonial anterior que en los hechos carecen de virtual

signifiación.

Consideramos de vital importancia mencionar otros países que han reconocido los derechos originados de las relaciones consensuales.

3.2. EN CHILE

En derecho Chileno contempla la existencia de una sociedad expresamente pactada por los concubinos, que puedan ser civil o comercial.

En este caso, la suerte de los bienes de la sociedad quedarán regidos por los preceptos legales que reglamentan estos contratos.

En otros casos, podrá existir entre los concubinos una "sociedad regular de hecho", considerada como una sociedad consensual, como la colectiva civil, siempre y cuando concurren los elementos de ésta, es decir, aporte, participación en las pérdidas y ganancias y la "Affectio Societatis", que no se presume por el solo hecho del concubinato, sino que su presencia debe obtenerse de otras circunstancias, como sería cuenta bancaria a nombre de los concubinos; la correspondencia dirigida a ambos; el que los dos concubinos estén en el mismo pie de igualdad en la dirección de negocios, etc.

También puede existir entre los concubinos una "sociedad irregular de hecho", la cual puede darse cuando tratándose de una sociedad solemne, no se cumplan las formalidades exigidas por la ley.

Finalmente, entre los concubinos puede existir también una comunidad universal, con respecto a los bienes que se han adquirido dentro del concubinato con el esfuerzo común y la cooperación mutua. Esta es la situación que se presenta con mayor frecuencia ante los tribunales Chilenos. Respecto del concubinato indirecto, producido por el matrimonio religioso, "fallecida una de las personas ligadas a este vínculo, sus herederos han pretendido tener derechos a todos sus bienes. A esta presunción, se ha opuesto el concubino sobreviviente, alegando la existencia de una comunidad y reclamando la mitad de los bienes, derecho que los tribunales le han concedido invariablemente.

3.3. EN CUBA

La constitución Cubana de 1940, en su artículo 43, delegó en los tribunales la determinación de los casos en que correspondía equiparar la unión de hecho, conforme a los caracteres de singularidad y estabilidad. Más adelante,

1. Manuel Somarriba Undusraga. Derecho de Familia P.153

44

el código de la familia de Cuba reconoce y le dá entidad a las uniones consensuales, cuando establece que 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 reconocido por el tribunal competente.

Establecía además que si uno de los concubinos estuviere unido en matrimonio anterior, esta circunstancia no afectará los derechos de los hijos habidos en la unión y de la persona (concubinario) que hubiere actuado de buena fé.

El reconocimiento judicial o formalización de la unión consensual.

3.4. EN MEXICO

El código Civil mejicano, establece una presunción de paternidad similar a la que surge del matrimonio, además se establece la obligación alimentaria a cargo del testador y en favor de la concubina, la que goza por su parte de vocación hereditaria. Según la cuantía de la cuota hereditaria de la concubina, depende de las personas con quienes concurra a la sucesión, pudiendo llegar a ser la mitad de la herencia. En el proyecto de Código Civil mejicano, se reconocen plenamente los derechos de la concubina y de los

hijos de estas uniones; el legislador mejicano, ha dado un paso hacia adelante al abrir los ojos a una realidad social y al cambio socio-económico y cultural que se ha venido existiendo en los países latinoamericanos incluyendo Méjico.

3.5. EN PERU

La legislación peruana, no reconoce derechos de la concubina, salvo muy aislados, como los de cierta y alimentos, previstos en el código civil. No tiene derechos hereditarios, salvo la posibilidad del legado dentro de los límites que la ley sucesoral permite.

En cuanto a los bienes que se adquieren durante el concubinato, no existe legislación específica, la jurisprudencia ha llenado ese vacío al determinar que la concubina tiene derecho al 50% de los bienes adquiridos por el concubino, durante la vigencia de la relación.

41544

4. EL CONCUBINATO COMO FENOMENO SOCIAL

En el transcurso de la historia, las uniones de facto de carácter estable y permanente, han sido unas veces admitidas en el ámbito jurídico otras totalmente desconocidas siendo objeto de repudio y finalmente, en algunas ocasiones se las regula con candoroso ánimo.

Cada criterio siempre se evoca partiendo de vocablos tales, como moral, buenas costumbres y orden público, así, quienes ven en el concubinato una afrenta a las buenas costumbres, un ataque a la familia o la ilicitud de su conformación, se basan, como más alta razón en la moral desconocer validas a las obligaciones o acción a los derechos que sean la consecuencia del concubinato, aún de modo indirecto, y que se sirva de esta manera, a intereses que, a su vez, serían legítimos. Teniendo en cuenta los argumentos que ostentan atacantes y defensores, debemos analizar cada uno de ellos.

4.1. LICITUD E ILICITUD

El calcance de los lícitos, se encuentra enmarcada en los permitidos y, en consecuencia, mirándolo desde otro ángulo en los prohibidos. En este orden de ideas, podemos

47

afirmar que, si la acción que se ejecuta no está prohibida, goza del carácter de licitud y si se encuentra poscrita por la ley, se tachará de ilícita. Comprendido así, se puede afirmar que no todo lo que es lícito es honesto y que hay cosas que no conviene hacerlas aunque sean lícitas, por que puede presentarse la existencia de un mandato legal contrario a la naturaleza humana.

Por lo tanto, la aceptación o el rechazo del fenómeno social del concubinato no puede referirse a la licitud e ilicitud del mismo, pues sería caer en el centro del positivismo legal, posición filosófica que no es aceptable por no comulgar con la equivalencia total entre la ley y el derecho.

Es importante aclarar, que los lícitos también lo definen los diccionarios como el hecho según justicia y razón, aceptación que no tiene cabida en nuestra exposición, que no es el sentido con que generalmente se emplea, y que nos conduce a otras latitudes por el solo hecho de decifrar a qué justicia se refiere: distributivas, conmutativas, legal o social.

4.2. ORDEN PUBLICO

En nuestro derecho la noción de orden público es equiparada a la noción de paz pública y tranquilidad de los asociados. Puede comprenderse como una frontera que marca el límite de la libertad en las acciones y omisiones de los in...

dividuos, los actos privados y está formada por un conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar a la organización de ésta, no puede ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras.

Es entonces, una idea que se refiere a la normalidad de una realidad considerada por la sociedad como un vínculo entre la existencia y la conservación de la organización social.

Es el presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa a quien corresponde velar por la conservación del orden público en todo el territorio de la república y, por supuesto, restablecerlo donde fuere turbado, así, la constitución Nacional en su artículo 28 le dá las armas para cumplir este cometido.

Cuando nos encontramos en situaciones de paz pública las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen en el momento en que se tema perturbación del orden público, puede el presidente de la república, previo dictamen del Consejo de Ministerio y previo concepto del consejo de Estado, aprehender y retener a todas aquellas personas sobre las que se tema puedan perturbar el orden público.

Entonces, es preciso indagar si la presencia del concubi

nato atenta contra la tranquilidad ciudadana; si la existencia de una pareja que mantiene un régimen de vida en común estable, con comunidad de lecho y domicilio sin contraer matrimonio, produce una perturbación en el orden público.

De ser cierto lo anterior, el presidente de la república, utilizando los medios que señala el artículo 28 de la constitución nacional, podría suceder a la aprehensión y la retención de los concubinos. Sin embargo, la medida anterior es imposible de llevar a cabo, pues la figura del concubinato no está instituída en nuestra legislación penal como delito; pero dado lo anterior se puede apreciar la no aplicabilidad del orden público con referencia al concubinato, principalmente porque para turbar la paz reinante debe requerirse una acción externa capaz de convulsionar los cimientos de la autoridad y no una situación de hecho e inveterada existencia.

4.3. BUENAS COSTUMBRES

La costumbre es un principio de derecho que resulta de la unión de dos elementos:

El primero de ellos consiste en la practica por medio de la cual se resuelve en determinada época, por fuera de la ley, una dificultad jurídica completa.

El segundo elemento, de órden psicológico, es la convicción que tienen las personas que han recurrido a esta práctica de estar cumpliendo una norma jurídica.

Bien sabido es, que cuando la costumbre decide sobre casos que no han sido previstos por la ley, entonces nos encontramos frente a la llamada costumbre fuera de la ley ; si su función es interpretar y fijar el alcance de una norma existente, nos encontramos en presencia de la costumbre según la ley, y, finalmente, cuando la costumbre vulnera en todo o en parte una norma jurídica, estaremos en presencia de la costumbre en contra de la ley.

Podemos apreciar que si tomamos la noción de costumbre arriba explicada y la agregamos al adjetivo de buenas, nunca podríamos llegar a un significado aceptable. Por lo tanto, debemos analizar la expresión buscando un concepto unificado por otras vías.

El diccionario de la lengua española define la costumbre como el "hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie" y buenas como lo "útil y a propósito para alguna cosa". De esta manera, podemos afirmar que buenas costumbres son las prácticas que producen provecho y que han sido adquiridas por su constante repetición.

Así, cuando se afirma que el concubinato atenta contra las prácticas que producen provecho y que han sido adquiridas por su constante repetición. Aunque este camino

prospera un poco más no es del todo convincente, si se tiene en cuenta el carácter subjetivo del provecho, beneficio o utilidad.

4.4. FRENTE A LA MORAL

Con el transcurso de los años se han concentrado entre sí, las posiciones sobre las relaciones que se encuentran entre la moral y el derecho, en cuanto a alternativas:

4.4.1. LA PRIMERA POSICION

La primera posición que ha sido superada, propugnada por el Maquiavelismo político y el liberalismo moderado, y marcaba una total independencia entre los conceptos moral y derecho.

4.4.2. LA SEGUNDA POSICION

Durante la edad media y principios de la moderna, se afirmó, que siendo las dos áreas esencialmente diferentes tenían ciertos puntos de contacto. El principal punto de contacto, es el hombre, por ser sujeto común en ambas.

4.4.2. LA TERCERA POSICION

Durante los siglos XVII y XVIII, ya no se encuentran puntos de contacto, sino una parte del área en común, así, cierto campo del derecho le es indiferente a la moral, son

por ejemplo las normas sobre el tránsito y algunas obligaciones morales, son completamente diferente al derecho, como sería por ejemplo ayudar al prójimo.

Se hablaba en ese entonces de dos conceptos diferentes, con cierta parte del área en común y el resto independientemente.

4.4.4. LA CUARTA POSICION

Por último, se afirma que se trata de dos conceptos diferentes, en cuanto a su misma naturaleza, pero que se encuentran íntimamente ligados entre sí. Podríamos representar este criterio por dos círculos concéntricos, donde el extremo y más amplio, sería la moral y el interior más pequeño, comprendido en el primero, sería el área del derecho.

El último criterio, parece ser el más acertado y acogido en la actualidad casi unánimemente. Se trata entonces, de dos conceptos diferentes, porque mientras uno se refiere al fuero interno, la otra hace referencia al fuero externo; así, la violación de una norma moral, genera un problema de conciencia mientras que la violación de una norma legal, hace directa relación a la competencia del Estado, quien por su soberanía pone en movimiento la acción judicial.

Podemos de esta manera comprender, que el campo de la moral es mucho más amplio que el campo del derecho y aquel

ámbito jurídico está comprendido en su totalidad por la moral; siempre que se trate de algo jurídico, en toda su extensión se encuentra acompañado de la moral, todo lo jurídico es moral, pero no todo lo moral es jurídico, ya que como hemos establecido antes, la moral es el género y lo jurídico es la especie.

" El punto del criterio moral es de vital importancia, por que acompaña al derecho en toda su extensión, pensamos que al igual que la ley positiva, el criterio moral del bien y del mal debe ser dado por la razón humana. Aceptar otro sendero sería desconocer la naturaleza humana y dar vía libre al modo de pensar de los individuos.

Relacionando lo anterior con la relación sexual extramatrimonial, podemos observar que mientras ésta sea íntima, es decir, que no sea pública ni notoria, no afecta al conglomerado sino sólo a las dos personas que realizan la cópula carnal; por lo tanto el ayuntamiento, la acción de juntarse sexualmente dos personas sin estar unidas por el vínculo matrimonial pertenece únicamente al campo moral, a la conciencia de éstos que serían llamados concubenarios; pero el producto de esta acción íntima del acto humano voluntario exteriorizado, que son los hijos, pertenecen al fuero exterior, necesariamente interesa al derecho, como sucede también con la comunidad de dominio, la estabilidad

Indaburu L.Carlos, Estrada P.Gl ria. El concubinato en el derecho Colombiano, pag.24.

de esta relación, los bienes habidos y las relaciones de los concubenarios entre sí y con terceros, es decir, el ayuntamiento o cópula carnal, aún siendo externo público y notorio, pertenece al fuero interno de las personas, pero sus consecuencias, por interesar y afectar a la comunidad social, deben ser tenidas en cuenta por el derecho.

En el caso concreto Colombiano, puede advertirse que el perjuicio había puesto un velo sobre los ojos de nuestros legisladores. Quienes se manifestaron en contra de la regulación de esta figura, afirmaba que la inmoralidad del concubinato no permite que la ley lo tenga en cuenta para atribuirles obligaciones. Este argumento es del todo desahuciado, pues si nos atenemos a esas lógicas erróneas, podríamos llegar al extremo de afirmar que la ley no podría pronunciarse sobre los delitos, ya que éstos constituyen en sí mismo un acto inmoral. Podemos observar que no existe ninguna justificación para abandonar a la mujer a su suerte, luego de haberle entregado al varón por largo tiempo, lo mejor de sí misma.

5. EL CONCUBINATO EN LAS DISTINTAS AREAS DEL DERECHO

5.1. EN LA LEGISLACION CIVIL

El artículo 395 del código civil derogado por el decreto 1260 de 1.970 artículo 123, en relación con los distintos documentos probatorios del estado civil: "La falta de los referidos documentos podrá reemplazarse en casos necesarios por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos, que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata y en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil".

Continua vigente el artículo del C.C. según el cual: " La posesión notoria del estado de matrimonio consiste principalmente, en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones doméstico-sociales; y en haber sido recibida la mujer en ese carácter por los deudos y amigos de sus amigos, y por el vecindario de su domicilio en general".

Dedúcese, concordando la anterior norma con el artículo 399

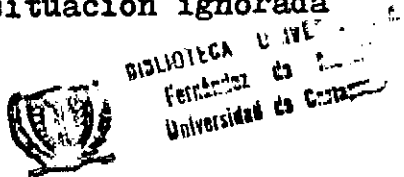
del mismo estatuto, frente al matrimonio de los cuales no aparece la partida matrimonial en el libro o registro respectivo, que bien puede tratarse de un concubinato notorio o perfecto, que al ser tenido por deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general".

Lógicamente los hijos habidos en tal unión conforme el artículo 379 del mismo código tendrán la posesión notoria de hijos legítimos aunque bien podrían ser simplemente extra matrimoniales. Y es que dada la presunción de legitimidad, no podrían tenerse como casados, a los padres, y a los hijos como naturales salvo repudio oportuno y legal.

Conforme a la legislación civil dedicada a la protección de la niñez, el niño tiene el derecho a hogar, y desde luego, a madre, y por lo mismo dentro de las obligaciones alimentarias del concubino padre, frente a los hijos, están los gastos de subsistencia de la madre como tal y no como concubina, en cuanto carezca de otros medios de subsistencia.

El artículo 411 del código civil fué reformado por el artículo 31 de la ley 75 de 1968, para disponer que a cargo de los padres naturales, su posteridad legítima y a los nietos naturales, alimentos que son congruos por disposición del artículo 25 de la ley 45 de 1936.

Al concubino ninguna obligación le impone, cuando menos la ley, frente a la concubina, es una situación ignorada



por la ley, por presiones religiosas, pero al ocuparse de los hijos naturales y hacerlos titulares de alimentos con gruos y al preocuparse el Estado, con la expedición de una legislación especial de la defensa del niño, indirectamente protege a la madre, como madre jamás como concubina. La concubina, frente a la muerte ilícita del concubino y en cuanto haya hijos en una relación de hecho, tiene un derecho protegido por las leyes orgánicas de la defensa del niño, el cual resulta lesionada y le dá derecho a una acción contra los responsables de la muerte, por el valor de lo que recibía a título de alimento y hasta cuando el último de los hijos cumpla la mayoría de edad o hasta cuando sea posible la supervivencia del concubino, la que resulta menor, esto como conclusión sobre "el interés legalmente protegido" de la concubina.

Veamos lo que consagra el proyecto de código de derecho privado, en materia de concubinato.

El artículo 1561 del código civil en proyecto consagra que "El hombre y la mujer que sin estar casados entre sí, hicieren vida común y mediante una serie de actos de mutua colaboración formaren un capital, éste les pertenece por partes iguales.

"Cualquiera de los concubinos o sus herederos podrán pedir la liquidación de la sociedad de hecho y la adjudicación de la mitad de los bienes".

En los artículos precedentes lo que se ha hecho es consagrar legalmente la sociedad de hecho que a nivel jurisprudencial doctrinal ya se había establecido, pero en este proyecto de código no encontramos disposición alguna que nos defina lo que es el concubinato como si, expresamente define lo que es el matrimonio.

Tampoco se encarga el proyecto de código de establecer los derechos y obligaciones de los concubinos como si lo hace con el matrimonio.

Todavía en este proyecto de código seguimos viendo el error que experimentan nuestros legisladores al tratar el tema, ya que se debería reglamentar en forma total lo concerniente al concubinato como fuente principalísima de la familia natural.

El proyecto de código consagra con derecho a alimentos a los concubinos así:

Personas obligadas a suministrar alimentos:

El artículo 1583 se debe alimentos entre sí: los cónyuges, los padres y los hijos, los hermanos y, en determinadas circunstancias los concubinos.

El artículo 1585-Cesa la obligación prevista en el artículo precedente si el cónyuge separado de cuerpo, el divorciado, o aquel cuyo matrimonio se anuló, contraer nuevo matrimonio o establecer una relación concubitaria.

Son estos dos únicos casos en que se consagra a la concubina.

5.2. EN LA LEGISLACION LABORAL

En materia laboral, en especial en lo que respecta a prestaciones sociales, es de las pocas ramas o áreas del ordenamiento jurídico Colombiano en donde se hace expresa mención de la mujer concubina.

La ley 90 de 1.946 mediante el cual se estableció el seguro social obligatorio contra los riesgos de enfermedad profesional o no profesional de maternidad, invalidez, de accidente de trabajo, de vejez y muerte, para todos los trabajadores menos de sesenta (60) años, los hizo beneficiarios de pensión y de asistencia médica quirúrgica y farmacéutica, haciéndolas extensivas al viudo o viuda, a los ascendiente y descendientes legítimos o naturales", y a falta de viuda será tenida como tal a la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres (3) años anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, siempre que ambos hubieren permanecido solteros durante el concubinato; si en varias mujeres concurren estas circunstancias, sólo tendrán un derecho proporcional a las que tuvieren hijos del difunto". (ley 90 del 1.946 artículo 55).

60

Aquella norma fué complementada mediante:

5.2.1. EL CONCEPTO DE ISS.

El acuerdo del consejo directivo del I.S.S. número 536 de 1.974, que determina "Artículo 19 la esposa del asegurado que hubiere cotizado un mínimo de cuatro (4) semanas tendrá derecho a las prestaciones asistenciales previstas en casos de maternidad. A falta de esposa la concubina es a quien se le concederán las mencionadas prestaciones, siempre que la compañera hubiere sido inscrita en el seguro social con ocho meses de anticipación, por lo menos a la fecha de iniciación del reposo prenatal. Este último requisito no se exigirá cuando se pruebe la existencia de los hijos.

PARAGRAFO.- Cuando el instituto extienda las prestaciones y servicios por enfermedad general y maternidad a nuevas regiones del país, las prestaciones asistenciales de que trata el presente artículo se reconocerá a la compañera permanente con quien el asegurado haga vida marital durante los ocho meses, por lo menos, anteriores a la fecha de su inscripción que en el seguro social, salvo que se demuestre la existencia de hijos comunes".

"artículo 24-La esposa del asegurado o la compañera como tal por el seguro, cuando aquel deje de ser afiliado tendrá derecho a las prestaciones asistenciales por materni

dad siempre que la concepción haya ocurrido con anterioridad a la fecha de su retiro, y que el asegurado hubiere cotizado un mínimo de cuatro semanas.

5.2.2. EL DECRETO 1848 de 1.968

El Decreto número 1848 de 1968, que hizo extensiva a la concubina del empleado oficial la asistencia médica y pediátrica:

"Artículo 42-Asistencia médica para la esposa é hijos del empleado. La entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado oficial, suministrará también asistencia médica por la maternidad a la esposa o compañera permanente del afiliado, lo mismo que asistencia pediátrica a los hijos de ésta , hasta los seis (6) meses de edad, mediante el pago de tarifas económicas especiales".

5.2.3. EN LA LEGISLACION PENAL

La ley 12 de 1.975 trasladó al concubino superstite del trabajador (público o privado) el derecho a la pensión de la cual no disfrutó el fallecido por no haber llegado a la edad exigida.

La ley 12 en su artículo lo dispuso: El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador o empleado oficial o privado y sus hijos menores é inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge. Si éste 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.

Y el artículo 8 de la ley cuarta de 1976, estableció lo siguiente: "A quienes tengan derecho causado o hayan disfrutado de la sustitución pensional prevista en la ley 171 de 1.961 el decreto 3135 de 1.968 y el decreto ley 434 de 1.971, tendrán derecho a disfrutar de la sustitución pensional conforma a los previsto en la ley 33 de 1.973 y en la ley 12 de 1.975".

La compañera permanente a partir de la vigencia de la ley 12, entra a formar parte de los que tienen derecho a la sustitución pensional, y no de manera limitada en el tiempo sino en forma vitalicia como las viudas, o sea, como las cónyuges legítimas supervivientes. Esta norma quiere decir que la compañera permanente tiene derecho a la sustitución pensional cuando no haya cónyuge superviviente, por ser soltero el jubilado o viudo, la concubina ocupa para los efectos de sustitución pensional el lugar de aquella. "De igual manera, cuando existiendo" cónyuge superviviente, ésta carece de derecho a la sustitución por haber dado lugar con su culpa, a la terminación de la cohabitación a la vivienda bajo el mismo techo, o haya contraído nuevas nupcias o simplemente haga vida marital con hombre distinto a su marido, será sustituida por la "compañera permanente" quien recibirá proporcionalmente la pensión jubilatoria.

"Y si la ley reconoce a la concubina en cuanto haya sido la compañera permanente " del trabajador público o privado el derecho a la pensión del concubino fallecido, es porque le reconoce, en forma idéntica a como lo hace con el cónyuge legítimo, el derecho a los gastos de la subsistencia cóngrua, sin consideración a que sea un concubinato perfecto. Pues no se infiere de las normas comentadas. (sentencia del tribunal administrativo de Bolívar, del 3 de Enero de 1.980 folios 6 y 7).

5.3. EN LA LEGISLACION PENAL

La legalización penal, no consagra como tipo delictivo ni la unión libre adulterina, ni al concubinato simple, ni al perfecto. Consagra si con justificada razón en el título referente a los delitos contra la familia, como conductas antijurídicas a las uniones incestuosas, la bigamia y el matrimonio ilegal, o sea el contraído a sabiendas de un impedimento dirimente.

Además como muestra quizás de que nuestra legislación no protege al concubinato, en los delitos contra la asistencia familiar estatuye la respectiva acción penal únicamente para la mujer legítima, ya que él al tenor del artículo habla de cónyuge, y consideración al principio de tipicidad que rige en derecho penal, no es posible extender por analogía la acción a la mujer extramatrimonial.

La única posibilidad que tiene el o la concubina dentro de un proceso penal es la constituirse en parte civil, si ejerce una acción civil o administrativa de indemnización de perjuicios por la muerte dolosa o culposa del concubinario, así lo ha sostenido el consejo de estado jurisprudencialmente.

Hay en la legislación penal una cantidad de delitos que se refieren a la mujer, pero ya no como concubina, sino como en la condición humana de mujer.

6. ALIMENTOS SUMINISTRADOS ENTRE CONCUBINOS

Es evidente, que entre concubinos no existe la obligación civil, es decir, exigible de prestarse entre sí alimento. Dado a que se trata de una obligación legal, derivada del parentesco o del vínculo conyugal, la prestación asistencial exigible, no extiende hasta más allá de las personas que en cada caso enumera la ley.

Sin embargo, cabe preguntarnos, si los alimentos que durante la convivencia uno de los concubinos presta el otro, de manera voluntaria, debe reputarse como el cumplimiento de una obligación natural. Bien es sabido que las obligaciones naturales son aquellas que, fundadas en el derecho natural, como también en la equidad, pero no confiere acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado en razón de ellas.

Es decir, que plantear la cuestión de si existe obligación natural de prestarse alimentos entre concubinos, importa dilucidar si en su caso, los alimentos suministrados son repetibles en caso de ruptura de la convivencia, o lo que es el mismo, si la concubina que pasó los alimentos puede exi

68

gir su devolución.

Ello implica resolver dos problemas previos:

En primer lugar, si la enumeración del artículo 411 del código civil, es meramente enunciativa y no taxativa en cuanto a los supuestos que constituye obligaciones natural. En segundo lugar, si se acepta que existe un deber moral o ético de servirse asistencia entre los concubinos.

En lo que se refiere al primer punto, estimamos con la doctrina mayoritaria, que la enumeración del artículo 411 del código civil es simplemente enunciativa. Es decir, que todo principio de justicia o de equidad que sirva de fundamento a una pretensión, es simultáneamente causa de una obligación natural. En otras palabras, las obligaciones naturales no se agotan en supuesto de excepción como algunos autores sostienen, sino que se caracterizan generícamente en el enunciado del artículo 411 del código civil. La enumeración que sigue a esa caracterización es ejemplificativa de situaciones.

Más controvertido, puede resultar afirmar que entre los concubinos existe un deber moral de asistencia recíproca. Cuando la convivencia tiene como resultante la existencia de hijos, jurisprudencia no ha vacilado en afirmar, que el concubino es guardador de los hijos menores de su mujer a causa de las relaciones domésticas y afectivas que se forman y porque con ellas el hombre se impone un deber

de colaboración en la existencia moral y material de esos seres. No se trata, sino de reconocer la existencia del núcleo familiar, cuando la familia se ha formado. De otro lado, en estos casos la obligación es recíproca cuando se deriva de la relación emergentes de la paternidad o maternidad.

Por lo tanto, basándonos en una ermeneutica sistemática, cabe reconocer un imperativo ético, aunque no formulado en términos generales, advierte sobre la necesidad de atender los requerimientos que crean situaciones de hecho asumidas dentro del contexto familiar.

En la medida en que la prestación asistencial no encubriese donaciones en perjuicios de los herederos forzosos, pensamos que la existencia de la unión proyectada desde la convivencia como tal, tornaría inmoral la pretensión de que uno de los concubinos, restituyere al otro lo que este voluntariamente solventó, para la alimentación, vestuario, asistencia en las enfermedades, etc., en función de la convivencia, también voluntariamente mantenida.

6.1. REPARACION DEL PERJUICIO SUFRIDO POR LA CONCUBINA POR EL HECHO DE LA MUERTE ACCIDENTAL DE SU CONCUBINARIO

El artículo 2341 del C.C.exige tres requisito para que la

responsabilidad civil se vea comprometida; una culpa, un perjuicio y una relación de casualidad entre la culpa y el perjuicio.

Si se admite que esas condiciones son suficientes, nada se opone jurídicamente a la admisibilidad de acción de la concubina, cuando ésta prueba una culpa con cargo al autor del accidente mortal del que ha sido víctima de su compañero. Durante mucho tiempo la jurisprudencia en su totalidad desconoció esta acción.

Anteriormente, sobre todo en Francia, se hacía una distinción entre la materialidad del perjuicio y la moral, entonces la jurisprudencia, basada en este presupuesto, negaba cualquier indemnización en este asunto, alegando que únicamente puede reclamar la reparación de un perjuicio moral, los que justificare un interés afectivo nacido del vínculo de parentesco por consanguinidad o de afinidad con el difunto; así la concubina se encuentra en la imposibilidad de reclamar reparación del perjuicio moral.

Esta argumentación fué arduamente debatida, entonces, al continuar negando a la concubina este derecho de la indemnización, surgió un nuevo concepto, fundándose en la consideración siguiente: al ser por esencia una situación inestable, el concubinato, puesto que cada uno de quienes así viven tienen la posibilidad de romper a su antojo la unión, la concubina se encuentra en la imposibilidad de

probar de manera cierta que la vida en común se había proseguido, alegaban, que el perjuicio que se invoca es puramente hipotético; por tanto, no debe ser reparado.

No era un argumento excelente; algunas veces el concubinato se presenta en condiciones tales, que ofrece todas las posibilidades de durar, la realidad, nos presenta toda una gama de situaciones nuevas, así, ilustraremos por vía de ejemplo: una unión concubinaría de más de catorce años, con hijos reconocidos y la mujer se encuentra incluida dentro del testamento del concubino. En casos de esta especie, la inadmisibilidad de la acción no podía resultar del carácter hipotético del perjuicio. Se estaba entonces obligado a distinguir entre el concubinato estable y menos estable y el más digno.

Sólo hasta el año de 1979, se reconocen indemnizaciones de este carácter, así el Consejo de Estado, en un memorable fallo, en el cual actuó como ponente el Dr. Valencia Arango, se le reconoció indemnización a la concubina, por la muerte de su compañero en un accidente de trabajo, estando éste vinculado al ministerio de Obras Públicas y transportes. La sentencia se basa en un razonamiento nuevo, tomando al parecer de la jurisprudencia Francesa, en la cual se establece una premisa; por medio de ésta, todo el problema es nuevamente planteado y resuelto; se exige una condición suplementaria para la admisibilidad de las acciones de responsabilidad; la víctima no es admitida a

reclamar un perjuicio cualquiera, sino solamente "de la lesión cierta de un interés legítimo, jurídicamente protegido".

6.2. INDEMNIZACION POR RUPTURA DEL CONCUBINATO

El abandono de la concubina, por el concubino, en principio no genera obligación indemnizatoria alguna en favor de aquella, pues entre los concubinos no existe obligación civil, de ninguna índole y cada cual puede romper a su antojo la relación. Sin embargo, puede considerarse el resarcimiento de perjuicios, pero ya no fundándose sobre la ruptura misma, sino sobre la circunstancia muy particular que a compañen la ruptura.

Es así el caso de que la concubina fuere víctima, por parte de su compañero de un delito de calumnia o injuria por ejemplo -inferido por el concubino, como ya se dijo podría junto con la acción penal, que intentare demandar una indemnización adecuada de acuerdo con los principios que rigen la responsabilidad por hecho ilícito.

Claro está, que en estos casos, como ya lo esbozamos, la pretensión indemnizatoria se funda, no en la ruptura del concubinato, sino en un hecho ilícito que dá origen a un perjuicio moral.

Sin embargo, si en la oportunidad de la ruptura, el concu

bino voluntariamente hubiere compensado a su compañera los perjuicios materiales que ocasiona la cesación de la vida en común, opinamos que éste que voluntariamente entregó, no podría exigir luego su reembolso.



7. FILIACION DE LOS HIJOS CONCEBIDOS Y NACIDOS EN CONCUBINATO

Luis Felipe Latorre, explica: "Con el artículo 1o de la ley 45 de 1.936 acabamos con esa distinción injustificada de hijos naturales é hijos de dañado y punible ayuntamiento; incestuosos y adulterinos; distinción que marcaba como un herrete informante precisamente al ser inocente: De conformidad con lo anterior solamente existen dos categorías de hijos: 1- Legítimo y 2-Naturales o extramatrimoniales.

El primer artículo dice que el hijo natural "Cuando ha sido reconocido o declarado como tal" lo que se refiere al padre por cuanto el acta de nacimiento sirve para indicar quien es la madre.

De todo lo anterior se colige que los hijos nacidos de padres concubinos la ley les otorga la categoría de hijos naturales o extramatrimoniales.

La ley 29 de 1.982 en su artículo 1o. adicionó el artículo 250 del C.C. con el siguientes inciso: "los hijos son legítimos o extramatrimoniales y adoptivos y tendrán igua

les derechos y obligaciones" de conformidad con la nueva ley, todos hijos serán legítimos o extramatrimoniales y adoptivos, tienen iguales derechos y obligaciones sin que sea jurídicamente aceptable establecer cualquier diferencia,, ya que la ley no la prohibió.

Los derechos y obligaciones están instituidos no sólo para los padres legítimos, sino también para la familia natural o extramatrimonial y la adoptiva, inclusive se aplica a los emancipados. Título XII del C.C. y la ley 75 de 1.968 artículo 21, ley 5a. de 1975, decreto 2.820 de 1.974 artículo 50.

El artículo 253 del C.C. dice: le toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos, ésta norma se aplica también a los padres naturales.

Los hijos tanto legítimos como naturales tienen dos obligaciones lo que contempla el artículo 250 del C.C. Modificado por el decreto 2820 de 1974 y dice " los hijos deben respeto y obediencia a sus padres".

El hijo debe socorrer a sus padres siempre que los necesiten. El artículo 251 del C.C. dice que "aunque la emancipación del hijo dé el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren su auxilio". La ley 75

de 1.968 tipificó como delito el hecho de que los padres y demás ascendiente legítimos se sustrajeran a las obligaciones de "asistencia moral o alimentaria" debidas a los hijos y demás descendiente legítimos (artículo 40 y 41), el nuevo código penal decreto 100 de 1.980 tipificó el delito de inasistencia alimentaria en el artículo 263 en estos términos: "El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a su ascendiente, adoptante o adoptivos o cónyuges, incurrirá en arresto de seis meses a tres años y multa de mil a cien mil pesos. Cuando se trate de un parentesco natural de consanguinidad la acción penal se limitará a padres e hijos "y el artículo 264 del C.P. agrega : "la pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte si el obligado, con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, fraudulentamente o culta, disminuye o grava su renta o patrimonio".

7.1. DERECHOS Y OBLIGACIONES PERSONALES ENTRE CONCUBINOS

Una de las consecuencias previstas en forma tácita por el derecho positivo es la inasistencia de obligaciones recíprocas entre los concubinos; propias de aquellas que surgen del contrato matrimonial (ayuda mutua, fidelidad, dirección del hogar y de los hijos y cohabitación), de tal forma que si uno de los dos concubinos no quiere permitir el acceso, a su casa o habitación, al otro, aquel no tiene ninguna ac

ción para impedirlo. Además el concubino no puede alegar la infidelidad del otro para disolver la sociedad de hecho, ya que no existe ningún vínculo jurídico. Tampoco tienen acción o derecho para obligar el uno al otro al suministro de alimentos.

Tampoco puede exigir un concubino al otro ayuda y reserva espiritual física, económica ya que el código penal no excluye al concubino de la obligación de testimonias o de denunciar contra su concubino.

7.2. EFECTOS PATRIMONIALES

La legislación Colombiana como ya lo expresamos regula en forma expresa: de los hijos extramatrimoniales, la filiación y el derecho de éstos; y reserva los derechos y obligaciones personales para el hombre y la mujer unidos por el vínculo del matrimonio y guarda silencio sobre los efectos patrimoniales entre los concubinos, vacíos que la doctrina y la jurisprudencia han venido llenando acudiendo al efecto a figuras diversas para dar adecuadas respuestas a las necesidades sociales.

7.3. ESTRUCTURAS DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA EN LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CONCUBINOS



Cuando el concubinato no trascienda al campo patrimonial por no desbordar el afectivo y sentimental no se genera relación patrimonial alguna. Puede suceder que entre un hombre y una mujer exista vida marital a la manera de los casados, sin que ninguno se preocupe por la adquisición, administración de los bienes, durante la vida en común, o bien cada uno de los concubinos administra y dispone por separado, de sus propios bienes (previo pacto sobre el particular) en tal forma que las relaciones concubinarias se limitan al campo sexual, en esta eventualidad no existe ni se presenta relación patrimonial que someter a efectos de la ley.

7.4. LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CONCUBINOS EN LO CONCERNIENTE AL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y LA ACCION IN REM VERSO

Cuando entre los concubinos no se haya pactado contrato expreso o sociedad regular ni se den los elementos de la sociedad de hecho, sus relaciones patrimoniales, se rigen por el principio del enriquecimiento sin causa y de la acción IN REM VERSO, cuya naturaleza y aplicación ha sido determinadas por la corte así:

"El enriquecimiento injusto se produce toda vez que un patrimonio reciba un aumento a espensas de otro, sin una cau

77

sa que la justifique. El enriquecimiento sin causa debe reunir tres elementos conjuntos.

7.4.1. EL ENRIQUECIMIENTO O AUMENTO DE UN PATRIMONIO

7.4.2. UN EMPOBRECIMIENTO CORRELATIVO

7.4.3. QUE EL ENRIQUECIMIENTO SE HAYA REALIZADO SIN CAUSA

Es decir sin fundamente jurídico.

En cuanto al enriquecimiento sin causa, debe tratarse de todo provecho, como sucede cuando se adquiere un derecho, también puede consistir en el incremento o mayor que adquiere un derecho, como cuando el propietario de la finca pasa a serlo de lo edificado o construido por otro en ella. También el provecho puede estar representado en una disminución del pasivo, como cuando alguien tiene que cancelar una deuda ajena, o simplemente, en evitar a otra persona un gasto que estaría obligado a hacer.

En la generalidad de los casos el provecho o desventaja es de orden patrimonial, sin embargo, ese provecho puede ser de orden intelectual en general, el enriquecimiento sin causa supone dos patrimonios separados debidamente delimitado. Precisamente el enriquecimiento sin causa se da cuando el provecho o ventaja que ha de pertenecer a un patrimonio se desplaza a otro patrimonio diferente.

Es necesario que el enriquecimiento haya costado una venta

ja o sacrificio que experimente el patrimonio empobrecido. Siempre tendrá que aparecer una disminución en el patrimonio, del empobrecido, pues la ley no sanciona los enriquecimientos que no producen correlativamente un empobrecimiento en otro patrimonio. La falta de una causa o fundamento jurídico en el enriquecimiento sin causa, es sin duda el elemento esencial que justifica el principio que prohíbe que las personas se enriquezcan a espensas de otra.

Las variedades de casos principales de enriquecimiento sin fundamento jurídico se explican:

El primero por invalidez o inexistencia de una obligación que se pretende extinguir, pues estos enriquecimientos no quedan amparados con la causa SOL VENDI en razón de la invalidez o inexistencia idónea para crear una obligación. En esta categoría se comprende: el pago de lo no debido (conditio inhebitio) ; los contratos no se perfeccionan por falta o contra los inexistentes, en razón de lo dado por cuenta del contrato; el cumplimiento de contratos nullos por ser contrarios al orden público o de las buenas costumbres.

El segundo por no realizarse la causa credendi y en general lo que se llama final o resultados que debe cumplir una obligación establecida. Tal sucede con los pagos hechos a un falso acreedor, las donaciones motivadas por un matrimonio que no se celebre etc. (condictio por falta de resultado).

En tercer lugar, por enriquecimiento por mejoras o servicios en patrimonios ajenos. En este tercer grupo de enriquecimiento sin causa, no existe entrega voluntaria de una ventaja del enriquecido al del empobrecido, como los anteriores. Se supone aquí que alguien introduce ventajas en otro matrimonio, mediante mejoras, servicios, etc. Los más conocidos son las mejoras que se hacen en cosas ajenas (artículos 965-939 del C.C.) y la gestión de negocios ajenos reglamentadas por los artículos 2304 y ss.

En último lugar el enriquecimiento en que no interviene la voluntad del empobrecido sino la del enriquecido, la de un tercero o simplemente la de un acontecimiento involuntario. Dentro de este grupo se comprenden las ventajas que experimenta un patrimonio por tomar un derecho de uno ajeno sin su autorización o la ventaja que obtiene una personas que sin derecho ejecuta un acto de disposición o de administración en bienes ajenos que resulta eficaz frente al daño.

En todos estos casos se coloca la ley frente a dos patrimonios manejados por titulares diferentes (C.S.de J.T. LXX-XVII, numeros 2.192, 2.193 y 2.194 Casación de Marzo 26 de 1.958, M.P. Arturo Valencia Zea , páginas 502 y 503.

7.5. LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CONCUBINOS SE RIGEN POR LAS NORMAS DE LA SOCIEDAD

Ya hemos expresado, que los concubinos en foma voluntaria pueden regular los efectos patrimoniales de su vida común; mediante pacto expreso para que ninguno de los dos inter fiera en la adquisición y administración de los bienes del otro.

Ya sea mediante contrato celebrado por ellos, para regular el régimen patrimonial entre sí. Cuando no existe voluntad o contrato alguno y existe explotación común que implique enriquecimiento para el uso y empobrecimiento para el otro dichas relaciones se rigen por el principio del enriquecimiento sin causa.

Unos de los contratos más frecuentes entre los concubinos para regular el régimen patrimonial entre sí es el contrato de sociedad.

7.6. CLASES DE SOCIEDAD

Como forma de voluntad, contrato entre concubinos, se cuenta la sociedad, cuyos elementos son la affectio societatis, la existencia de aportes, los elementos genéricos de todo contrato (C.C. artículos 2.070 y 98) y además pueden ser :

7.6.1. COMERCIAL

La que se forma con los requisitos estipulados en el código de comercio, con objetivos y naturaleza mercantil (código civil artículos 2.085 y C. de Cio. artículo 20).

7.6.2. CIVIL

La que no tiene objeto ni naturaleza mercantil.

7.7. SEGUN LAS FORMALIDADES

7.7.1. REGULAR

Es aquella establecida mediante escritura pública, inscrita en el registro mercantil de la cámara de comercio y con permiso gubernativo para el desarrollo del objetivo social, en cuanto requiera de autorización gubernativa para éllo. (C.de Cio. artículos 86, 110, 116 y 117). A excepción de la accidental y la de hecho, para las comerciales. O mediante escritura pública (a excepción de la anónima, en comandita por acciones y la de responsabilidad Limitada) respecto de la civil (C.C. artículo 2.091 y ss.)

7.7.2. IRREGULAR

Se asimila a la sociedad de hecho porque la escritura pública de constitución no es inscrita en el registro mercantil de la cámara de comercio o carece de autorización gubernativa para el desarrollo del objeto social.

O si el civil, se trata se forma por el consentimiento expreso pero le falta uno o varios de los requisitos o solemnidades que exige la ley para las sociedades civiles de derecho.

7.7.3. DE HECHO.

La sociedad comercial es de hecho cuando no es constituida por escritura pública, en cuya virtud no tiene personería y cada socio tiene sus derechos y obligaciones con respecto a ella (C de Cio. Artículos 498 y 499). La sociedad civil es de hecho, cuando dos o más personas realizan actividades u operaciones coordinadas en forma común, de las cuales se deduce el consentimiento entre ellas (C.C. artículo 2.083).

8. FORMACION DE UNA SOCIEDAD CON CAUSA ILICITA ENTRE CONCUBINOS

Cuando entre concubinos se forma una sociedad con causa ilícita de tal forma que no puede subsistir ni funcionar como sociedad ni como contrato, los concubinos tienen acción y derecho para liquidar las operaciones ya realizadas y retirar los aportes, (artículo 2.083 del C.C.).

8.1. LA FORMACION O EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS

En esta clase de sociedad entre concubinos que es la más frecuente; además de la existencia autónoma e independiente de las relaciones puramente afectiva entre concubinos, la empresa y la vida íntima de los anteriores, no deben confundirse, deben estar presentes y al efecto demostrarse la existencia de todos los elementos propios del contrato de sociedad.

Este tipo de sociedades tienen su iniciación en el momento mismo en que se inicia el concubinato (artículo 2.091 del

C.C. y no tienen duración obligatoria, pues en cualquier momento puede ser pedida su terminación por cualquiera de los concubinos (artículos 505 del C.de Cio. y 2.034 del C. C.), igualmente termina cuando se extingue el concubinato formado por cualquiera de los medios al efecto viable.

8.2. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD ENTRE CONCUBINOS

Las sociedades, regular, irregular o de hecho formada por concubinos, es susceptible de desaparecer por una cualquiera de las causas capaces de exterminarla. Frente a una de éstas; se genera un proceso de extinción que comprende la disolución, la liquidación y la adjudicación del acervo común.

Cuando se ha formado y existe sociedad regular entre concubinos, las causales de disolución de aquellas serán las mismas que los estatutos y la ley establecen (vencimiento del término de duración, imposibilidad de realizar el objeto social, el agotamiento de tal objeto social, la extensión de la cosa cuya explotación constituye su objeto, o también puede terminar por disolución judicial.

Si una sociedad de hecho, además de las causales de disolución que impone la ley o por decisión judicial, la muerte de uno de los concubinos, o el mutuo acuerdo entre ellos también la disuelve.

Desaparecida la vida marital cesa también dicha sociedad de hecho y frente a terceros no tiene ninguna trascendencia.

8.3. LIQUIDACION DEL PATRIMONIO CONCUBINARIO

La liquidación del pasivo concubinario comprende la realización de varias operaciones, tendientes a definir las relaciones patrimoniales de los concubinos entre sí y frente a terceros. Estas operaciones son la determinación del activo, cancelación del pasivo y la partición y adjudicación del remanente.

En la determinación del activo del patrimonio concubinario, no es posible exigir ni confeccionar, como lo es en la liquidación de la sociedad conyugal, el respectivo inventario de bienes comunes, la restitución de los bienes propios de los concubinos, ni la liquidación de recompensas, pues los mecanismos propios de la sociedad conyugal no se aplican a las relaciones patrimoniales concubinarias, regidas por el principio del enriquecimiento sin causa, cuando entre los concubinos no existe o no se puede probar contrato alguno. Basta determinar cuáles son los bienes adquiridos por aquellos antes de iniciarse la unión concubinaria o los adquiridos después de tal iniciación a título gratuito y los bienes que formen y ganen parte del patrimonio concubi

41544

nario, o sea, aquellos que emanan o soportan una relación de causalidad respecto del trabajo o actividad común de los concubinos.

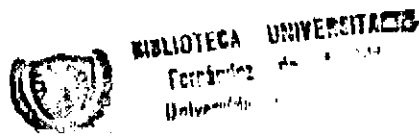
9. EL PASIVO CONCUBINARIO Y LOS DERECHOS DE TERCEROS

Diferentes son las circunstancias en que se pueden ubicar los terceros acreedores y contratantes de los concubinos. Cuando existe sociedad regular entre concubinos; los terceros que hayan contratado con la sociedad regular; o con los concubinos a título personal, se regirán por las normas generales que cada contratante es sujeto autónomo de derecho.

Cuando existe sociedad de hecho entre concubinos; como ésta no tiene personería, los terceros que contratan bien con cada uno de los concubinos o con la presunta sociedad de hecho, tienen como garantía la solidaridad activa y pasiva de los concubinos, quienes deben responder en forma ilimitada ante terceros con su propio patrimonio.

Como obligación concubinaria solamente cabe la constituida por los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos comunes, susceptibles de ser dividido o compartido por los concubinos.

Bernar Demain "La liquidación Des Bienes Des concubins" pag. 20.



Cuando existe contrato entre concubinos (fiducia, mandato, cuentas en participación etc. La responsabilidad de los concubinos frente a terceros, se regirá por las normas propias de cada uno de tales contratos.

9.1. PARTICIPACION DEL ACERBO CONCUBINARIO

Realizadas las operaciones antes indicadas, determinación del activo concubinario, pasivo común, se procederá a la participación del remate, adjudicando a los concubinos o a sus herederos, partes iguales o proporcionalmente conforme al acuerdo entre concubinos a prorrata de los aportes y beneficios en la cuantía señalada por el juez o conforme a las reglas de participación de la herencia (artículo 2. 141 del C.C.) o mediante liquidación especial (artículos 506, 228 y 55 del C.de Cio), según las circunstancias.

9.2. EXPECTATIVAS Y DERECHOS CREADOS EN EL CONCUBINATO

La hemos expresado como la jurisdicción Colombiana ha elaborado distintas escrituras jurídicas a fin de reconocer derechos matrimoniales a los aparentes consortes. En virtud de estos derechos existentes entre los concubinos, proceden los derechos laborales y de asistencia, así como la indemnización de perjuicios por la muerte de uno de los concubinos.

9.3. DERECHOS LABORALES Y DE ASISTENCIA A LOS CONCUBINOS

En la unión de un hombre y una mujer, ya sea mediante el vínculo matrimonial o mediante el concubinato existe una recíproca colaboración personal y económica con el fin de satisfacer las necesidades de supervivencia y bienestar material; y quien vive de la dependencia laboral, extiende sus beneficios a su propia compañera o compañero, muy especialmente en cuanto a riesgos se refiere, en razón de que el salario devengado por uno o por los dos concubinos es la fuente de subsistencia de quien devenga y además cuando no es percibido por incapacidad para trabajar, por la edad o por el tiempo de servicio ya sea en pensión o subsidio para la supervivencia de quienes cumplieran sus labores de trabajo.

Cuando éstos fallecen ésta pensión o subsidio sigue siendo el sustento de los allegados inmediatos del trabajador fallecido. La ley 20 de 1946 mediante el cual se estableció el seguro social obligatorio contra los riesgos de enfermedad profesional o no profesional, de maternidad, de invalidez, de accidentes de trabajos, de vejez y muerte por todos los trabajadores menores de 60 años, los hizo beneficiario de pensión y de asistencia médico-quirúrgica y farmacéutica, extensivo al viudo o viuda, a los ascendientes, descendientes legítimos o naturales, y a falta de viuda será tenida como tal la mujer con quien el asegurado

haya tenido vida marital durante los tres años anteriores a su fallecimiento o con la que hubiere tenido hijos siempre que ambos hubieran permanecido soltero durante el concubinato; si hay varias mujeres en esas mismas circunstancias sólo tendrá derecho proporcional, las que tuvieren hijos del fallecido, (ley 90 de 1946, artículo 45).

Esta norma fué implementada mediante : el acuerdo del consejo directivo del I.C.S.S. número 536 de 1.974.

El decreto número 1.848 del 1.969 hizo extensiva a la concubina del empleado oficial la asistencia médica y pediátrica así:

Asistencia médica para la esposa (artículo 42), é hijos del empleado. La entidad de previsión social a la cual está afiliado el empleado oficial, suministrará también a asistencia médica por la maternidad a la esposa o compañera permanente del afiliado, lo mismo que asistencia pediátrica a los hijos de ésta, hasta los seis meses de edad, mediante el pago de tarifas económicas especiales".

La ley 12 de 1.975 trasladó al concubino superstite del empleado público o privado el derecho a la pensión de la cual no disfrutó el fallecido por no haber llegado a la edad exigida.

La ley para estos eventos reconoce a la concubina el mismo derecho que cupiere a la cónyuge legítima, con quien no concurre porque habiendo consorte legítima, en ella la

llamada al beneficio prestacional, pero no excluida por la concubina del fallecido cuando aquella se hubiere separado por su culpa o conviviere en infidelidad, caso en el cual, la ley prefiere a la concubina o compañera del trabajador fallecido.

Como prueba del concubinato para los efectos prestacionales ya indicados sólo se exige la CONFESION o simple declaración del asegurado ante el I.C.S.S. desde cuya fecha se tomará el término que haya lugar.

Dentro de los contratos que pueden celebrar los concubinos se cuentan el contrato laboral, mientras reuna los elementos propios de aquel y que como objeto del contrato no se cuenten las relaciones personales o sexuales. Los demás contratos pueden ser celebrados entre ellos ya que no existe prohibición al efecto.

La ley 90 de 1946 en su artículo 55 fué implantada por el acuerdo del consejo directivo del I.C.S.S. número 536 que determina:

"Artículo 19.- La esposa del asegurado que hubiere cotizado un mínimo de cuatro semanas, tendrá derecho a las prestaciones asistenciales previstas en caso de maternidad. A falta de esposa tendrá derecho a las mencionadas prestaciones, la mujer con quien el asegurado está haciendo vida marital, siempre que sea soltero y que la compañera hubiere sido inscrita en el S.S. con ocho meses de anticipa

ción, por lo menos, a la fecha de iniciación del reposo prenatal. Este último requisito no se exigirá cuando se compruebe la existencia de hijos comunes.

PARAGRAFO: Cuando el Instituto extienda las prestaciones y servicios por enfermedad general y maternidad a nuevas regiones del país, las prestaciones asistenciales de que trata el presente artículo se reconocerán a la compañera con quien el asegurado está haciendo vida marital durante los ocho meses anteriores a la fecha de su inscripción y el S. S. salvo que se demuestre la existencia de hijos comunes.

"Artículo 24.- La esposa del asegurado o la compañera reconocida como tal por el S.S., cuando aquel deje de ser afiliado tendrá derecho a las prestaciones asistenciales por maternidad siempre que la concepción haya ocurrido con anterioridad a la fecha de su retiro y que el asegurado hubiere cotizado un mínimo de cuatro semanas.

El decreto 3135 de 1.968 dice:

"Artículo 16-La respectiva entidad de previsión social prestará asistencia médica por maternidad a la esposa o compañera permanente del afiliado y asistencia pediátrica a los hijos de ésta hasta los seis meses de edad, mediante el pago de tarifas económicas especiales".

Las estadísticas suministradas por la asociación Colombiana de facultades médicas del siglo XIV Centro Nacional de

población y III de vivienda (Dane), se refiere a la población femenina de 15 años y más, por número de hijos nacidos vivos según el estado civil.

9.4. INDEMNIZACION DE PERJUICIO A FAVOR DEL CONCUBINO SUPERSTITE

El concubino o concubina superstite, está legitimado para demandar y obtener indemnización de los daños y perjuicios causados a su conviviente marital, o por lo menos, los causales al superstite con la muerte de su amante.

Para tales eventos, cabe precisar en que consiste la responsabilidad y sus clases.

Los elementos del daño y la responsabilidad misma, la legitimación para obtener la reparación del daño.

En tratándose de responsabilidad podemos clasificarla de tres formas:

9.4.1. LA MORAL

Entendiéndose por esta como la ciencia normativa que establece las reglas que deben regir y a las que debe ajustarse la conducta del hombre para realizar o aproximarse a la conducta ideal.

9.4.2. LA PENAL

cuando hay trasgresión del derecho ajeno en virtud de la violación de las normas de conducta externa que garantiza la estabilidad social, aparece la responsabilidad penal, cuya consecuencia es la pena, independientemente de la indemnización por el perjuicio causado.

9.4.3. LA CIVIL

Ésta resulta cuando un perjuicio afecta sólo los intereses de una persona, por la violación de la obligación impuesta por un contrato o acto puramente privado. En cuanto al daño y sus elementos podemos establecer que toda persona tiene un conjunto de atributos orgánicos, mentales, sociales, económicos y morales afectivos, etc. Cuando el daño afecta en forma física al patrimonio económico, resulta el daño material y cuando el objeto del daño es el patrimonio moral se presenta el daño moral. Para que el daño o perjuicio sea demandable y reparable, deben existir, cuando menos, los siguientes elementos:

La existencia de un daño o perjuicio cierto y determinado
la existencia de un vínculo de causalidad entre el dolo, la culpa o la preterintención del sujeto causante y el daño o perjuicio sufrido.

Está legitimado el concubino superstite para obtener la indemnización o reparación del daño o perjuicio sufrido con la muerte causada a su concubino?

A éste interrogante responden en forma tangente dos tesis

opuestas:

9.4.3.1. TESIS DE LA INMORALIDAD

Conforme a esta tesis, para que el perjuicio sea indemnizable se requiere que la relación jurídicamente protegido, debe ser lícito y moral.

Cuando la concubina demanda reparación, invoca el atentado contra una situación ilícita o inmoral, que si no siempre reprime el derecho penal, es por lo menos contraria a las reglas fundamentales del derecho civil que gobierna la organización de la familia.

El interés invocado por la concubina no es pues, un interes legítimo, respetable, por tanto, la ley no podría proteger lo. Ninguna acción judicial puede ejercitarse si no se apo ya en una causa legítima.

EL CONCUBINATO, apariencia de matrimonio, puede producir algunos efectos respecto de los terceros a quienes engaña esa apariencia, pero no podría, como lo han demostrado claramente Josserand producir ninguna en provecho de los eman cebados, creadores de la apariencia. A la concubina puede oponersele el aforismo: nemo aditur propiam turpitudinem a negans. He aquí porqué debe rechazarse la acción de la con cubina, basando ese rechazo en la inmoralidad de la situa ción lesionada.

En esta forma armonizan los perjuicios jurídicos y las ra

zones de órden moral y social; la unión libre es una institución peligrosa para la sociedad y contraría a las buenas costumbres; sería funesto garantizar a la concubina cualquier protección (13)

"Considerando que el concubinato, en todas sus circunstancias, cualquiera que sean sus modalidades y su duración, sigue siendo una situación de hecho que no podría ser generadora de derechos en provecho de los emancipados y respecto de terceros; haciendo la consideración que las relaciones establecidas por el concubinato no pueden, a causa de su misma irregularidad, ostentar el valor de intereses legítimos, jurídicamente protegidos, que, susceptibles de crear obligaciones a cargo de los emancipados, son incapaces de conferirles derechos en contra de otro, y sobre todo contra el autor responsable del accidente sobrevenido a uno de ellos."(14)

Además no existe norma positiva alguna que proteja el interés del matrimonio aparente, por lo que la concubina es desplazada por cualquier pariente del concubino fallecido, pues carece ella de toda vocación hereditaria.

9.4.3.2. TESIS DE LA INDEMNIZACION

Como fundamento de estas tesis se encuentran:

(13) Henry y Leon Mazzeand, tratado de la responsabilidad civil pagina 143.

(14) Henry y León Mazzeand, pagina 144

Las leyes de las siete partidas que se ocuparon de " las otras mujeres que tienen los amos que son de bendiciones" y a ellas les concedieron vocación hereditaria hasta por una duodécima parte del acervo hereditario.

Si la sola posesión pacífica é ininterrumpida de las cosas produce derechos y obligaciones, pués ellos conducen a la usucapión o prescripción adquisitiva, con mayor razón la comunidad de vida estable formada por los concubinos. La unión y vida concubinaría tiene una duración estable y fecunda, en todos los campos, aún en el puramente moral y afectivo.

Así como toda persona que ha ocasionado daño a otra está obligado a indemnizarlo, es mandato expreso del derecho positivo (artículo 2.341 del C.C.) toda persona que soporte un daño o resulte damnificado tiene derecho a ser reparado.

La ley no hace discriminación alguna. Como podemos observar conforme a esta tesis, no existe razón lógica para negar el derecho al concubino superstite para ser indemnizado en el daño recibido por la muerte de su concubina.

10. SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO QUE RECONOCE
DERECHOS A LA CONCUBINA POR MUERTE ILICITA DE
SU CONCUBINO

El Consejo de Estado reconoce al concubino superstite el derecho a ser indemnizado por el daño causado por la muerte provocada a su concubino en actividad del Estado bajo dos condiciones:

- 10.1. QUE HAYA EXISTIDO EL CONCUBINATO ESTABLE Y NOTORIO
- 10.2. QUE NO EXISTA CONYUGE LEGITIMO DEL CONCUBINATO PRE MUERTO.
- 10.3. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN LO CONCERNIENTE A LA MUERTE DE SU CONCUBINO

"Los perjuicios tanto materiales como morales no son de la sucesión del muerto, porque nunca estuvieron en el patrimonio de éste, sino que corresponde a título de indemnización a los que hayan sufrido, tales perjuicios por la muerte". (Título LIV Bis número 1.942 Casación de octubre 20 de 1.942 M.P. Dr, Liborio Escallón, Página 183).

10.3.1. Con fundamento en el principio de derecho universalmente aceptado, según el cual quien con falta cause perjuicio a otro está en el deber de reparárselo, la legislación Colombiana consagra en el título 34 del libro 4o. del código civil la responsabilidad por delitos y las culpas. De acuerdo con dicha norma positiva, quien por sí o por medio de sus agentes cause a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, queda jurídicamente obligada a resarcirlo; y según los principios reguladores de la carga de la prueba, quien en tal supuesto, demande la indemnización corre con el deber de demostrar, por regla, el daño padecido, el hecho intencional o culposo del demandado y la relación de causalidad entre el proceder o la omisión negligente de éste y el perjuicio sufrido por aquel.

La ley positiva, la jurisprudencia y la doctrina del unir se dicen que el perjuicio es uno de los elementos esenciales constitutivos de la RESPONSABILIDAD CIVIL, sin cuya existencia y demostración no nace a la vida jurídica la obligación indemnizatoria.

Apenas, si parece verdad afirmar que el daño es la base o punto de partida de toda acción reparatoria, porque traduciéndose la responsabilidad civil en obligación de resarcir, lógicamente no puede concretarse donde nada hay que reparar.

Tratándose de responsabilidad civil generada por delitos

o culpas que causen daño en las cosas, el artículo 2.342 del C.C. señala las personas que por ser damnificadas pueden pedir indemnización de perjuicios. El propietario o poseedor de la cosa dañada o averiada, el usufructuario, habitador, usuario o aún el simple tenedor. Contempla esta disposición legal, las diversas maneras como puede vincularse el derecho a las cosas, en forma que la situación jurídica que se invoca, a la vez que legitima el interés personal del demandante, dá base inmodificable para determinar el alcance de la indemnización.

De allí que cuando alguien demanda el resarcimiento de un daño sufrido en cosa suya sobre la cual afirma haber tenido o tener algún derecho, les corresponde, por mandato legal contenido en el citado artículo 2.342, no solamente identificar la cosa objeto del daño y probar éste, sino además determinar el derecho que tenía sobre ese bien y como es apenas obvio acreditar la existencia de ese derecho, sobre el cual a la postre recae el daño.

Pudiendo ser diversa en su alcance é intensidad, la forma en que se incluye en el patrimonio de quienes presenta como víctima del daño causado en una cosa, es lógico e indispensable que el demandante de la indemnización determine su posición jurídica respecto de la cosa dañada, indicando en su libelo la calidad con que pide y las demás condiciones de existencia de la responsabilidad civil que demanda. Esta determinación en estos casos uno de los fun

damentos de derecho que ha de expresar todo demandante y constituye unos de los presupuestos inmodificables para el desarrollo del litigio.

Tal exigencia se justifica, además, porque sólo ante una clara determinación de la calidad jurídica con que se acciona y la plena prueba de ella, puede el juez vincular al responsable de la reparación del daño con la verdadera víctima de éste. Sólo así la reparación del daño será un pago legítimo, hecho al verdadero acreedor (C.S. de J. Sentencia de Octubre 22 de 1.982 en ordinari de Nicolas Ariza contra la Caja de Crédito Agrario M.P. Dr. Humberto Murcia Ballén, protocolo 4o trimestre página 214

10.4. LA CONCUBINA SUSTITUYE A LA CONYUGE POR LA MUERTE ILICITA DEL CONCUBINO

La conclusión que se impone es que la concubina a causa de la muerte ilícita del concubinario, y obviamente, siempre que existan hijos, tiene un derecho protegido por las leyes orgánicas de la defensa del niño, el cual resulta vulnerado y es el fundamento el de la accionar contra los responsables del acceso, por el monto de lo recibido a título de alimento y hasta cuando el último de los hijos cumpla la mayoría de edad o hasta la posible supervivencia del concubinario.

En síntesis, en otras palabras: en este caso la concubina ocupa el lugar que le corresponde a la cónyuge legítima.

CONCLUSION

La institución del concubinato es tan vieja y antigua como la existencia de la familia misma, de allí lo interesante que es abordar un tema como éste. Es menester sacar los apartes más trascendentales, como son:

1o. En lo concerniente a los bienes, civilmente los concubinos son considerados como personas independientes con ocasión a la no existencia de parentesco, ni vínculo matrimonial que los una, cada uno puede disponer libremente de sus bienes, sin necesitar la opinión ni el consentimiento del otro, claro está que hay que tener en cuenta que si uno de ellos desea adquirir un determinado bien, sin la intervención del otro, puede hacerlo, pero si el otro de cualquier manera interviene o contribuye en la adquisición podría presentarse dos situaciones, una en calidad de socios en una sociedad de hecho, se reglamentaría por las normas del código de Comercio, considerándose como una actividad mercantil. La otra, sería en el evento en que el uno trabaje para el otro, ya se estaría ante una situación de índole laboral, por la dependencia y subordinación, teniendo que resolver por la vía laboral propiamente dicha.

En el evento en que no se configure una situación de naturaleza mercantil ni una laboral, pero haya una mutua relación y colaboración para la creación de un capital determinado, éste pasaría a los herederos cuando uno fallezca o ambos, todo esto teniendo en cuenta que no exista un acto jurídico eficaz y completo en que aquel haya dispuesto el traspaso de él o los bienes que habían adquirido. La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han emitido fallos reiterados en donde le atribuyen al otro concubino su porción de bienes en los casos en que se demuestre la existencia de una relación laboral por el cuidado y dedicación del uno hacia el otro, mediante la correspondiente acción laboral específica. Y el otro en concurrencia del cónyuge cuando se prueba que éste incurrió en una causal de desheredamiento, por muerte o lesión grave.

2o. En lo que se relaciona a la filiación de los hijos sobrenidos de la unión concubinaría, una vez reconocidos por los padres, ya sea presentando un acta de nacimiento donde así lo estipule, mediante una prueba testimonial o a través de un proceso de filiación con la sentencia a su favor, son considerados como hijos naturales o extramatrimoniales según lo expresa la ley 29 de 1.982, que le otorgó iguales derechos y obligaciones.

Si se trata de filiación en sentido laboral, en que uno o ambos padres trabajen en una empresa o entidad, las leyes laborales le dan el mismo tratamiento como si fuera legítimos.

3o. En lo tocante a las obligaciones alimentarias entre los concubinos, hay que descartar la posibilidad que exista obligación alguna, porque el artículo 411 del código civil y demás normas consagran la modalidad de cónyuge y en ningún aparte deja cabida a la o el concubino.

4o. En lo referente a la sociedad de hecho o unión libre, cabe tener en cuenta los factores que generan este fenómeno como son:

a) La crisis de la institución matrimonial, más que todo el católico, por cuanto no existe divorcio en esta clase de vínculo, entonces una pareja de personas ven más difícil la posibilidad de quitarse el vínculo en caso que no puedan convivir por cualquier causa, teniendo que acudir a la separación de bienes y cuerpo ante los jueces civiles. Queda una sola posibilidad de destruir dicho vínculo que es las llamadas nulidades, pero presentan el inconveniente de tener que instaurar la respectiva acción ante los tribunales eclesiásticos, que dicho sea de paso, es más larga, difícil y costosa.

b) Las dificultades de índole económicas, laborales, sociales, morales y éticas, crean un estado de alteración e inconformismo entre los concubinos, llevándolas al extremo de tener que separarse definitivamente con el transcurso del tiempo. Ellos ven en la unión libre más facilidad para disponer de su voluntad.

5o. Si de indemnización por perjuicios se trata, debemos tener en cuenta que cualquier daño o perjuicio que le ocasione un concubino al otro, está en la obligación de repararlo, pero no por ser concubinos sino por ser persona individual, quedando la situación reglamentada por las normas de derecho civil en materia de obligaciones.

6o. En cuanto a la alternativa que un concubino trabaje en una empresa o entidad oficial o privada, las leyes laborales contemplan los siguientes derechos:

- a) Auxilios médicos y hospitalarios por maternidad.
- b) Sustitución pensional por vejez o invalidez, a falta de cónyuge legítima o cuando ésta ha perdido los derechos por otro matrimonio, por causal de separación o por haberse convertido, a su vez en concubina.
- c) Desde el año de 1.940 puede obtener los derechos de la esposa legítima, como reconocimiento extralegal así se estipula en la correspondiente convención colectiva de trabajo.

BIBLIOGRAFIA

CAÑON RAMIREZ, Pedro Alejo "Sociedad conyugal y concubinato" Editorial A.B.C. Bogotá 1.983.

COLMENARES FACCHINI, Mon Horten "Régimen Patrimonial de la sociedad conyugal en Colombia" Editorial Wilches Bogotá 1.981

MONRROY CABRA, Marco Gerardo "Derecho de Familia" Editorial Wilches Bogotá 1.982.

MORALES OSPINA, Jaime "Derecho de Familia" Editorial El decálogo Bogotá 1.984.

MEDELLIN J, Carlos, " Lecciones elementales de derecho Romano" Editorial Temis Bogotá 1.977

VALENCIA ZEA, Arturo "Derecho de Familia" Editorial Temis Bogotá 1.986.