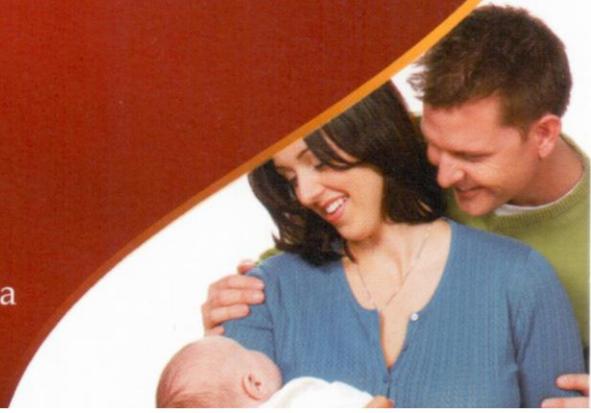


MATRIMONIO Y UNIÓN MARITAL

República de Colombia



**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA
PARA EL ÁREA DE FAMILIA**

MATRIMONIO Y UNIÓN MARITAL

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidenta

CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“ RODRIGO LARA BONILLA ”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

FARIDY JIMÉNEZ VALENCIA

**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA
PARA EL ÁREA DE FAMILIA**

MATRIMONIO Y UNIÓN MARITAL

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”**

ISBN 978-958-8331-43-0

FARIDY JIMÉNEZ VALENCIA, 2007

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No. 11 - 96 pisos 6 y 7

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: Diciembre de 2007

Con un tiraje de 1000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero
y Luz Amparo Serrano Quintero

Diseño editorial: Grafi-Impacto Ltda.

Impresión: Grafi-Impacto Ltda.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO PARA EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA EN EL ÁREA DE FAMILIA

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área de Familia**, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados incorporados al **Área de Familia**, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y cuya autora **Faridy Jiménez Valencia, integrante del grupo de trabajo de este programa de la Universidad Sergio Arboleda**, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área de Familia**.

El módulo **Matrimonio y Unión Marital** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por la autora, fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones, la autora complementó su trabajo para presentar un texto que

respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Jueces y Juezas Colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí

que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, fiscales y procuradores, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener

un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo recorrido del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “learning societies”, *organizaciones que aprenden* “learning organizations”, y *redes de aprendizaje* “learning networks”.¹ Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las

¹ *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos, con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los

contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes fases:

Fase I. *Reunión inicial.* Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual.* Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo.* Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio.* Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías.* Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas Jueces, Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial.* Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño

laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta fase en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas.* Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación.* De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación.* Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá

en cuenta que se encuentra inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área de Familia**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área de Familia**, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11 – 96 piso 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujudcendoj@ramajudicial.gov.com, que contribuirán a la

construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área de Familia.**

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
1. FUNDAMENTOS INTERNACIONALES Y CONSTITUCIONALES DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA	27
1.1. INTRODUCCIÓN	28
1.2. FUNDAMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y SUS MIEMBROS	29
1.2.1. Normas internacionales	29
1.2.2. Declaración Universal de Derechos Humanos	30
1.2.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales	31
1.2.4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	32
1.2.5. Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer	32
1.2.6. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	34
1.2.7. Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada	37
1.2.8. Convención sobre los Derechos Políticos de la mujer	38
1.2.9. Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios	39
1.2.10. Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios	39
1.3. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA	42
1.3.1. Aspectos generales	42
1.3.2. Fundamentos constitucionales del matrimonio y las uniones maritales de hecho	45
1.3.2.1. La familia originada por vínculos jurídicos o naturales: el matrimonio y la unión marital de hecho	45
1.3.2.2. Protección constitucional al matrimonio y a la familia	52
1.3.2.3. Diferencias entre el contrato de matrimonio y la unión marital de hecho	54

1.3.2.4. El derecho a la igualdad	57
1.3.2.5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad	61
1.3.2.6. El derecho a la intimidad	63
1.3.2.7. El derecho a la libertad de cultos y de religión	65
1.3.2.8. El derecho a casarse y el derecho a no casarse	68
1.4. REGULACIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO	68
1.4.1. Evolución de la legislación matrimonial en Colombia	69
1.4.2. Generalidades relativas al matrimonio en el derecho colombiano	72
1.5. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE	
CONSTITUCIONAL RELATIVAS AL MATRIMONIO	73
1.5.1. Corte Constitucional, sentencia 027 de 1993. Magistrado ponente: Simón Rodríguez Rodríguez. Concordato	73
1.5.2. Corte Constitucional, sentencia c- 456 de 1993. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. De los efectos civiles de los matrimonios religiosos	75
1.5.3. Corte Constitucional, sentencia c – 082 de 1999. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. El adulterio de la mujer como causal de nulidad del contrato de matrimonio	77
1.5.4. Corte Constitucional, sentencia c 112 de 2000. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. El juez competente para la celebración del matrimonio	78
1.5.5. Corte Constitucional, sentencia c 007 de 2001, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. De la mujer raptada como causal de nulidad	79
1.5.6. Corte Constitucional, sentencia c – 271 del 2003. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Del conyugicidio	81
1.5.7. Corte constitucional, sentencia c - 482 de 2003. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra. De la adopción	82
1.5.8. Corte Constitucional, sentencia c - 507 de 2004. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinoza. Edad para contraer matrimonio.	84
1.5.9. Corte Constitucional, sentencia c-821 de 2005. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. De las relaciones sexuales extramatrimoniales	86
1.6. PROTECCIÓN JURÍDICA A LAS PAREJAS DE HOMOSEXUALES	87
1.7. CONCLUSIONES	96
1.8. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	100
1.8.1. Preguntas de reflexión	100
1.8.2. Talleres	102

1.8.2.1. Taller 1: Normas internacionales	102
1.8.2.2 Taller 2: El Código de Policía y los principios de protección a la familia y sus miembros.	102
1.8.2.3 Taller 3: Normas constitucionales colombianas	102
1.8.2.4. Taller 4: Status de las decisiones del Comité de Derechos Humanos en la jurisprudencia constitucional colombiana	102
1.9 AUTOEVALUACIÓN	105
1.10 BIBLIOGRAFÍA BÁSICA	105
 2. LA UNIÓN MARITAL DE HECHO: EFECTOS DE ORDEN PERSONAL Y PATRIMONIAL. DESARROLLOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES	109
2.1. INTRODUCCIÓN	110
2.2 ANTECEDENTES	111
2.2.1. Antecedentes legales	111
2.2.2 Antecedentes jurisprudenciales	117
2.2.3 Regulación jurídica de las uniones maritales de hecho	118
2.2.3.1 Aspectos generales	118
2.2.3.2. Derechos y obligaciones de los compañeros permanentes	123
2.2.3.3. De los compañeros permanentes y el derecho a la sustitución pensional	123
2.2.3.4. De los compañeros permanentes, el deber constitucional de prestar servicio militar y el derecho a ser eximido de este	137
2.2.2.1 Sociedad de hecho entre concubinos	156
2.2.2.2 Contrato de trabajo en relación concubinaria	157
2.2.2.3 Acción de enriquecimiento sin causa (actio in rem verso)	158
2.3. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS UNIONES MARITALES DE HECHO	159
2.3.1 Aspectos generales	159
2.3.2 En cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo	161
2.4. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS UNIONES DE HECHO	164
2.4.1 La calificación jurídica de hecho jurídico	165
2.4.2 La calificación jurídica de acto jurídico	165
2.5 DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO	166
2.6. REQUISITOS	167
2.6.1 Heterosexualidad o diversidad de sexos	167
2.6.2 Singularidad de los extremos	168

2.6.3	Los compañeros permanentes no pueden estar casados	169
2.6.4.	Comunidad de vida	170
2.6.5	Permanencia de vida	171
2.7	EFFECTOS JURÍDICOS	172
2.7.1	Efectos de orden personal	172
2.7.2.	Los de orden personal	173
2.7.3.	Efectos patrimoniales	175
2.8	RÉGIMEN PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES	180
2.8.1	Normas del código civil aplicables a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.	180
2.8.2	Capitulaciones maritales	181
2.8.3	El haber de la sociedad patrimonial	183
2.8.4	La administración de la sociedad patrimonial	184
2.8.5	Causales de disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.	185
2.8.6	Liquidación de la sociedad patrimonial dentro del proceso de sucesión.	186
2.9	EL RÉGIMEN PENSIONAL	188
2.10	RÉGIMEN SUCESORAL	192
2.11	LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	192
2.11.1	Primera línea: plantea el problema de si ¿es para la Corte suprema de justicia, el concubinato equiparable a la Unión marital de hecho en sus efectos patrimoniales y jurídicos?	194
2.11.1.1	Sentencias de la corte relacionadas con el problema jurídico	194
2.11.1.2	Gráfica de la línea jurisprudencial	219
2.11.1.3	Subreglas	221
2.11.2.	La segunda línea gira en torno al segundo problema:	222
2.11.2.1	Sentencias de la corte relacionadas con el segundo Problema jurídico	222
2.11.2.2	Gráfica de la segunda línea jurisprudencial	234
2.11.2.3	Subreglas	235
2.12	Conclusiones	235
2.13	ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	237
2.13.1.	Preguntas de reflexión	237
2.13.2.	Talleres	239
2.13.2.1.	Taller 1: Matrimonio y unión marital de hecho. Semejanzas	239

2.13.2.2. Taller 2: Matrimonio y unión marital de hecho. Diferencias	240
2.14 AUTOEVALUACIÓN	241
2.15. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA	242
 3. ASPECTOS PROCESALES DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO	 247
3.1. INTRODUCCIÓN	248
3.1.1 La aplicación de la ley en el tiempo	248
3.1.2 Las acciones	249
3.2 DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL COMO REQUISITO PARA PEDIR DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD PATRIMONIAL	249
3.3. DIFERENCIAS ENTRE EL PROCESO DE EXISTENCIA Y EL PROCESO DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES PATRIMONIALES	252
3.4. PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL.	253
3.4.1 Términos	254
3.4.2 Medidas cautelares	255
3.4.3 Competencia del juez	256
3.4.4 Titulares de la acción	257
3.4.5 Prescripción	257
3.4.6 Valor del interés para recurrir en casación	259
3.4.7 Legitimación del compañero o la compañera permanente para reclamar en casos de responsabilidad civil extracontractual	260
3.4.8 Conflictos de competencia entre jurisdicción de familia y jurisdicción civil respecto al conocimiento en casación de la existencia, disolución y liquidación de sociedades de hecho y sociedades patrimoniales.	262
3.4.9 Conclusión	263
3.5. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	264
3.5.1. Preguntas de reflexión	264
3.5.2. Talleres	264
3.5.2.1. Taller 1: Sociedad conyugal y sociedad patrimonial de hecho. Diferencias.	264
3.5.2.2. Taller 2: Sociedad conyugal y sociedad patrimonial de hecho. Semejanzas.	265

3.5.2.3. Taller 3: Liquidación de sociedad patrimonial de hecho por el procedimiento notarial.	266
3.5.2.4. Taller 4: Procedimiento de liquidación de sociedad patrimonial de hecho ante la jurisdicción de familia	266
3.6. AUTOEVALUACIÓN	266
3.7. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA	269
4. BIBLIOGRAFIA GENERAL	273
ANEXOS	287
Anexo 1: Caso integrador	287
Anexo 2: Glosario	289
Anexo 3: Legislacion relevante en relación con las uniones maritales de hecho en el derecho colombiano	296

CONVENCIONES

Ae	<i>Autoevaluación</i>
Ap	<i>Actividades pedagógicas</i>
B	<i>Bibliografía</i>
G	<i>Glosario</i>
Qe	<i>Objetivos específicos</i>
Qg	<i>Objetivo general</i>

Unidad 1

FUNDAMENTOS INTERNACIONALES Y CONSTITUCIONALES DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Qg

Mediante el estudio de esta primera unidad del módulo, usted podrá examinar los fundamentos internacionales y constitucionales que sustentan el matrimonio y las uniones maritales de hecho, así como los tipos de familia que tienen protección internacional y constitucional. Valorar la estrecha relación existente entre familia, matrimonio y unión marital de hecho

Qe

- *Identificar los instrumentos internacionales de derechos humanos relacionados con la protección a la familia y sus miembros.*
- *Determinar los alcances de los principios constitucionales relacionados con la familia y con sus miembros.*

1.1. INTRODUCCIÓN

En nuestros días, cualquier análisis de la situación jurídica de Colombia encuentra un punto de referencia obligado en la Constitución de 1991. Su entrada en vigor supuso de inmediato importantes cambios, a causa de su directa eficacia normativa, y desencadenó, simultáneamente, un proceso de renovación de todo el ordenamiento, habida cuenta de los numerosos mandatos dirigidos al legislador ordinario para que plasmara los principios constitucionales en disposiciones de rango inferior. No obstante, con la razón coyuntural de índole política concluye confluye también la necesidad de dictar nuevas leyes en consonancia con las transformaciones experimentadas por la sociedad colombiana a partir de los años ochenta, y que cabe situar en unas coordenadas más amplias, dentro del fenómeno generalizado de reformas legislativas emprendidas en los países latinoamericanos en el siglo XXI.

En forma particular, en Colombia, con la Constitución Política de 1991, se otorga especial importancia a la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”, de tal manera que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. Ahora las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. En este sentido, la Carta Política otorga a la familia un tratamiento privilegiado como uno de los temas centrales del derecho constitucional y, consecuentemente, dedica un amplio conjunto de preceptos orientados a legitimar las distintas formas de familia, reconocer sus derechos de rango fundamental –derechos del grupo familiar como tal–, establecer un modelo de relaciones entre sus miembros, identificar la terminación de la vida familiar, reconocer una jurisdicción especial para la familia, entre otros.

Es relevante, la labor de la Corte Constitucional colombiana en la interpretación de los principios constitucionales de la familia, en la articulación de estos principios con la realidad sociológica de la familia, y en la aplicación por parte de los jueces de las jurisdicciones de familia, civil, laboral y penal de estos principios, que sin lugar a dudas, han hecho posible la constitucionalización del derecho de familia en el ordenamiento jurídico colombiano.

En la presente unidad se examinarán los fundamentos internacionales y constitucionales de protección a la familia y sus miembros, lo cual nos permitirá identificar los avances y retrocesos de la institución familiar, especialmente el matrimonio y las uniones maritales de hecho, desde una perspectiva jurídica.

1.2. FUNDAMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y SUS MIEMBROS

1.2.1. Normas internacionales

Algunas de las normas internacionales que regulan el derecho a la familia son la Declaración Internacional de los Derechos Humanos en su artículo 16; la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 17; los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus artículos 10 y 16; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 16, y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en sus artículos 5 y 16.

La normatividad internacional desarrolla tres facetas al respecto de los derechos de la persona y la familia: en primer lugar se reconoce el derecho del individuo a fundar una familia; en segundo lugar, se reconoce el derecho de la familia a recibir protección por parte del Estado y, por último, la normatividad sobre la familia, consagra el principio de igualdad entre sus miembros como manifestación del principio de igualdad entre el hombre y la mujer.

Es importante diferenciar el derecho a fundar una familia del derecho a casarse. El primero de ellos es un derecho humano reconocido en varios pactos internacionales y tiene que ver con la posibilidad de formar una comunidad de vida con otra persona y con los hijos/as que los miembros de esta comunidad decidan o no tener. El matrimonio, en cambio, es sólo una forma de constituir familiar. Por ende, el derecho a formar una familia puede ejercerse de diversas formas. En Colombia, se reconoce la unión marital de hecho y en otros países existen los pactos de asociación civil reconocidos tanto para heterosexuales como para homosexuales.

Con respecto al derecho a casarse, tal normatividad internacional considera que es un derecho de todo hombre y toda mujer bajo dos restricciones: la edad mínima y el mutuo consentimiento. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en el artículo 16 dice:

“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad nubil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y

fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Con respecto a la edad mínima, aunque no está consagrada expresamente por las normas internacionales, existe una tendencia a proponer que cualquiera de los contrayentes no sea menor de 18 años de edad. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, Principio II, resolución 2018 dijo “(...) El Comité considera que la edad mínima para contraer matrimonio debe ser de 18 años tanto para el hombre como para la mujer. Al casarse, ambos asumen importantes obligaciones. En consecuencia, no debería permitirse el matrimonio antes de que hayan alcanzado la madurez y la capacidad de obrar plenas”.

En cuanto al requisito del libre consentimiento de los cónyuges, señala el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que “El derecho a elegir su cónyuge y la libertad de contraer matrimonio son esenciales en la vida de la mujer y para su dignidad e igualdad como ser humano” ¹. De hecho, en el ámbito internacional existe una diferencia en cuanto a las familias formadas por personas del mismo sexo. No obstante, dicha diferencia afecta únicamente el derecho a contraer matrimonio y no al derecho a fundar una familia, puesto que este último se garantiza sin ninguna clase de diferenciación.

A continuación se presenta un análisis de cada uno de los instrumentos internacionales orientados a la protección de la familia y de sus miembros:

1.2.2. Declaración universal de derechos humanos

-Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de Diciembre de 1948

¹ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), recomendación No. 21

-Objetivo: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, (...) La Asamblea General proclama la presente declaración de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse (...) y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción".

Gráfico 1

Artículos	Extracto	Tema	Sujetos	Bien Jurídico Tutelado
Art. 16	<p>“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad nubil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.</p> <p>2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.</p> <p>3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.</p>	<p>-Derecho a formar familia -Consentimiento de los cónyuges. -Protección de la sociedad y del Estado a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad.</p>	<p>-Hombres y mujeres -Cónyuges</p>	<p>-Libertad de expresión -Libre desarrollo de la personalidad -Derecho a formar familia</p>
Art. 25	<p>“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.</p> <p>2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.</p>	<p>-Nivel de vida digno para los miembros de la familia -Derecho a cuidado y asistencia especial para la maternidad e infancia -Niños con derecho a igualdad de protección social</p>	<p>-Madres -Niños -Miembros de la familia</p>	<p>-Vida digna -Derecho a la igualdad</p>

1.2.3. Pacto internacional de derechos económicos, sociales, y culturales

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de Diciembre de 1996

- Entra en vigor el 3 de Enero de 1976, de conformidad con el artículo 27

-Objetivo: "Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables (...) Comprendiendo que el individuo por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto". (ver gráfico 2)

1.2.4. Pacto internacional de derechos civiles y políticos

-Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de Diciembre de 1966

-Entra en vigor: el 23 de Marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49

-Objetivo: "Conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, (...) con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales, (...) por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto". (ver gráfico 3)

1.2.5. Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer

-Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de Noviembre de 1967 (Resolución 2263 (XXII)

-Objetivo: "Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en dicha Declaración, sin distinción alguna, incluida la distinción por razón de sexo, (...) Considerando que la discriminación contra la mujer es incompatible con la dignidad humana y con el bienestar de la familia y de la sociedad, impide su participación en la vida política, social, económica y cultural de sus países en condiciones de igualdad con el hombre, y constituye un obstáculo para el pleno desarrollo de

Gráfico 2

Artículos	Extracto	Tema	Sujetos	Bien Jurídico Tutelado
Art. 10	<p>“1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Familia como elemento fundamental y natural de la sociedad -Educación a hijos -Libre consentimiento de los cónyuges -Protección a las madres antes y después del parto -Protección y asistencia a niños y adolescentes 	<ul style="list-style-type: none"> -Miembros de la familia -Hijos -Cónyuges -Madres -Niños -Adolescentes 	<ul style="list-style-type: none"> - Protección al núcleo familiar -Libre consentimiento (Libertad de expresión)
Art. 11	<p>“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Derecho a la familia con cooperación internacional . -Protección contra el hambre 	<ul style="list-style-type: none"> -Miembros de la familia 	<ul style="list-style-type: none"> -Derecho a la familia (alimentación, vestido, vivienda...) -Libre consentimiento -protección contra el hambre

Gráfico 3

Artículos	Extracto	Tema	Sujetos	Bien Jurídico Tutelado
Art. 23	“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.	<ul style="list-style-type: none"> -Familia como elemento fundamental y natural de la sociedad -Libre consentimiento de los cónyuges -Protección a las madres antes y después del parto -Protección y asistencia a niños y adolescentes -Responsabilidades durante y en el momento de la disolución del matrimonio 	<ul style="list-style-type: none"> -Miembros de la familia -Cónyuges -Hijos 	<ul style="list-style-type: none"> - Protección al núcleo familiar por la sociedad y el Estado -Libre consentimiento (Libertad de expresión) -Derecho a formar una familia - Igualdad de derechos y de responsabilidades -Protección a los hijos en caso de disolución del matrimonio
Art. 24	“1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.	-Protección a los niños	-Niños	<ul style="list-style-type: none"> -Derechos del niño -Derecho al nombre -Derecho a la Nacionalidad

las posibilidades que tiene la mujer de servir a sus países y a la humanidad, Teniendo presente la importancia de la contribución de la mujer a la vida social, política, económica y cultural, así como su función en la familia y especialmente en la educación de los hijos, Convencida de que la máxima participación tanto de las mujeres como de los hombres en todos los campos es indispensable para el desarrollo total de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz, Considerando que es necesario garantizar el reconocimiento universal, de hecho y en derecho, del principio de igualdad del hombre y la mujer”. (ver gráfico 4)

1.2.6. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

-Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/ 180, de 18 de Diciembre de 1979

Gráfico 4

Artículos	Extracto	Tema	Sujetos	Bien Jurídico Tutelado
Art. 5	“La mujer tendrá los mismos derechos que el hombre en materia de adquisición, cambio, o conservación de una nacionalidad. El matrimonio con un extranjero no debe afectar automáticamente la nacionalidad de la mujer, ya sea convirtiéndola en apátrida o imponiéndole la nacionalidad de su marido.	- Adquisición, cambio, o conservación de una nacionalidad. -Matrimonio con extranjero	-Hombre -Mujer -Extranjeros	-Derecho a la igualdad
Art. 6	“1. Sin perjuicio de la salvaguardia de la unidad y la armonía de la familia, que sigue siendo la unidad básica de toda sociedad, deberán adoptarse todas las medidas apropiadas, especialmente medidas legislativas, para que la mujer, casada o no, tenga iguales derechos que el hombre en el campo del derecho civil y en particular: a) El derecho a adquirir, administrar y heredar bienes y a disfrutar y disponer de ellos, incluyendo los adquiridos durante el matrimonio; b) La igualdad en la capacidad jurídica y en su ejercicio; c) los mismos derechos que el hombre en la legislación sobre circulación de las personas. 2. Deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para asegurar el principio de la igualdad de condición del marido y de la esposa, y en particular: a) La mujer tendrá el mismo derecho que el hombre a escoger libremente cónyuge y a contraer matrimonio sólo mediante su pleno y libre consentimiento; b) La mujer tendrá los mismos derechos que el hombre durante el matrimonio y a la disolución del mismo. En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial; c) El padre y la madre tendrán iguales derechos y deberes en lo tocante a sus hijos. En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial. 3. Deberán prohibirse el matrimonio de niños y los esponsales de las jóvenes antes de haber alcanzado la pubertad y deberán adoptarse medidas eficaces, inclusive medidas legislativas, a fin de fijar una edad mínima para contraer matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.	- Medidas legislativas, para que la mujer, casada o no, tenga iguales derechos que el hombre en el campo del derecho civil -Goce de bienes incluso los adquiridos durante el matrimonio -Igualdad en capacidad jurídica de la mujer -Libre consentimiento para escoger la pareja -Igualdad de derechos durante y después del matrimonio -Igualdad de derechos entre padre y madre respecto a los hijos -Prohibición de matrimonio si no se ha cumplido edad mínima	-Mujer -Familia -Hijos -Esponsales	-Armonía de la familia -Derecho a la igualdad -Libre consentimiento -Capacidad de contraer matrimonio

-Entrada en vigor: 3 de Septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1)

-Objetivo: “Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo

para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad, convencidos de que la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz, Teniendo presentes el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto (...)".

Gráfico 5

Artículos	Extracto	Tema	Sujetos	Bien Jurídico Tutelado
Art. 16	<p>"1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrio y su pleno consentimiento; c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso. 2. No tendrán ningún efecto jurídico los esposales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Condiciones de igualdad entre hombres y mujeres en asuntos relacionados a la familia - Libertad de decisión respecto a la familia, número de hijos - Igualdad de responsabilidades - Igualdad entre cónyuges - Obligatoriedad de la inscripción del matrimonio en un registro oficial - Requisito de edad para contraer matrimonio 	<ul style="list-style-type: none"> -Hombre -Mujer -Hijos -Esponsales 	<ul style="list-style-type: none"> -Derecho a la igualdad -Libertad de elección de la pareja

1.2.7. Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada

-Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 1040 (XI), de 29 de enero de 1957

-Entrada en vigor: 11 de Agosto de 1958, de conformidad con el artículo 6

-Objetivo: "Reconociendo que surgen conflictos de ley y de práctica en materia de nacionalidad a causa de las disposiciones sobre la pérdida y la adquisición de la nacionalidad de la mujer como resultado del matrimonio, de su disolución, o del cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, reconociendo que, en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó que "toda persona tiene derecho a una nacionalidad" y que "a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad" (...)"

Gráfico 6

Artículos	Extracto	Tema	Sujetos	Bien Jurídico Tutelado
Art. 1	"Los Estados contratantes convienen en que ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer".	-Nacionalidad de la mujer -Causas que no afectan la Nacionalidad de la misma	-Nacionales -Extranjeros -Cónyuges -Mujer	-Derecho a tener Nacionalidad
Art. 2	"Los Estados contratantes convienen en que el hecho de que uno de sus nacionales adquiera voluntariamente la nacionalidad de otro Estado o el de que renuncie a su nacionalidad, no impedirá que la cónyuge conserve la nacionalidad que posee".	-Obtención de Nacionalidad del cónyuge -Renuncia de Nacionalidad -Conservación de Nacionalidad	-Nacionales -Extranjeros -Cónyuges	-Derecho a tener Nacionalidad
Art. 3	"1. Los Estados contratantes convienen en que una mujer extranjera casada con uno de sus nacionales podrá adquirir, si lo solicita, la nacionalidad del marido, mediante un procedimiento especial de naturalización privilegiada, con sujeción a las limitaciones que pueden imponerse por razones de seguridad y de interés público. 2. Los Estados contratantes convienen en que la presente Convención no podrá interpretarse en el sentido de que afecte a la legislación o a la práctica judicial que permitan a la mujer extranjera de uno de sus nacionales adquirir de pleno derecho, si lo solicita, la nacionalidad del marido".	-Mujer extranjera podrá adquirir Nacionalidad del marido -No opera de pleno derecho que la mujer extranjera adquiera la Nacionalidad de su marido	-Nacionales -Extranjeros -Cónyuges -Mujer	-Derecho a solicitar la Nacionalidad del marido

1.2.8. Convención sobre los derechos políticos de la mujer

-Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952

-Entrada en vigor: 7 de julio de 1954, de conformidad con el artículo 6

-Objetivo: "Deseando poner en práctica el principio de la igualdad de derechos de hombres y mujeres, enunciando en la Carta de Naciones Unidas, reconociendo que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por conducto de representantes libremente escogidos, y a iguales oportunidades de ingreso en el servicio público de su país; y deseando igualar la condición del hombre y de la mujer en el disfrute y ejercicio de los derechos políticos, conforme a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos (...)"

Gráfico 7

Artículos	Extracto	Tema	Sujetos	Bien Jurídico Tutelado
Art. 1	"Las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna".	-Voto de la mujer	-Mujer	-Derecho al voto -Derecho a la igualdad
Art. 2	"Las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna".	-Elegibilidad de la mujer en públicos electivos establecidos por la legislación nacional	-Mujer	-Derecho de igualdad
Art. 3	"Las mujeres tendrán derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna".	-Mujer tiene derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional	-Mujer	-Derecho a ocupar cargos públicos -Derecho a la igualdad

1.2.9. Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios

-Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962

-Entrada en vigor: 9 de diciembre de 1964, de conformidad con el artículo 6

-Objetivo: "Recordando que el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice que: "1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2) Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio", recordando asimismo que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 843 (IX), de 17 de diciembre de 1954, declaró que ciertas costumbres, antiguas leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la familia son incompatibles con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, reafirmando que todos los Estados, incluso los que hubieren contraído o pudieren contraer la obligación de administrar territorios no autónomos o en fideicomiso hasta el momento en que éstos alcancen la independencia, deben adoptar todas las disposiciones adecuadas con objeto de abolir dichas costumbres, antiguas leyes y prácticas, entre otras cosas, asegurando la libertad completa en la elección del cónyuge, aboliendo totalmente el matrimonio de los niños y la práctica de los esponsales de las jóvenes antes de la edad núbil, estableciendo con tal fin las penas que fueren del caso y creando un registro civil o de otra clase para la inscripción de todos los matrimonios (...)" (ver gráfico 8)

1.2.10. Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios

Resolución 2018 (XX) de la Asamblea General, de 1º de noviembre de 1965

-Objetivo: "Reconociendo que es conveniente propiciar el fortalecimiento del núcleo familiar por ser la célula fundamental de toda sociedad y que, según el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho a casarse y fundar una familia, que disfrutan de iguales derechos en cuanto al matrimonio y que éste sólo puede contraerse con el libre y pleno consentimiento de los contrayentes, (...)

Gráfico 8

Artículos	Extracto	Tema	Sujetos	Bien Jurídico Tutelado
Art. 1	<p>“1. No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley.</p> <p>2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente”.</p>	<p>-Consentimiento de las partes para contraer matrimonio</p> <p>-Matrimonio</p>	<p>-Contrayentes</p>	<p>-Derecho al matrimonio</p> <p>-Libre consentimiento de las partes</p>
Art. 2	<p>“Los Estados partes en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad”.</p>	<p>-Requisito de edad para contraer matrimonio</p>	<p>-Contrayentes</p>	<p>-Derecho a contraer matrimonio</p> <p>-Requisito de edad para contraer matrimonio</p>
Art. 3	<p>“Todo matrimonio deberá ser inscrito por la autoridad competente en un registro oficial destinado al efecto”.</p>	<p>-Inscripción del matrimonio</p>	<p>-Contrayentes</p>	<p>-Derecho al matrimonio</p>

Recordando además el artículo 2 de la Convención Suplementaria de 1956 sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, en el que se estipulan ciertas disposiciones relativas a la edad para contraer matrimonio, al consentimiento de los contrayentes y al registro de los matrimonios (...) Recordando asimismo que, de conformidad con el inciso b del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas, la Asamblea General puede formular recomendaciones para ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (...). (ver gráfico 9)

Las obligaciones que surgen en cuanto a la protección de la familia, de acuerdo con la normatividad internacional son: 2

2 COLOMBIA DIVERSA. *Voces Excluidas. Legislación y derechos de lesbianas, gays bisexuales y transgeneristas en Colombia*. Bogotá, Tercer Mundo Editores. 2 ed. 2006. P. 80-81.

Gráfico 9

Artículos	Extracto	Tema	Sujetos	Bien Jurídico Tutelado
Principio 1	<p>“a. No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley.</p> <p>b. Sólo se permitirá el matrimonio por poder cuando las autoridades competentes estén convencidas de que cada una de las partes ha expresado su pleno y libre consentimiento ante una autoridad competente, en presencia de testigos y del modo prescrito por la ley, sin haberlo retirado posteriormente.”.</p>	<p>-Consentimiento de las partes para contraer matrimonio -Matrimonio</p>	<p>-Contrayentes</p>	<p>-Derecho al matrimonio -Libre consentimiento de las partes</p>
Principio 2	<p>“Los Estados Miembros adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, la cual en ningún caso podrá ser inferior a los quince años; no podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense del requisito de la edad”.</p>	<p>-Requisito de edad para contraer matrimonio</p>	<p>-Contrayentes</p>	<p>-Derecho a contraer matrimonio -Requisito de edad para contraer matrimonio</p>
Principio 3	<p>“1. Todo matrimonio deberá ser inscrito por la autoridad competente en un registro oficial destinado al efecto”.</p>	<p>-Inscripción del matrimonio</p>	<p>-Contrayentes</p>	<p>-Derecho al matrimonio</p>

1) La protección de la intimidad de la familia. Las injerencias a la intimidad familiar están prohibidas. En lo que se refiere a la esfera de la sexualidad y la familia, la protección de la intimidad se relaciona con el derecho a la libre expresión sexual en la vida privada, a la libertad de decisión en cuanto a la procreación o la adopción y en la libertad de escoger a su pareja.

2) El derecho de las personas privadas de la libertad a tener contacto con su familia es un derecho que se deriva, entre otros, del derecho a la intimidad familiar. En los casos de impedimentos para la visita íntima para los internos/as, puede violarse la intimidad como persona y la de la familia cuando ésta exista.

3) La protección de la unidad familiar es una dimensión de la protección a la familia que consiste en la obligación del Estado de abstenerse de separar a las familias.

4) En lo que respecta al derecho a tener contacto con los padres, y no habría razón para que esto no cobije a los padres y madres homosexuales.

1.3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA

1.3.1. Aspectos generales

En contraste con la antigua Carta de 1886, la actual Constitución de 1991, consagra los derechos sociales, económicos y culturales, amplía las normas constitucionales sobre la institución familiar en relación con la familia, al matrimonio y las diferentes formas de matrimonio, las relaciones que se presentan entre los esposos y entre éstos con sus hijos, sobre la manera de criar y educar a los hijos, sobre la mujer cabeza de familia, y sobre las formas de dar fin al matrimonio, entre otros, recogiendo así los principios consagrados en las Declaraciones de Derechos Humanos y de los procesos de transformación que al interior del Derecho de Familia se han operado en el mundo, a partir de las relaciones entre familia, sociedad y Estado.

El doctor Fernando Hinestrosa al referirse a la familia en la Constitución de 1991 expresó: “(...) la familia adquirió allí presencia constitucional: es el núcleo fundamental de la sociedad, un canto a la familia, realidad social antes que legal; se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de una mujer y un hombre de contraer matrimonio, o por su voluntad responsable de conformarla. Quién se hubiera imaginado en las vísperas de la iniciativa constitucional que dicha afirmación iría a ser acogida con entusiasmo en el seno de la Constituyente?” Indudablemente, la concepción de familia plasmada en la Constitución “Es una concepción pluralista, eudemonista, remitida al valor supremo de la dignidad humana, que constituye pauta a la que han de someterse, no sólo las nuevas leyes, sino primordialmente el entendimiento, la interpretación y aplicación de íntegra la legislación precedente, como lo preceptiva el artículo 4 de la Constitución”

Los profesores Álvaro Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, también reconocen los cambios fundamentales en el campo familiar, introducidos por la Constitución de 1991. En su obra comentan muy positivamente los aspectos de la protección de la familia, la libertad nupcial o libertad para constituir una familia, la igualdad de la pareja y la igualdad de los hijos.

A nivel estructural, la Carta Política dedica dos capítulos a los derechos sociales, económicos y culturales. Los derechos económicos y sociales que define son tanto extensivos a todos los ciudadanos, como específicos. Entre los primeros están los derechos a la salud, la educación y la cultura, la recreación, la vivienda, la seguridad social y el trabajo. Entre los segundos, los derechos de los niños, la tercera edad, la mujer embarazada y la familia.

Las nuevas disposiciones de la Constitución de 1991 presentan unas características que merecen destacarse:

- 1) El artículo 5 establece y ampara a la familia “(...) como institución básica de la sociedad”, es decir, la determina como la unidad fundamental de todo el orden social.
- 2) Por su parte, el artículo 15 protege la intimidad de la familia, determinando su carácter de derecho fundamental.
- 3) El artículo 28 ampara el ámbito doméstico contra las posibles intervenciones arbitrarias por parte del Estado.
- 4) Por su parte el artículo 33 establece la protección de la unidad familiar al garantizar el derecho a no declarar en materia penal en contra de los integrantes del grupo familiar.
- 5) El artículo 42 – norma básica del nuevo régimen de familia – establece una estructuración de la familia como núcleo fundamental de la sociedad: tipos de familia, derechos fundamentales de la familia, formas de matrimonio, modelo constitucional de familia, modelo de relaciones entre cónyuges y entre éstos y sus hijos, derechos fundamentales de los miembros de la familia frente a los demás integrantes de ésta, derechos de las comunidades religiosas a celebrar matrimonios con plenos efectos civiles y políticos, autonomía jurídica de la familia, derecho de los casados para dar fin a su matrimonio por medio del divorcio acorde a la ley estatal, derecho a las comunidades religiosas a tramitar las causas civiles relativas a la existencia y nulidad de sus matrimonios.
- 6) El artículo 43 reconoce y declara la igualdad entre sexos, brinda especial protección a la familia cuya cabeza es la mujer y ampara con asistencia a aquella mujer que está embarazada.
- 7) Como núcleo fundamental de la sociedad, la familia tiene que cumplir ineludiblemente junto con la sociedad y el Estado deberes tales como asistir

y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico integral y el ejercicio pleno de todos sus derechos fundamentales. Entre ellos, primordialmente, el de tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, el derecho a la educación y a la cultura, la recreación y la protección contra todo forma de abandono o violencia (artículo 44 Constitución Política).

8) El artículo 46 determina la obligación de la familia de brindar protección y asistencia a las personas de la tercera edad.

9) Por su parte el artículo 67 responsabiliza a la unidad familiar de la educación de los hijos.

10) El artículo 68 reitera una vez más la autonomía familiar en la elección del tipo de educación que recibirán los hijos y la formación religiosa que deben seguir.

11) El artículo 126 determina la prohibición de designar miembros del grupo familiar del funcionario nominador en cargos estatales.

12) Finalmente, el artículo 179 incisos 5. y 6. prohíbe la elección en el Congreso de quienes se hallen ligados por vínculos de tipo matrimonial, formal o de hecho, y a quienes tengan relaciones de familia con aquellos que ejerzan funciones de autoridad o jurisdicción o se postulen por el mismo movimiento o partido.

13) La Constitución Política de 1991, en general, recoge en forma explícita los derechos de cada uno de los miembros de la familia: niños(as), adolescentes, mujeres, ancianos, minusválidos o discapacitados, así:

a) Niños y niñas. El artículo 44 consagra los derechos fundamentales de los niños. Establece, como parte de los mismos,

“(...) la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión”. Agrega este artículo: “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Además, el artículo 50 señala que “(...) todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado”.

El artículo 67 establece el derecho de los niños a la educación gratuita: "El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica". "La educación será gratuita en las instituciones del Estado". En lo que respecta al estatuto del trabajo, el artículo 53 garantiza una protección especial al trabajador menor de edad.

b) Adolescentes. La nueva Carta afirma, en el artículo 45, solamente que éstos tienen derecho a la protección y a la formación integral.

c) Mujeres. Garantiza a las mujeres su igualdad de derechos y oportunidades respecto al hombre. El artículo 43 establece que "(...) la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada". Incluye que "(...) el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia". De igual manera, el artículo 53 señala que el estatuto del trabajo dará especial protección a la mujer y a la maternidad.

d) Tercera edad. El artículo 46 obliga al Estado, la sociedad y la familia a concurrir para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y a promover su integración a la vida activa y comunitaria. Señala, además, que "El Estado les garantiza los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia".

e) Minusválidos. El artículo 47 responsabiliza al Estado de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran. El artículo 68 establece que "(...) la educación de personas con limitaciones físicas y mentales" será obligación especial del Estado. Por último el artículo 54 garantiza a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

1.3.2. Fundamentos constitucionales del matrimonio y las uniones maritales de hecho

1.3.2.1. La familia originada por vínculos jurídicos o naturales: el matrimonio y la unión marital de hecho

El artículo 42 de la Constitución Política de 1991 consagró implícitamente la unión marital de hecho como fuente de la familia al expresar que:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de conformarla.

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

En este punto, es trascendental explicar que existen dos formas de constituir una familia: por medio del contrato de matrimonio, el cual crea un vínculo jurídico entre los cónyuges, y mediante la unión marital de hecho que crea un vínculo natural entre los compañeros permanentes. Culturalmente, en Colombia, existe una gran confusión acerca de estas dos figuras, pues las personas tienden a equipararlas, siendo esto, de acuerdo con lo que ha dicho la Corte Constitucional sobre el tema, totalmente equivocado. La Corte ha dicho que “(...) la familia, entendida como vínculo natural, tiene su origen en la unión afectiva que surge entre un hombre y una mujer, mientras que como institución jurídica su fuente de formación es el matrimonio, siendo éste el mecanismo a través del cual la unión es sancionada por el régimen legal”³. En este sentido, la familia puede constituirse por “(...) vínculos naturales o jurídicos, esto es, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (...) no se reconocen privilegios a favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen (...)”⁴. De lo anterior, puede entonces deducirse que ambas figuras o vínculos se encuentran en un mismo plano de igualdad, por lo menos en cuanto al trato que tiene la familia frente a la ley, pues en nada afecta que haya sido constituida mediante el vínculo natural o jurídico; la familia goza de la misma protección sin importar su procedencia: “El Estado colombiano reconoce y promete proteger tanto la familia matrimonial como la extramatrimonial, siempre que esta sea formada por un hombre y una mujer que lo hagan de manera responsable, seria y asumiendo las obligaciones que implica formar parte de un grupo familiar (...)”⁵.

Con la Constitución del 91 se obtuvo el reconocimiento constitucional de la unión marital de hecho, poniéndola en igualdad de condiciones frente al matrimonio; sobre el tema la Corte Constitucional se ha referido en varias sentencias: “El Constituyente, reconociendo su deber de propugnar por la

³ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C – 821 de 2005*.

⁴ *Ibid*, *Sentencia C – 821 de 2005*.

⁵ SUAREZ FRANCO, *Op. cit.*, Pág. 437. En: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 25 de Octubre de 1994.

conservación de la familia como unidad primaria y esencial de la convivencia humana, permitió, que en virtud de la Carta se le reconocieran a las diferentes unidades familiares sin importar la forma de su constitución, igual trato y derechos jurídicos equivalentes, no solo como grupo, sino respecto a las calidades propias de los miembros que la componen. El esposo o esposa en el caso del matrimonio y el compañero o compañera permanente, si se trata de una unión de hecho, gozan de la misma importancia y de iguales derechos, por lo cual están excluidos los privilegios y las discriminaciones que originen en el tipo de vínculo contractual. En ese orden de ideas, todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de vínculo formal. De lo contrario, al generar distinciones que la preceptiva constitucional no justifica, se desconoce la norma que equipara las formas de unión y se quebranta el principio de igualdad ante la ley, que prescribe el mismo trato en situaciones idénticas".⁶

Tal equiparación de derechos ha permitido que se reconozca la igualdad existente en la vida diaria de las parejas que se encuentran en este estado y que mantienen unos vínculos familiares tan fuertes como los de los casados. De la misma manera sus responsabilidades frente a los hijos, la sociedad y el estado son las mismas, pues esta igualdad no es solo para reclamar el reconocimiento de derechos, sino que establece una serie de compromisos que deben ser cumplidos cabalmente.

La Constitución de 1991 consagra la idea de una nueva familia no fundada únicamente en el matrimonio sino en los vínculos naturales, voluntarios y responsables. El vínculo natural como una forma de constitución de la familia, se puede dar en dos situaciones, a saber:

Voluntad libre de un hombre y una mujer de conformar un grupo familiar, a partir de la unión marital de hecho

La familia extramatrimonial o la unión de hecho surge de la unión, sin vínculo matrimonial o natural, entre un hombre y una mujer, quienes por la voluntad libre conforman el grupo familiar pero a partir de la unión marital de hecho.⁷ En la familia de hecho, la voluntad de los sujetos es contraria al vínculo matrimonial. Existe un claro y manifiesto deseo de no sujetar las relaciones personales a la estructura contractual que supone el matrimonio. En estos casos

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-660 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.*

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-659/97. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.*

la ley no debe entrar en un ámbito que la voluntad de las partes ha dejado al margen de ella. Además, este apartarse de la regulación legal del contrato es perfectamente posible dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

El hombre y la mujer que se han unido en forma libre y responsable, se comportan ante los demás como esposos, fenómeno que es frecuente en Colombia. Tanto en las uniones matrimoniales como en las que se forman al margen del matrimonio, suelen cumplirse unos mismos fines: procreación de hijos, fidelidad mutua, obligación de socorro y ayuda, etc. La unión de un hombre con una mujer sin vínculo matrimonial se llama, según la ley 54 de 1990, unión marital (antes concubinato), y el hombre y la mujer que la forman, compañeros permanentes; los hijos nacidos de tales uniones recibían el nombre de naturales, según la terminología del Código y de las leyes 45 de 1936 y 75 de 1969; hoy día reciben el nombre de extramatrimoniales.

Desde luego, se entiende que la unión marital supone una unión estable y no transitoria, aunque su perduración no indica que los compañeros deban vivir necesariamente en ese estado toda la vida; pero sí exige la formación de un hogar, de una comunidad de vida, a fin de dar ciertos caracteres de publicidad y notoriedad y distinguirla de la simple unión libre o unión transitoria.

En la redacción del artículo 42, es claro que se protege un grupo de familia, en la cual un hombre y una mujer no estuvieran casados, ya que es posible vivir en una comunidad de características y fines idénticos a los de la comunidad matrimonial sin que el vínculo haya adquirido, por ausencia de las formalidades legales, carácter jurídico.

De tal manera, que la familia de hecho es protegida por la Constitución de 1991, como una familia heterosexual y monogámica, que se constituye a partir de la unión libre. Los artículos indeterminados un y una hacen alusión a la monogamia, y los sustantivos hombre y mujer, a la condición heterosexual de la pareja.

Como se desprende de lo anterior, la Constitución de 1991 protege la familia constituida por vínculos –jurídico o natural-, y se contemplan de manera diversa los efectos y las características de la familia matrimonial y de la familia de hecho. “La familia merece, con arreglo a los principios y preceptos constitucionales, la protección del Estado y la preservación de sus fines esenciales -la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos-, y toda persona tiene libertad para optar entre la unión matrimonial y la de hecho, lo cierto es que en el sistema jurídico se contemplan de manera

diversa los efectos y las características de la familia matrimonial y de la nacida con base en la unión libre".⁸

Por tanto, éste sería otro grupo familiar posible y constitucional a tenor de la redacción del inciso primero del artículo 42 de la Constitución Política, al que indudablemente alcanzaría la protección social, jurídica y económica que se otorga a la familia, sea cual fuere su protección.

La unión marital se da cuando la pareja libre y voluntariamente, decide unirse y para ello no cumple unas ritualidades previamente establecidas, sino que constituye la unión voluntaria de un hombre y una mujer en convivencia, con el fin de complementarse sexualmente, pero que no es un simple encuentro ocasional, sino que se presenta una comunidad de vida permanente; la cual, a través de la procreación, conforma un núcleo familiar.

La unión marital de hecho ya había sido reglamentada por la ley 54 de 1990; en esta norma se reconoció la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes siempre y cuando la convivencia fuera en forma continua por lo menos dos años; igualmente, la disposición buscaba proteger el núcleo familiar especialmente en lo referente a los derechos económicos derivados de la unión, los cuales se asemejaron a los de la sociedad conyugal matrimonial; también se buscaba proteger a las mujeres que generalmente ayudaban a conformar el patrimonio de familia y sin embargo no se les reconocía ningún derecho sobre éste.

- Voluntad responsable de conformar una familia

El artículo 42 inciso primero de la Constitución establece como exigencia constitucional para constituir una familia la "voluntad responsable de conformar una familia", la cual traduce el modelo occidental liberal de la familia fundamentada sobre el consenso, privilegiando la autonomía del individuo para conformar una familia. De este supuesto surgen algunas consecuencias relevantes:

1- Toda persona humana tiene el derecho fundamental a casarse o a formar un familia, con la sola condición de que pueda expresar una decisión libre, es decir capacidad para hacer una elección propia de su pareja.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-659/97 (3 de diciembre)*. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo

2.- El estado civil no se impone por el Estado. Es la situación particular de cada individuo dentro de determinado núcleo familiar. El artículo 1 del decreto 1260 de 1970 dice: "El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y en la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley"

La Corte Constitucional ha expresado lo siguiente: "La decisión de optar entre el estado civil de casado, separado o divorciado, así como la relativa escogencia entre la opción matrimonial y la unión permanente corresponde única y exclusivamente a la pareja, tal como resulta del artículo 42 de la Carta Política. Ni el Estado ni los particulares pueden inferir en las determinaciones que las personas adopten en esa materia, según sus propias necesidades y conveniencias. (...) En este campo, como en todos los que conciernen a la vida privada, ninguna institución, ni pública ni particular, puede erigirse en autoridad para desestimar o desconocer las decisiones autónomas de un individuo respecto de la unión amorosa, sentimental, matrimonial o de convivencia familiar que deseé establecer. (...) Lo anterior significa que, si una persona casada decide libremente acogerse a la normatividad para poner fin al vínculo establecido con otra y, también en ejercicio de su libertad, resuelve establecer un nuevo lazo afectivo, bien sea matrimonial o de unión permanente, nadie extraño a los interesados puede legítimamente controvertir esa decisión, ni descalificarla. La nueva esposa o compañera, o el nuevo esposo o compañero, tienen derecho a su condición mientras el establecimiento del nuevo vínculo no vulnere las normas legales pertinentes, y en caso de que esto último acontezca, queda en manos del juez competente la imposición de las sanciones a que halla lugar, según las reglas que la legislación tienen previstas".⁹

3- La voluntad responsable de conformar una familia introduce una concepción amplia de familia que permite proteger otras formas diversas a la constituida mediante matrimonio. En el salvamento de Voto a la Sentencia C-814 de 2001, al interpretar el primer inciso del artículo 42, el magistrado disidente, señala lo siguiente: "(...) el primer inciso del artículo 42 establece como vía para constitución de la familia la "voluntad responsable de conformarla", el cual introduce "una concepción amplia de familia que permite proteger formas diversas a la constituida mediante matrimonio. Contempla, por ejemplo, la mujer soltera con hijos, protegida especial y expresamente por el artículo 43 de la

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-543 de 1995. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. A este respecto también se pueden consultar, entre otras las sentencias C-588 de 1992, C-182 de 1997, C-182 de 1997 y C-480 de 1998.*

Constitución); las parejas en unión libre, homosexuales y heterosexuales; todas aquellas formas de organización familiar diferentes que provengan de visiones culturales o religiosas constitucionalmente protegidas; o aquellas que pueden ser previstas o reconocidas por el legislador como tales. Todos los colombianos, sin importar el color de su piel, su clase social, la cultura a la que pertenezcan o si son homosexuales, tienen derecho a conformar una familia por el ejercicio de su voluntad siempre que ésta sea responsable”¹⁰

4- La voluntad responsable de conformar una familia no tiene que ser expresada por una pareja heterosexual. En el Salvamento de Voto a la sentencia C-814 de 2001¹¹, propuesta por los magistrados Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett, consideran de la estructura gramatical del inciso primero del artículo 42 de la Constitución “(...) el texto plantea casos distintos en los que se constituye familia, cada uno de ellos precedido por la preposición “por”. Así pues, de la simple lectura de la norma es claro que en ella se contemplan hipótesis diferentes. Una de ellas, por ejemplo, es la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio. Otra distinta es: por la voluntad responsable de conformarla. Voluntad que, aunque puede, no tiene que ser expresada por una pareja heterosexual”¹²

La Corte Constitucional ha señalado que de la interpretación puramente literal del inciso primero y segundo del artículo 42, se llega a la siguiente conclusión: “(...) la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. A eso se refiere inequívocamente la expresión “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”¹³

Así pues, nótese que la concepción de familia inmersa en la Constitución Política colombiana responde a aquella que se deriva directamente ya sea del matrimonio o bien de la unión de hecho –Ley 54 de 1990–, entre otras pocas contenidas en el régimen civil, pero siempre dejando plasmada la expresión “entre un hombre y una mujer”

10 CORTE CONSTITUCIONAL. *Salvamento de Voto a la Sentencia C-814 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.*

11 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-814 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.*

12 *Salvamento de Voto a la sentencia C-814 de 2001.*

13 CORTE CONSTITUCIONAL. *Salvamento de Voto a la Sentencia C-814 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.*

1.3.2.2 Protección constitucional al matrimonio y a la familia

La transformación más importante que sufrió el contrato de matrimonio, la aportó la Constitución Política del 91, pues fue ésta última la encargada de introducir enormes cambios en el sistema jurídico colombiano y en la sociedad misma. En éste orden de ideas, y teniendo en cuenta lo anteriormente afirmado, haremos un breve recuento acerca de los cambios introducidos por la Constitución Nacional con respecto al matrimonio y el porqué de dichos cambios.

1) De acuerdo con la jurisprudencia existente, es elemental resaltar que el matrimonio está severamente ligado a la institución de la familia, pues el contrato de matrimonio es uno de los mecanismos mediante el cual se constituye ésta última. La familia puede ser definida como “(...) aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes mas próximos”¹⁴. De la misma manera lo ha expuesto la Constitución Política del 91 en sus artículos 50, 15, 28, 33 y 42: “(...)En efecto, el artículo 50 de la nueva Carta Política estatuye que “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”, por su parte el artículo 15 prescribe que “todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar(...)” en tanto que el artículo 28 garantiza que “nadie puede ser molestado en su persona o familia(...)”. También el artículo 33 establece que “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” que son las personas que normalmente integran la familia legítima o la familia natural. Y, el artículo 42, categóricamente considera la familia como núcleo fundamental de la sociedad, que se forma por vínculos naturales o jurídicos (...)”¹⁵. Igualmente, la Constitución Política en su artículo 13 se pronuncia acerca del derecho a la igualdad, impulsando así el respeto del mismo por parte de la sociedad en general, y de cierta manera protegiendo también el contrato de matrimonio, pues por medio de ese derecho se protegen las relaciones interpersonales entré cónyuges, ya que se otorga a estos últimos, los mismos derechos y obligaciones, colocándolos a ambos en un plano de igualdad, promoviendo así, la armonía familiar y dejando a un lado las sumisiones existentes anteriormente (por ejemplo con respecto al trato de la

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C - 821 de 2005, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.*

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, *Sala Plena, Sentencia del 6 de Mayo de 1992.*

mujer casada) y fuera del nuevo ordenamiento jurídico colombiano y del nuevo Estado Social de Derecho.

2) Otro cambio fundamental fue el de adoptar en el ordenamiento jurídico actual la libertad religiosa y de cultos, plasmada en el artículo 19 de la Carta Política, pues de esta manera se respeta la voluntad de los contrayentes al decidir éstos últimos bajo qué rito desean celebrar su matrimonio. El derecho a la libertad de cultos promueve entonces el respeto por el derecho a la libertad religiosa y de manera conjunta por el derecho a la igualdad entre un determinado matrimonio religioso y otro celebrado de otra forma, ya sea por medio de un rito específico o por lo civil, pues finalmente los efectos civiles de cualquier matrimonio cesan por divorcio.

El objetivo principal del ordenamiento jurídico colombiano es entonces proteger a como de lugar la institución familiar y a sus integrantes, pues es considerada como el núcleo esencial de la sociedad: “Por ser la familia la institución básica de la sociedad, el Estado debe darle mayor importancia y atención, lo anterior, con el objetivo de “preservar la estructura familiar (...) la actual Carta Política quedo alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial”¹⁶. Lo anterior significa, que el Estado debe proteger la familia íntegramente, y por consiguiente debe protegerla de diferentes maneras y en ámbitos también distintos ya que la familia es considerada como “(...) el término intermedio entre la persona y el Estado. Por eso se obliga a los poderes públicos asumir una protección en tres aspectos: social, económico y jurídico, a saber: social en la medida en que se protege su intimidad y la educación de sus miembros. Económica en cuanto se protege el derecho al trabajo, a la seguridad social, etc. Y jurídica ya que es obvio que de nada serviría la protección familiar si los poderes públicos no impidiesen por medios jurídicos los ataques contra el medio familiar”¹⁷.

Para que dicha protección se lleve a cabo, la Constitución en su artículo 42 da al legislador la facultad para regular el tema del contrato de matrimonio, los requisitos para contraer, la edad y la capacidad, las obligaciones y los derechos entre cónyuges, los efectos y su disolución, siempre en aras de proteger a la institución familiar como tal: “(...) el matrimonio se regiría por “la ley civil”, reconociendo así al poder legislativo la facultad de ser el órgano que establezca

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C -821 de 2005*.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T – 197 de Mayo 7 de 1993, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero*.

cuáles han de ser las formas de familia protegidas, de acuerdo a las realidades sociales y culturales de la Nación”¹⁸.

1.3.2.3. Diferencias entre el contrato de matrimonio y la unión marital de hecho

La jurisprudencia constitucional ha identificado las diferencias existentes entre el contrato de matrimonio y la unión marital de hecho. En primer lugar es fundamental señalar que “Las diferencias son muchas, pero una de ellas es esencial y la constituye el consentimiento que dan los cónyuges en el matrimonio al hecho de que la unión que entre ellos surge sea una unión jurídica, es decir una unión que en lo sucesivo tenga el carácter de deuda recíproca(...) este consentimiento respecto de un vínculo que es jurídico, es lo que resulta esencial al matrimonio (...) en primer lugar, que el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas. La unión libre, en cambio, sí se produce por el solo hecho de la convivencia y en ella los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja. En el matrimonio, en cambio, las obligaciones que surgen del pacto conyugal, a pesar de que pueden llegar a extinguirse por divorcio y éste a su vez puede darse por voluntad de los cónyuges, es menester lograr la declaración judicial del divorcio para que se produzca la disolución del vínculo jurídico a que se ha hecho referencia”¹⁹. Así mismo, en la sentencia C- 507 de 2004 la Corte indicó que “(...) la libertad en el consentimiento, en un contrato de esta naturaleza, es tema que involucra los derechos humanos a la libertad, a la dignidad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica (...) por ello debe garantizarse que ningún hecho, ningún acto distinto de la libre expresión del consentimiento, pueda llegar a producir un vínculo matrimonial”. De lo anterior, puede deducirse que el consentimiento que debe prestarse para la celebración del matrimonio, debe estar libre de todo vicio, pues es un vínculo que involucra una transformación en la persona como tal, en su estado civil, en su plan de vida, es decir, que cambia todos los aspectos de su vida a futuro: “El matrimonio como comunidad entre el hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, ayudarse mutuamente y soportar las cargas de la vida y compartir su ordinario destino, implica un conocimiento y aceptación de quienes lo contraen, de las obligaciones reciprocas que la institución les impone, deberes que correctamente cumplidos fundamentan la

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C – 507 de 2004*, Magistrado Ponente: *Manuel José Cepeda Espinoza*.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C - 533 de 2000*. Magistrado Ponente: *Vladimiro Naranjo Mesa*.

armonía del hogar y evitan la desintegración de la familia”²⁰. El matrimonio entonces, significa un compromiso serio y profundo, del cual nacen derechos y obligaciones, y en el cual el incumplimiento de estas últimas trae consigo las sanciones pertinentes impuestas por la ley. Es un vínculo tan formal e importante que la persona que decida adoptarlo lo debe hacer siendo consiente y estando segura de que eso es lo que quiere para poder realizarse como persona y para cumplir su plan de vida, teniendo en cuenta sus propias opiniones, creencias y convicciones, es decir debe prestar un consentimiento “libre, incondicional y vinculante” tal y como lo ha sostenido la Corte en variadas ocasiones²¹. Existen dos formas para que el consentimiento en el contrato de matrimonio resulte viciado: a. El error; que debe ser de hecho “(...) cuando recaiga sobre la persona misma de los contrayentes: indistintamente la física o la civil”²² y b. La fuerza: la cual “(...) solo constituye vicio del consentimiento matrimonial cuando produce una impresión lo suficientemente fuerte en quien la padece, que hace inclinar su voluntad”²³. Lo anterior, encuentra su fundamento en que la persona que decida contraer matrimonio lo debe hacer porque así lo desea, es decir, de manera voluntaria, de lo contrario, si cae en error en cuanto a la persona, ya sea de manera física o civil o si accede a prestar su consentimiento porque ha sido víctima de la fuerza, se verían vulnerados o mejor violados sus derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, pues de cierta manera su decisión ha sido inducida por un tercero, careciendo ésta de un consentimiento libre, incondicional y vinculante.

Otra diferencia importante es que la ley regula todos los aspectos del matrimonio (requisitos, efectos, obligaciones y derechos entre cónyuges, etc.) mientras que la unión marital de hecho no. Como ejemplo de lo anterior, y teniendo en cuenta la importancia del consentimiento como diferencia esencial entre estas dos figuras, se puede nuevamente citar la sentencia 507 de 2004 la cual trata el tema de la capacidad para contraer; la nombrada providencia declaró que la edad mínima para contraer era la de 14 años, tanto para las mujeres como para los hombres, pues debe protegerse a los menores de edad pues estos son inexpertos en muchos temas e intentar en lo posible que éstos no caigan en error al prestar su consentimiento; se requiere entonces que estos sean mayores; con el objetivo de que sean más maduros y su consentimiento esté exento de vicios y sea, en la mayor medida posible, libre: “(...) la ley debe ser celosa en rodear al pacto conyugal de las circunstancias que aseguren un consentimiento verdaderamente libre, incondicional y vinculante, es decir capaz de crear el

20 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Sala de Casación Civil, Sentencia de Junio 28 de 1985*.

21 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C – 507 de 2004*.

22 SUÁREZ FRANCO, Roberto, *Op. cit.*, Pág. 109.

23 *Ibid*, Pág. 109.

nexo jurídico a que se ha hecho referencia.” La expresión del consentimiento no es un mero acto ritual; las formalidades no son la esencia del matrimonio. Por esto, las exigencias relativas a la capacidad y madurez de los contrayentes que postulan las diversas legislaciones, les garantizan dar un consentimiento libre e incondicionado, y los protege del error en el que puedan incurrir”.

El vínculo jurídico que se crea mediante la celebración del contrato de matrimonio no es eterno, y los efectos del mismo cesan con la declaración judicial de divorcio. El legislador ha considerado que las causales de divorcio también son una forma de proteger a la familia, y de otorgarles y garantizarles a los cónyuges su libertad para mantener o no el vínculo existente, pues el Estado no puede ejercer ningún tipo de coacción en cuanto a mantener el vínculo jurídico de los cónyuges, pues estaría en contra del libre consentimiento que es tan importante en este tipo de institución y hasta del bienestar de la familia que tanto protege: “(...) el libre consentimiento, consustancial al contrato matrimonial, no solo es exigible en el acto de constitución sino también durante su ejecución material y por el término que dure el matrimonio, por tratarse de un derecho subjetivo radicado en cabeza de cada uno de los esposos y ser una derivación de las garantías fundamentales a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad, a la intimidad y a la personalidad jurídica”²⁴.

Para finalizar, se puede concluir que el matrimonio está íntimamente ligado a la familia, que es considerada como el núcleo fundamental de la sociedad. Es por lo anterior, que el contrato de matrimonio está estrictamente regulado y por lo cual la Constitución de 1991 ha realizado todos los esfuerzos por proteger el contrato de matrimonio y a la familia como consecuencia del mismo: “(...) ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos”²⁵.

24 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C – 821 de 2005*.

25 *Ibid*, *Sentencia C – 821 de 2005*.

En este sentido, es relevante concluir que, a pesar de que el matrimonio no sea el único medio para que se constituya una familia, dicho contrato (de matrimonio) está protegido por el ordenamiento jurídico colombiano y se encuentra completamente regulado y controlado por el legislador con el único objetivo de salvaguardar la familia y procurar garantizar la mayor armonía posible dentro de ella, pues como se logró establecer con lo anteriormente mencionado, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y por ende el ordenamiento jurídico debe hacer todo lo posible por protegerla. Es evidente que el fin perseguido por el Estado está encaminado en proteger al individuo desde el primer momento en que éste tiene contacto con una sociedad, por más pequeña que sea esta. Lo anterior con la meta de educarlo y prepararlo para vivir en comunidad de manera armónica y pacífica, pues es desde que no están formados como individuos que el Estado debe proporcionarles cierto apoyo con el objetivo de ayudarlos en su formación, con el intento de que éstos tengan un buen comportamiento futuro dentro de la sociedad y dentro de la comunidad como tal. Lo anteriormente afirmado no excluye que al mismo tiempo el Estado tenga la intención de garantizarle a los individuos la protección de sus derechos, está solamente solidificando la disciplina del individuo para cumplir con sus obligaciones una vez esté en contacto con los demás individuos miembros de una sociedad de mayor escala.

Después de hacer un breve recuento acerca del contrato de matrimonio en la actualidad, y específicamente desde la perspectiva de la Constitución Política de 1991, es prudente estudiar entonces algunos de los derechos fundamentales que más han afectado la jurisprudencia de la Corte encaminándola así en un pasaje de desarrollo, transformaciones y evolución en relación con este importante contrato: los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la libertad religiosa y de cultos.

1.3.2.4. El derecho a la igualdad

El artículo 13 de la Constitución dispone que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. En este sentido, se deduce que todos los seres humanos somos iguales ante la ley sin importar la procedencia, costumbres o gustos de cada uno. Por tal razón, el ordenamiento jurídico colombiano, es decir, sus normas en totalidad, no pueden contener disposiciones discriminatorias por ser éstas inconstitucionales, y en caso de que alguna norma contenga

disposiciones de ese tipo la Corte Constitucional deberá declararla inexistente, ya sea de manera parcial o total.

Desde el inicio y funcionamiento de la Carta Política de 1991, la Corte Constitucional ha adoptado una posición acerca del respeto y la rigidez con la que se debe tratar el derecho a la igualdad, pues: "El derecho fundamental a la igualdad en sus múltiples manifestaciones -igualdad ante la ley, de trato, de oportunidades- es condición necesaria para la realización de principios básicos en un Estado Social y Democrático de Derecho, tales como la dignidad y la autodeterminación personal. En ese sentido, frente a supuestos de beneficios otorgados a un grupo restringido de ciudadanos o de imposición de cargas de manera diversificada, opera el deber de dar cuenta argumentativamente de la constitucionalidad del trato diferenciado. Dicho deber tiene como fundamento la necesidad de evitar que de manera infundada, se restrinja el acceso a una o a un grupo de personas al ejercicio efectivo de sus derechos y libertades sin que para ello medien motivos razonables y admisibles"²⁶.

Así mismo, es importante mencionar que, con respecto al derecho fundamental a la igualdad, se deben valorar las consecuencias del supuesto acto discriminatorio con el fin de determinar si efectivamente es inconstitucional o no: "El principio de igualdad prohíbe las diferencias que sean arbitrarias o injustificadas desde un punto de vista jurídico, esto es, que no se funden en motivos objetivos y razonables, o que sean desproporcionadas en su alcance o contenido. Igualmente, implica una evaluación de los efectos y un juicio de razonabilidad de la diferencia, pues como se ha sostenido la igualdad es básicamente un concepto relacional, que de forma necesaria conduce a un proceso de comparación entre dos situaciones tratadas de forma distinta, en el que es preciso efectuar una valoración de la diferencia. Sólo tras el análisis de las características de cada supuesto que se compara, de la entidad de la distinción, y de los fines que con ella se persigue, podrá concluirse si la medida diferenciadora es o no aceptable jurídicamente"²⁷: Es prudente advertir que todo trato desigual debe estar argumentado y justificado, pues de lo contrario ese trato diferenciador será sancionado por la Carta Política por ir en contravía de sus disposiciones.

Igualmente, y con el fin de que la valoración o evaluación sea más precisa es necesario definir lo que se conoce como criterios sospechosos y neutrales, entre

26 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C 422 de 2005*, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, 25 de Abril de 2005.

27 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C – 1380 de 2000*, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. 11 de Octubre de 2000.

otros, pues la valoración de los efectos consiste en unos “tests”, uno más estricto que otro con el fin de obtener un resultado objetivo y real: La Corte afirma que “(...) no todos los criterios ni puntos de vista son igualmente válidos para que la ley establezca diferenciaciones y regulaciones. En efecto, hay criterios constitucionalmente neutros, y que pueden entonces ser ampliamente utilizados por las autoridades, pero existen categorías, que han sido denominadas “sospechosas”, por cuanto son potencialmente discriminatorias y por ende se encuentran en principio prohibidas. (...) Esta Corporación había señalado (...) que pueden ser consideradas sospechosas y potencialmente prohibidas aquellas diferenciaciones (i) que se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; además (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; en tercer término, esos puntos de vista (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales. Finalmente, (iv) en otras decisiones, esta Corporación ha también indicado que los criterios indicados en el artículo 13 superior deben también ser considerados sospechosos, no sólo por cuanto se encuentran explícitamente señalados por el texto constitucional, sino también porque han estado históricamente asociados a prácticas discriminatorias”²⁸. Las afirmaciones anteriores hacen alusión al artículo 13 de la Carta Política del 91, el cual hace referencia a criterios como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, lengua, religión y opinión política o filosófica entre otros, como criterios sospechosos que pueden prestarse para un trato discriminatorio en relación con los individuos y que en el pasado, por cuestiones culturales y sociales fueron determinantes para el trato que la ley le daba a los individuos. Actualmente, el Estado busca reducir la violencia aumentando así el nivel de tolerancia de los individuos frente a las diferencias que existen entre ellos, diferencias que están íntimamente ligadas con el sujeto mismo y por eso en vez de tratar de cambiar esas diferencias hay que tratar de que éstas sean comprendidas y toleradas. Esa es la transformación de la cual ha sido parte el Estado y el derecho mismo, la ley está logrando llevar a cabo un proceso de adaptación teniendo en cuenta las nuevas visiones sociales y culturales de la actualidad, logrando así un equilibrio entre las necesidades de las personas y el Derecho.

Existen varios tests que la Corte Constitucional tiende a llevar a cabo para realizar dicha evaluación: “El primero de ellos, que ha sido desarrollado principalmente por la Corte Europea de Derechos Humanos y por los

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia, C – 112 de 2000, Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero, 9 de Febrero de 2000.*

tribunales constitucionales de España y Alemania, se basa en el llamado test o juicio de proporcionalidad, que comprende distintos pasos. Así, el juez estudia (i) si la medida es o no “adecuada”, esto es, si ella constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; luego (ii) examina si el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable”, para lo cual debe el funcionario analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto. Y, (iii) finalmente el juez realiza un análisis de “proporcionalidad en estricto sentido” para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial”²⁹. Lo anterior quiere decir que la Corte Constitucional como mecanismo de control y de prevención estudia a profundidad el trato que aparentemente es desigual, pues a simple vista puede serlo, pero después de un profundo análisis puede resultar ser un método que contrarresta el trato diferenciador. Por consiguiente, es importante concluir que la Corte Constitucional estudiará la medida y el trato con el fin de adoptar alguna que no traiga consigo consecuencias jurídicas indeseadas y para prevenir la aplicación de medidas inconstitucionales que tendrán un efecto negativo directo contra la sociedad y sus individuos.

Por otra parte, está “La otra tendencia, con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “tests” de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento”³⁰. Generalmente, con respecto al contrato de matrimonio, el test tiende a ser estricto, debido a que normalmente las normas referentes a éste tema contienen disposiciones discriminatorias que usualmente hacen referencia al sexo, por consiguiente se trata de criterios sospechosos pues la discriminación por razones de sexo hace alusión a un rasgo permanente de una persona.

El derecho a la igualdad ha jugado un papel importante en relación con el contrato de matrimonio, especialmente con respecto a la pareja que lo conforma, es decir, entre los cónyuges. Anteriormente, los cónyuges no gozaban de los mismos derechos, ni tampoco de las mismas obligaciones. Actualmente, esa diferencia y ese trato desigual se ha ido perdiendo gracias a un crecimiento jurídico que ha ido

29 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C – 093 de 2001* Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

30 *Ibid. Sentencia C – 093 de 2001*.

transformando y moldeando una cultura, volviéndola pluralista y tolerante, todo con el objetivo de promover cierta armonía dentro del hogar y de promover el bienestar de todos los miembros de una familia pues ésta es el núcleo fundamental de la sociedad. Es necesario, entonces insistir que el ordenamiento jurídico al darle el mismo trato a los integrantes de una familia está persiguiendo un solo fin que es lograr la debida armonía dentro del hogar y el respeto por cada uno de los que lo integran, pues el ordenamiento debe proteger tanto a la familia como a sus integrantes, es decir, tanto a los cónyuges como a los hijos, sin ningún tipo de discriminación por razones de sexo o edad, tal y como lo ha venido imponiendo la Corte Constitucional, por ser ésta la institución social básica.

1.3.2.5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad

El artículo 16 de la Constitución Política dispone que “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad está estrechamente relacionado con la dignidad humana y la autonomía de los seres humanos, pues es un derecho que faculta a la persona a escoger libremente un determinado plan de vida, plan que no puede ser escogido o modificado por el Estado. Al respecto ha dicho la Corte: “(...) en principio, no corresponde al Estado ni a la sociedad sino a las propias personas decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos de vida y sus modelos de realización personal. En eso consiste el derecho al libre desarrollo de la personalidad, frente al cual, como se desprende de la amplia jurisprudencia de esta Corporación al respecto, debe hacerse énfasis en la palabra “libre”, más que en la expresión “desarrollo de la personalidad”. (...) esa norma implica que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional”³¹. De lo anterior puede entonces deducirse que el libre desarrollo de la personalidad busca que el Estado respete, acate y no se involucre en las decisiones que cada individuo toma con respecto a su vida, pues es algo muy íntimo que depende de los intereses de la persona como tal. Sin embargo, lo anterior no significa que en ocasiones no se pueda limitar ese derecho fundamental, pues dicho derecho puede hacerse valer dentro del ámbito legal, sin salirse entonces de éste: “(...) en situaciones específicas, pueden existir

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C – 309 de 1997. 25 de Junio de 1997, Magistrado Ponente; Alejandro Martínez Caballero.*

poderosas razones de interés general que justifiquen incluso la restricción de un derecho fundamental, siempre y cuando se respete su contenido esencial”³².

Es igualmente trascendente, mencionar que este derecho no hace referencia a una situación específica, es decir no tiene que ver explícitamente con una determinada situación o circunstancia, por el contrario tiene que ver con todo un poco, en todas las decisiones que tome una persona, ahí estará plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad: “(...) un derecho que no “opera en un ámbito específico, ni ampara una conducta determinada (...) ya que establece una protección genérica, por lo cual se aplica en principio a toda conducta (...)”³³. Así mismo, la Honorable Corte Constitucional ha expresado que el derecho objeto de estudio es “(...) de carácter “genérico y omnicomprensivo” cuya finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida. Es aquí donde se manifiesta el derecho de opción y es deber de las personas respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”³⁴. Reafirmamos entonces, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad hace alusión más que todo a las decisiones íntimas del ser humano, a las decisiones que tienen efectos y consecuencias esenciales en la vida de las personas.

Igualmente, es importante mencionar que el Estado en ocasiones muy especiales puede limitar el uso del derecho objeto de estudio, así como también lo puede hacer con otros derechos fundamentales, pero a su vez, el uso del derecho al libre desarrollo de la personalidad también está limitado por los derechos de terceros. Lo anterior encuentra fundamento en que las personas pueden formar su proyecto de vida, acorde con sus intereses y con plena libertad hasta el punto de que su proyecto afecte derechos de terceras personas, pues para lograr una convivencia armónica y pacífica es necesario hacer uso de nuestros derechos sin afectar los de los demás, pues en ese caso la sociedad sería un caos total, no habría respeto, ni obligaciones, ni sanciones y mucho menos derechos: Al respecto ha dicho la Corte: “(...) el único sentido genuino que se puede conferir a ese derecho es el de considerar que éste consagra una protección general a la capacidad que la Constitución reconoce a las personas a autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida,

32 *Ibid.*, *Sentencia C – 309 de 1997*.

33 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C – 355 de 2006*, Magistrados Ponentes: Jaime Araujo Rentaría y Clara Inés Vargas Hernández.

34 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T – 542, de Septiembre de 25 de 1992*, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

siempre y cuando no afecten derechos de terceros”³⁵. Adicionalmente, y como complemento de lo anterior, la misma Corte ha sostenido que el derecho en cuestión tiene como límite los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico: “Tanto el concepto “derechos de los demás” como el de “abuso del derecho” están contenidos en la noción de ordenamiento jurídico, expresión genérica que se refiere al conjunto de normas que comprometen el estado de derecho y deben entenderse como el conjunto de valores, principios y deberes que orientan la organización de la sociedad democrática”³⁶.

El objetivo principal de este derecho es entonces otorgarle al individuo la libertad para que éste escoja su proyecto de vida, que pueda desarrollarse dependiendo de sus intereses, que sea libre para tomar sus decisiones más íntimas, para determinar qué y quien quiere ser, y poder serlo sin que el Estado esté o no de acuerdo con su decisión. Es una forma para que los seres humanos se realicen como personas y disfruten de su existencia al máximo, sin que, como fue mencionado, el Estado pueda involucrarse en la toma de decisiones del individuo: “La libertad de toda persona de optar sin coacción alguna de escoger su estado civil, y entre otras opciones decidir entre contraer matrimonio, vivir en unión libre o permanecer en soltería. El derecho a ser madre, o, en otros términos, la consideración de la maternidad como una “opción de vida” que corresponde al fúero interno de cada mujer (...)”³⁷. Es entonces, un plan que debe escoger el individuo mismo, pues eso es lo que será el resto de sus días, es por eso que no puede haber ningún tipo de coacción. Como fue señalado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto y por lo tanto puede, en circunstancias especiales, verse limitado por órdenes del Estado, por los derechos de terceros y por el ordenamiento jurídico.

1.3.2.6 El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad se encuentra plasmado en el artículo 15 de la Constitución Política, el cual indica que “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. (...)”.

La Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre este derecho y ha estipulado que “(...) Este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la

35 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C – 309 de 1997*.

36 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T – 542 de 1992*.

37 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C – 355 de 2006*.

autonomía y a la autoconservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo. Uno y otra están en posición de reclamar una mínima consideración particular y pública a su interioridad, actitud que se traduce en abstención de conocimiento e injerencia en la esfera reservada que les corresponde y que está compuesta por asuntos, problemas, situaciones y circunstancias de su exclusivo interés. Ésta no hace parte del dominio público (...)”³⁸. Por lo anterior, no es equivocado sugerir que existe un punto interno de la persona y de su familia donde la opinión o la influencia de terceros sobran, un punto interno que es completamente privado.

La Corte Constitucional ha dicho que el derecho a la intimidad puede ser definido como “(...) una esfera de la vida del hombre donde el Estado, incluido el legislador, u otras personas no pueden penetrar y si invaden esa esfera pueden ser rechazados”³⁹. En este orden de ideas, puede entonces resaltarse que el individuo tiene un espacio íntimo y privado que es de él y en el cual nadie debe, ni puede involucrarse, ya sea un tercero o sea el Estado mismo. De esta manera, también se ha pronunciado el Estado acerca del tema y ha expuesto que decisiones como “(...) las de tener un hijo, o tomar o usar anticonceptivos o posconceptitos (la píldora del día después) ; o casarse son tan íntimas y personales que las personas deben tomarlas por si mismas en vez de que el Estado les imponga sus convicciones”⁴⁰.

En este sentido, puede afirmarse que el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad están extremadamente relacionados, pues ambos derechos hacen referencia a situaciones y decisiones muy íntimas y privadas de cada persona, ya que tienen que ver con su plan de vida, con sus planes y objetivos como personas a largo plazo y es por eso que el ordenamiento jurídico ha sido claro en decir y defender que nadie debe ni puede inmiscuirse en las decisiones que tomen los individuos con respecto a su propia vida, pues son decisiones muy personales, y eso es lo que tratan de proteger los derechos mencionados. Así mismo, estos derechos buscan también el respeto por parte de las otras personas por las decisiones acerca de los planes de vida de los demás, pues cada persona es libre para decidir y escoger de acuerdo con sus intereses lo que desea tanto en el presente como en el futuro, es entonces un modo de impulsar la visión pluralista que ha adoptado el ordenamiento jurídico colombiano y la sociedad como tal.

38 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T – 261, Junio 20 de 1995*, Magistrado Ponente, José Gregorio Hernández Galindo.

39 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-355 de 2006*.

40 *Ibid.*, *Sentencia C-355 de 2006*.

1.3.2.7. El derecho a la libertad de cultos y de religión

El artículo 19 de la Constitución política señala que “Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”.

Según la Corte Constitucional, “La religión comporta no sólo una creencia o acto de fe, sino, básicamente, una relación personal del hombre con Dios, que se traduce en el seguimiento de un sistema moral y en la práctica de un culto. De esta manera, el núcleo esencial de la libertad de religión es, justamente, la facultad de una relación con Dios”⁴¹, relación que está protegida por el derecho. La libertad de religión busca entonces aportarle al ser humano un cierto nivel de espiritualidad, y una visión moral dependiendo de la religión y el Dios que éste adopte, pues existen diversas religiones, todas con un Código moral diferente.

Normalmente, existe una gran confusión con respecto a la libertad de cultos y a la libertad de religión, pues se puede llegar a pensar que son bastante similares o iguales. La Corte ha hecho una clara distinción al respecto señalando que la religión como tal tiene que ver con una relación entre una persona y Dios, la cual se expresa por medio del culto público o privado; contrariamente, el culto es el conjunto de demostraciones exteriores presentadas a Dios, por consiguiente, si no existe una relación con Dios, no hay religión y si no hay religión no hay culto⁴².

Lo que busca esta norma, es que el individuo pueda autodeterminarse y escoger la religión que deseé y las decisiones que deseé de acuerdo con sus opiniones, sus creencias, sus gustos, su criterio. Por tal razón nadie debe ni puede convencerlo y reclamarle por sus puntos de vista, su forma de pensar y por el camino de vida que ha decidido adoptar, pues sólo él está encargado y facultado para hacerlo gracias a la libertad de la cual goza, es decir, no pueden imponerle algo que vaya en contravía de sus deseos e intereses, a menos que éstos vulneren derechos de terceros o pongan en riesgo el interés general de la Nación, es decir, en situaciones especiales pueden sus derechos ser limitados.

De la misma manera, y haciendo referencia a la libertad de religión y de cultos, la Corte⁴³ ha dicho que no es equivocado decir que estos dos derechos están a su vez relacionados con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C – 616 de 1997, 27 de Noviembre de 1997, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.*

⁴² *Ibid*, *Sentencia C – 616 de 1997.*

⁴³ *Ibid*.

éste último funciona como garantía de los primeros. Lo anterior se fundamenta en que gracias al derecho al libre desarrollo de la personalidad, el individuo puede crear su propio plan de vida teniendo en cuenta sus intereses, creencias, opiniones y actuar teniendo un “código moral” por así decirlo, que será aportado por la religión a la cual pertenezca, y que sus decisiones serán respetadas tanto por la comunidad en general como por el Estado.

Secundariamente, y haciendo énfasis en la relación que existe entre el derecho a la libertad de religión y de cultos y el matrimonio, es importante manifestar que la Corte ha explicado en repetidas ocasiones que “El pluralismo no puede consistir en descontar tradiciones o preceptos religiosos y en imponer un único matrimonio, el civil. Por el contrario, consiste en igualar las diversas tradiciones ante la ley, que, al ser general, no puede establecer desigualdad alguna. Aceptar sólo un matrimonio sería una discriminación contra las otras concepciones que prevén maneras distintas de asumir este vínculo, conforme a su libertad de conciencia”⁴⁴. En este orden de ideas, y de acuerdo con todo lo anterior, es prudente reafirmar que existe una relación estrecha entre el derecho a la libertad de religión y de cultos con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad y el derecho a la intimidad, y que la conexión existente es evidente gracias a que la aplicación errónea de alguno de los derechos estudiados posiblemente perjudicaría de manera inevitable la esencia de los demás ó los desconocería tácitamente, vulnerando así los derechos protegidos por estos, pues unos son garantías de otros.

En este orden de ideas, es prudente expresar que el Estado dejó a un lado su inclinación católica, es decir, el Estado colombiano tradicionalmente se inclinaba por una religión determinada que era la católica, pero posteriormente, y después de mucho tiempo observó que todos los individuos eran diferentes y por lo mismo preferían y necesitaban cosas distintas. El Estado por intermedio del legislador adoptó otra corriente para regular las relaciones entre los individuos, dándoles la oportunidad a estos últimos de escoger el camino de su preferencia para su realización como personas y no obligarlos a adoptar la inclinación del Estado. En otras palabras, el Estado optó por darles a los individuos plena libertad de escoger el camino de su preferencia para su realización como personas sin que dicha escogencia ameritara un trato desigual ante la ley, siempre y cuando dicho camino no afecte derechos de terceros.

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C- 456, 13 de Octubre de 1993, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.*

En este sentido, y de acuerdo con el breve estudio realizado acerca de estos tres derechos fundamentales, es trascendental mencionar que el ordenamiento jurídico colombiano establece una medida de protección bastante amplia con respecto a los derechos fundamentales tales como el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, intimidad, a la libertad de cultos y de religión. Los derechos analizados están estrechamente relacionados con el contrato de matrimonio debido a que las normas que regulan este tema, es decir las del Código Civil, contenían varias disposiciones (realmente antiguas) inconstitucionales que vulneraban, primero: el derecho a la igualdad de muchas personas, más que todo de las mujeres, y que la jurisprudencia a lo largo del tiempo y gracias al respeto por este derecho fundamental, ha ido cambiando, creando así un precedente sumamente importante tanto para el ordenamiento jurídico como para la sociedad en general. Por otro lado, dichas normas afectaban también el derecho al libre desarrollo de la personalidad de algunas personas, pues si estas no se casaban, la familia que fuera constituida por fuera del matrimonio era discriminada, para ser más específicos los hijos extramatrimoniales. De esta manera resulta indiscutible que el ordenamiento jurídico y el Estado como tal, presionaba a las personas para que contrajeran matrimonio, pues en el caso contrario su familia se vería desprotegida por el ordenamiento. Por consiguiente, la visión de algunas personas acerca de una relación afectiva estaba predeterminada por el ordenamiento: pues el matrimonio era sinónimo de beneficios para los hijos, la unión marital de hecho, por el contrario, desmeritaba y discriminaba a los hijos extramatrimoniales, por ende, es posible que muchas personas no hayan creído en la institución del matrimonio e igual así se hayan casado, pues implicaba un beneficio para sus seres queridos.

Resulta claro entonces, que lo que busca el ordenamiento jurídico colombiano es dar la libertad necesaria a los individuos para que éstos de manera consciente y sin afectar los derechos de terceros, hagan y realicen el plan de vida de su escogencia sin que sea esta una imposición, tal y como ocurría anteriormente. Adicionalmente, y como complemento de lo anterior, el Estado da al individuo la libertad suficiente. Garantizándole que cualquiera que sea su decisión, su familia estará protegida por el ordenamiento jurídico, situación que se viene presentando desde hace muy poco tiempo y que seguirá evolucionando si la Corte mantiene el precedente adoptado.

En este orden de ideas, es importante entonces examinar algunas de las jurisprudencias investigadas en el proyecto del hipertexto con el fin de estudiar el precedente de la Corte y ver como los derechos anteriormente descritos han tenido un gran efecto en relación con el contrato de matrimonio. Procederemos entonces a analizar la jurisprudencia analizada.

1.3.2.8 El derecho a casarse y el derecho a no casarse

En la Constitución Política de Colombia no hay reconocimiento expreso del derecho al matrimonio, aunque a la institución matrimonial alude el constituyente en varias ocasiones.

Conforme al primer inciso del artículo 42, la familia se constituye “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

Conforme al inciso séptimo del artículo 42, tienen iguales derechos y deberes los hijos “habidos en el matrimonio o fuera de él”.

Conforme al inciso décimo del artículo 42, “se rigen por la ley civil” las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo.

Conforme al inciso undécimo del artículo 42, los matrimonios religiosos “tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley”.

Conforme al inciso duodécimo del artículo 42, los efectos civiles de todo matrimonio “cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil”.

Conforme al inciso décimo tercero del artículo 42, también tendrán efectos civiles, en los términos que establezca la ley, “las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión”.

El Derecho al matrimonio está reconocido de manera explícita en los artículos 14, 16 y 18 de la Constitución. Que consagran, respectivamente, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la libertad de conciencia. “Todo matrimonio válido se funda en el ejercicio de esos tres derechos, pues casarse implica para uno y otro contrayente actuar como portador y titular de bienes jurídicos inherentes, como duelo de sí mismo y como ser decisional”⁴⁵

1.4 REGULACIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO

A continuación se realiza un análisis de las diferentes tendencias jurídicas y de las transformaciones que ha tenido el contrato de matrimonio a lo largo del

⁴⁵ MADRID-MALO GARIZABAL, Mario. *Derechos fundamentales*. Bogotá, 3R Editores, 1997. ISBN: 958-96137-4-8. P. 131.

tiempo y más específicamente, a partir de la nueva visión que trae consigo la Constitución Política de 1991 la cual establece el respeto de una sociedad por nuevos principios, valores y derechos fundamentales entre otros. De acuerdo con lo anterior, y con la intención de demostrar lo anteriormente afirmado, analizaremos, más adelante, la jurisprudencia existente para comprender la evolución del contrato de matrimonio y cual ha sido el precedente utilizado por la Corte Constitucional en relación con algunos de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política.

1.4.1. Evolución de la legislación matrimonial en Colombia

El legislador, y por consiguiente, el Código Civil Colombiano es el encargado de reglamentar todo lo relacionado con el tema del matrimonio⁴⁶. En el Código Civil, encontramos la definición del matrimonio, los efectos del mismo, los

⁴⁶ Existen varias teorías acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, teorías que han causado controversia. Para algunos es un contrato, para otros es una institución jurídica, otra opinión es que es una mezcla de ambos. De acuerdo con el criterio de muchos doctrinantes, existen cuatro teorías que pueden ser acogidas para determinar la naturaleza del matrimonio. Esta agrupación teórica es importante, ya que existen muchas opiniones al respecto y porque después de que el matrimonio se volviera civil suscitaron variadas teorías acerca del tema, teorías que no han sido definidas y que descansan en meras opiniones. Las teorías son las siguientes: a. **Teoría contractual:** Los que apoyan esta teoría sostienen que el matrimonio es un contrato. No obstante, consideran también que no es un contrato cualquiera, pues en los demás, las partes pueden de manera autónoma, y siempre respetando unas determinadas pautas impuestas por la ley, “(...) regular libremente sus efectos, ni decidir la disolución, o introducir en él modalidades (...)”(SUÁREZ FRANCO Roberto, Derecho de Familia, Régimen de las personas, novena Edición, Editorial, Bogotá, TEMIS – 2006, Pág. 54). En este orden de ideas, es relevante manifestar que para la presente teoría, el matrimonio es un contrato y que aunque tenga una regulación más exigente que otro tipo de contratos (por estar el matrimonio estrechamente relacionado con la persona más que con bienes materiales) cumple con los requisitos exigidos por la ley, cuando ésta última determina qué es un contrato.

b. **Teoría institucional:** Esta teoría hace referencia a que el matrimonio es una institución. Afirmación que encuentra su fundamento en que las normas que regulan el tema del matrimonio están por encima de la voluntad de los cónyuges, por consiguiente, se trata de normas imperativas, lo cual puede llegar a confundir su forma exterior con un contrato, pero es más que eso y eso es una institución jurídica. Así mismo, dicen los que apoyan esta teoría, que una institución jurídica es “(...) una integración ideal con permanencia jurídica dentro de un medio social que tiene como característica la del ser un poder organizado, cuyos miembros poseen un común destino”(Ibid., Pág. 56).

c. **Teoría mixta:** Esta teoría es partidaria de la idea de que el matrimonio es un contrato y a la vez una institución jurídica. Es un contrato porque está de por medio el acuerdo de voluntades entre las partes; y es una institución porque esa voluntad está limitada por las normas legales.

d. **Teoría Ecléctica:** Por otro lado, la teoría ecléctica indica que el matrimonio es una institución formada por normas de carácter imperativo con la finalidad de unir a los sexos, de crear una familia y destinada a la prolongación de la especie. Esta tesis no define nada, es decir no soluciona el problema acerca de la naturaleza del matrimonio, la teoría mixta hace lo mismo.

En Colombia se adopta la teoría contractualista, debido a que el ordenamiento jurídico colombiano, intenta al máximo proteger los derechos y garantías individuales, dando así una importancia enorme a la voluntad de los contrayentes o cónyuges. No obstante lo anterior, el legislador no le ha restado importancia al matrimonio, pues regula, mediante normas de carácter imperativo, todo lo relacionado con el mismo, pues de por medio también está la protección de la familia que es considerada como el núcleo fundamental de nuestra sociedad. Sin embargo hay otros que apoyan o adoptan la teoría mixta diciendo que el matrimonio debe considerarse “(...) como contrato y como institución. Contrato en su constitución, institución en sus fines y desarrollo” (NARANJO OCHOA Fabio, Derecho Civil Personas y Familia, Décima Edición, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. LTDA. 2003, Pág. 276).

derechos y las obligaciones de los cónyuges y las causales de disolución y de divorcio entre otros. No obstante, esta regulación ha sido objeto de diversos cambios en repetidas ocasiones.

El contrato de matrimonio ha sido objeto de innumerables cambios. Con el fin de demostrarlo se expondrán a continuación algunas de las transformaciones legislativas más trascendentales:

1)La Ley 57 de 1887: Introdujo varias reformas, a saber: en primer lugar legalizó la celebración del matrimonio por apoderado. Así mismo, introdujo, como nuevas causales de nulidad del matrimonio, el parentesco de afinidad en primer grado, en línea recta, existente entre los contrayentes y la celebración del matrimonio cuando no haya sido celebrado ante el juez y los testigos señalados por la ley. Por otro lado, la ley objeto de análisis, prohibió a los tutores y tutoras o a los curadores y curadoras, así como a sus descendientes, contraer matrimonio con sus pupilas o pupilos, sin antes rendir cuentas acerca de la administración de sus bienes. De la misma manera, estableció que algunas de las nulidades contenidas en el artículo 140 del Código Civil no eran subsanables, es decir, tenían el carácter de absolutas, y por ende, no existía la posibilidad de que fueran saneadas con el pasar del tiempo ó por voluntad de los contrayentes. Otro cambio importante, introducido por ésta ley, fue que los matrimonios católicos gozaban de plenos efectos civiles, sin importar el tiempo de su celebración, y que los jueces eclesiásticos eran competentes para conocer de los casos de nulidad y de divorcio de los matrimonios católicos.

2) Ley 30 de 1888: Esta ley, determinó que los matrimonios civiles eran nulos de pleno derecho en caso de que uno de los cónyuges contrajera, posteriormente, nuevas nupcias por lo católico. Igualmente, reconoció la legitimidad de los hijos concebidos en el matrimonio civil que hubiere sido anulado por la celebración posterior de un matrimonio católico.

3) La Ley 8 de 1922: Por medio de ésta ley, se concedió a la mujer casada, la facultad o el derecho de administrar algunos de los bienes de la sociedad conyugal, por ejemplo, los bienes de uso personal.

4) La Ley 28 de 1932: Mediante esta ley, se concedió a la mujer casada, mayor de edad, la posibilidad de recibir parte de los gananciales de los bienes comunes existentes entre los cónyuges, por consiguiente, otorgó a la mujer, la facultad de administrar los bienes adquiridos, al igual que el marido.

- 5) La Ley 266 de 1938: Esta ley autorizó la celebración de matrimonios de extranjeros ante sus respectivos Agentes Diplomáticos o Cónsules, y los requisitos legales exigidos para que tal celebración fuera válida.
- 6) La Ley 20 de 1974: Por medio de esta ley, se otorga competencia a los jueces del Estado para conocer de los casos de separaciones matrimoniales.
- 7) El Decreto 2820 de 1974: Por el cual, se otorgan los mismos derechos y obligaciones tanto a las mujeres como a los hombres y acabó con la potestad marital, figura que volvía a la mujer incapaz relativo al momento de contraer matrimonio.
- 8) La Ley 16 de 1972: Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual habla sobre la protección a la familia.
- 9) La Ley 51 de 1981: Mediante esta ley, se aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- 10) El Decreto 2668 de 1988: Por medio de este Decreto se autoriza el matrimonio civil ante notario.
- 11) El Decreto 2272 de 1989: Que organiza la Jurisdicción de Familia.
- 12) La Ley 54 de 1990: De la unión marital de hecho.
- 13) La Ley 57 de 1990: Acerca del matrimonio por apoderado.
- 14) La Ley 25 de 1992: Esta ley establece que las actas de matrimonio expedidas por las autoridades religiosas deberán inscribirse en la oficina de Registro del Estado Civil de las personas. En este orden de ideas, es importante resaltar que en este punto, existe nuevamente una relación entre lo religioso y lo civil.
- 15) La Ley 82 de 1993: Esta ley trata el tema de la protección a la mujer cabeza de familia.
- 16) La Ley 133 de 1994: Que promulga la libertad religiosa y de cultos.

De la evolución legislativa expuesta (todo lo anterior), se puede concluir, que el legislador, con el pasar del tiempo, fue transformando la tendencia existente relacionada con la reglamentación del contrato de matrimonio. Conclusión que resulta clara al ver cómo la mujer casada empezó a ser tratada con un sentido más amplio de igualdad en relación con el marido, como lo católico que estaba tan unido al Estado y actualmente, aunque la religión es importante para el

Estado Colombiano, no es importante para la vida civil en general. Por último, es importante tener en cuenta y recordar la independencia existente entre la jurisdicción eclesiástica y la jurisdicción civil.

1.4.2 Generalidades relativas al matrimonio en el derecho colombiano

En Colombia el matrimonio es objeto de poca regulación constitucional. Sólo el artículo 42 de la Constitución Política hace referencia a él como la forma principal de constituir una familia. Es el Código Civil el que regula el vínculo matrimonial, sus efectos y los derechos que le incumben. Este mismo Código define el matrimonio considerándolo como un contrato solemne, suscrito entre un hombre y una mujer, haciéndole eco a la norma constitucional cuando determina que la familia se forma por “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio” de tal forma que el matrimonio es una institución exclusiva para las parejas heterosexuales en Colombia.

En Colombia el matrimonio puede ser civil o religioso. El primero de ellos se celebra ante notario o juez. El segundo requiere de convenio entre la Iglesia y el Estado. Para tener efectos civiles, la ceremonia debe ser inscrita en el registro civil de cada persona. Sólo los mayores de edad pueden contraer matrimonio. Sin embargo, los menores púberes (con más de 14) pueden contraerlo con autorización expresa de sus padres o tutores. El consentimiento mutuo es requisito esencial para la validez del matrimonio y la igualdad de derechos entre los cónyuges está protegida por la Constitución Nacional.

El régimen matrimonial implica una obligación de mutua ayuda y fidelidad, así como un régimen de garantías dirigidas a proteger la familia considerada constitucionalmente como núcleo fundamental de la sociedad. Las garantías más importantes de las que goza la familia son:

- 1) La de la sociedad conyugal, por la cual todos los bienes habidos dentro del matrimonio pertenecen por partes iguales a los dos cónyuges. (Código Civil, Art. 180)
- 2) La tutela y curaduría legítima del cónyuge incapacitado queda a cargo del otro cónyuge, quien tiene derecho y el deber de administrar sus bienes y se convierte en su representante legal. (Código Civil. Art. 457)
- 3) La obligación alimentaria que significa que el cónyuge que no pueda sostenerse económicamente por sí mismo o que esté a cargo de los hijos es acreedor a cargo del otro cónyuge de una pensión de alimentos, la que puede ser determinada

por el juez y cuya protección legal implica, inclusive, sanciones penales a quien se niega a asumirlos. (Código de la Infancia y la Adolescencia).

4) La posibilidad de adopción y la igualdad de derechos y deberes frente a los hijos e hijas.

5) La posibilidad de constituir patrimonio de familia o de afectar un inmueble como vivienda familiar con derechos económicos que el Estado brinda a la familia para proteger sus bienes y convertirlos en inembargables o necesitar de doble firma para disponer de ellos.

6) El concepto constitucional y legal de intimidad familiar que protege a la familia de toda intromisión externa.

7) La protección legal contra la violencia intrafamiliar considerada como una forma de violencia autónoma que requiere un manejo especial adecuado a las necesidades de la familia.

8) En cuanto a los derechos procesales, según la Constitución, nadie puede ser obligado a declarar contra su cónyuge.

9) En el régimen sucesoral, los cónyuges pueden participar en la liquidación de la sociedad conyugal como herederos de una porción conyugal o de la legítima rigurosa.

10) En cuanto al régimen de pensiones y salud obligatorio, el cónyuge es el principal beneficiario de la persona inscrita.

1.5 LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL RELATIVAS AL MATRIMONIO

1.5.1 Corte constitucional, Sentencia 027 de 1993. Magistrado ponente: Simón Rodríguez Rodríguez. Concordato

El problema fundamental de esta sentencia radica en que, anteriormente, se reconocía, a los matrimonios celebrados bajo las normas del derecho canónico plenos efectos civiles. Así mismo, los tribunales eclesiásticos eran competentes para conocer sobre las nulidades o las disoluciones del vínculo de los matrimonios canónicos y además, la Iglesia era considerada competente para solucionar los conflictos originados por los matrimonios católicos, obligando así al Estado a

ejecutar las sentencias proferidas por ésta última. Hecho que conducía a que, en primer lugar, el ordenamiento jurídico colombiano estuviera sometido a las decisiones de las autoridades del derecho canónico; en segundo lugar, se podría pensar que se estaba desconociendo lo dispuesto por la Carta Política de 1991, que concedía a las autoridades civiles competencia total para reglamentar todo lo relacionado con el matrimonio, fuera éste último religioso o no; y por último, al considerar que el Estado debía ejecutar las sentencias decretadas por la Iglesia se estaría imponiendo al Estado un procedimiento a seguir.

La Corte, en relación con este tema, indicó que existe una clara independencia entre la jurisdicción civil y la jurisdicción eclesiástica y por esta razón, al Estado corresponde regular todo cuanto tenga que ver con los efectos civiles de los matrimonios religiosos, más no con el vínculo que se origina de éste tipo de matrimonios. Adicionalmente, señala esta corporación, que el Derecho canónico está encargado de regular los matrimonios católicos sin perjuicio de que la ley civil regule los efectos civiles de los mismos (entre dichos efectos se encuentran el de la cohabitación, la fidelidad, el socorro mútuo, entre otros). Además, dice la Corte, que todos los miembros de la comunidad tienen derecho a contraer matrimonio bajo los ritos que deseen, pues la Carta garantiza no sólo la libertad de cultos, sino que también prohíbe la discriminación por razones de religión, raza etc., garantizando así el derecho a la igualdad y otros derechos fundamentales.

Por otra parte, señala la Corte, que las sentencias de nulidad matrimonial proferidas por las autoridades de la respectiva religión, una vez estén ejecutoriadas deberán ser llevadas al juez de familia quien decretará su ejecución en cuanto a los efectos civiles de dicho matrimonio. Es decir, los tribunales de la respectiva religión están facultados para decretar la nulidad del vínculo sacramental que une a los cónyuges, sin embargo y aunque se de por terminado dicho vínculo, queda un vínculo pendiente que es el jurídico, el cual hace referencia, entre muchas otras cosas, a los efectos civiles del matrimonio que deberán ser ejecutados por medio de una declaración judicial.

Por último, la Corte indica que el ordenamiento jurídico colombiano introdujo el divorcio como medio de cesación de todos los efectos civiles de los matrimonios celebrados por los ritos de cualquier religión, pero que no termina con el vínculo eclesiástico.

La Corte entonces expresa que todas las personas pueden decidir si desean o no casarse bajo el rito de cualquier religión, pues la libertad de cultos es un derecho fundamental de toda persona; pero que dicha unión, sin importar cual haya sido el rito religioso, será regulada, en cuanto a los efectos civiles por la propia ley civil.

De donde se puede deducir que, sin importar el culto bajo el cual se haya celebrado el matrimonio, la ley civil siempre regulará los efectos civiles del mismo y que todas las personas son libres para determinar bajo qué religión desean casarse. Así mismo, que toda persona será considerada igual ante las demás y que no podrá ser discriminada por su religión y raza, especialmente. Por consiguiente, es trascendental mencionar, que el hecho de pertenecer a una determinada religión no puede ser un motivo de discriminación, y que todas las personas, sin importar su religión, sexo, raza, etc., deben estar en un plano de igualdad ante la ley y ser tratadas de igual manera, pues una preferencia determinada en la esfera espiritual u en otra esfera no debe suponer un beneficio o una desventaja para una persona, pues ésta es libre de escoger el estado que deseé, dependiendo de sus intereses, siempre y cuando lo escogido no vulnere los derechos de terceros o perjudique de cualquier manera (directa o indirectamente) a éstos últimos. No es erróneo entonces afirmar que las consideraciones de la sentencia objeto de análisis tienen como fundamento variados derechos fundamentales tales como el de igualdad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad y libertad de religión y de cultos, entre los más salientes.

1.5.2 Corte constitucional, Sentencia C- 456 de 1993. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. De los efectos civiles de los matrimonios religiosos

En la presente sentencia se cuestiona si existe o no una distinción entre el matrimonio civil y el matrimonio religioso, y en caso de ser afirmativa la respuesta, si se estaría violando el derecho a la igualdad. Adicionalmente, se pregunta si es inconstitucional que los ciudadanos celebren el contrato de matrimonio bajo cualquier ritual y que éste último deba regirse por las normas civiles.

La honorable corporación, explica que son tendencias naturales del ser humano la unión matrimonial y la religiosidad, pues ésta última le aporta al ser humano espiritualidad. Por este motivo es natural que una persona decida conformar una familia mediante la celebración del contrato de matrimonio a través de un vínculo espiritual bajo el rito religioso de su preferencia. Afirmación que lleva al ordenamiento jurídico colombiano a reconocer el matrimonio religioso sin importar bajo qué religión fue celebrado, pues uno de los principios fundamentales de la Carta Política de 1991 es el pluralismo, por ende, todos los matrimonios se encuentran en igualdad de condiciones y los efectos civiles de los mismos cesan por divorcio, tal y como lo expresa la ley. No obstante, este hecho no implica que el legislador no pueda reconocer la naturaleza sacramental del vínculo religioso, sea este vínculo el católico, el cristiano, budista o el que determine la persona, pues la Carta promueve la libertad de cultos y de

conciencia entre otros, dándole así, toda la libertad al individuo para que éste escoja la religión y camino espiritual de su preferencia.

Igualmente, y haciendo alusión al derecho a la igualdad, La Corte explicó que “(...) la Constitución misma es la que alude al matrimonio religioso, pero iguala los efectos civiles de éste con los de todo matrimonio, es decir, estipula la igualdad en derecho (el subrayado es nuestro). Es pertinente recordar que la igualdad no consiste en la identidad absoluta, sino en la proporcionalidad. En este caso no consiste en desconocer el matrimonio religioso como tal, e imponer un único matrimonio, sino que se iguala lo diferente, esto es, se reconoce que siendo los matrimonios distintos, tendrán un tratamiento jurídico igual”. En este sentido, La Corte expone entonces que lo que hace la Constitución es igualar cosas distintas: en el presente caso se le da el mismo efecto civil al matrimonio religioso (cualesquiera que sea la religión) y a cualquier otro tipo de matrimonio. Tal igualdad no implica que la ley civil maneje los efectos civiles de todos los matrimonios y que además afecte el vínculo religioso, pues esto último no ocurre, lo que ocurre simplemente es que no es soluble el vínculo de los matrimonios religiosos, sino que los efectos civiles de éste cesan por el divorcio.

Lo que se debe rescatar, fundamentalmente, de esta sentencia, es que el matrimonio religioso y el civil son diferentes en su esencia pero son tratados como iguales por el ordenamiento jurídico, pues como lo dice la misma Corte: “(...) la igualdad no consiste en la identidad absoluta, sino en la proporcionalidad”. Es decir, los matrimonios pueden ser diferentes, pero deben ser tratados de la misma manera con el objetivo de garantizar lo prescrito en el artículo 13 de la Constitución Política que hace referencia al derecho a la igualdad; como ejemplo de este tratamiento se pueden nombrar varios casos a saber; 1) el sexo femenino y el sexo masculino: son diferentes pero tienen un trato igual ante la ley; 2). como bien lo indica la sentencia objeto de estudio, el matrimonio civil y el matrimonio religioso, son diferentes pero son tratados de la misma manera ante la ley, por último 3) el matrimonio católico es diferentes al matrimonio cristiano, budista o protestante pero son tratados como iguales ante la ley. De donde se puede entonces concluir, que el hecho de que las personas tengan gustos, preferencias, físicos, visiones políticas diferentes, no significa que deban ser tratados de manera desigual, pues las preferencias o las diferencias existentes, sean cuales sean no pueden reducir o aumentar los derechos a las personas.

Se puede concluir que lo que busca la Corte Constitucional con esta sentencia es reconocer la naturaleza religiosa de los matrimonios celebrados bajo cualquier culto, pero dejando claro que los efectos civiles de los mismos serán regulados conforme a la ley civil. Reconocimiento que no significa que el ordenamiento

jurídico se esté saliendo de su jurisdicción, pues no está regulando o involucrándose en lo que respecta a la conciencia de los individuos sino regulando los efectos civiles de cualquier tipo de matrimonio religioso, respetando así la voluntad de los individuos y el vínculo sacramental que se origina con la celebración del matrimonio religioso.

1.5.3 Corte Constitucional, Sentencia C – 082 de 1999. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. El adulterio de la mujer como causal de nulidad del contrato de matrimonio

Esta sentencia analiza el numeral 7 del artículo 140 del Código Civil, el cual hace alusión al adulterio por parte de la mujer como causal de nulidad del matrimonio. Concretamente, se estudia si existe o no una discriminación por razones de sexo, como también si es justo y razonable, anular el matrimonio entre la mujer adultera y la persona con la cual se cometió dicho adulterio y no aplicar las mismas consecuencias civiles para el matrimonio celebrado, bajo los mismos sucesos por el hombre adúltero.

La Corte señala, que históricamente, nuestra sociedad ha discriminado a la mujer en diversos aspectos y al hombre le han hecho una especie de glorificación. A pesar de semejante discriminación, la Carta de 1991 introdujo un cambio sumamente importante en cuanto a este tema y concedió a la mujer no solo la igualdad de derechos, sino también la igualdad de oportunidades y la consagró expresamente la prohibición de discriminar a la mujer. Es así como el legislador está obligado a fundar normas de aplicación común sin hacer distinciones de ninguna clase, es decir no pueden estas normas, favorecer a unos y desfavorecer a otros, pues se estaría vulnerando el derecho a la igualdad. En este orden de ideas, es primordial mencionar que el hecho de pertenecer a un determinado sexo no implica una razón para adquirir beneficios o tratos discriminatorios de la ley, pues como ya lo ha mencionado la Corte en repetidas ocasiones, los hombres y las mujeres son diferentes pero deben ser considerados como iguales ante la ley.

Adicionalmente, y como complemento, es indispensable manifestar que, eventualmente, se pueden utilizar criterios distintivos como el sexo y eso no será necesariamente discriminatorio, sin embargo, para que dichas distinciones no sean consideradas inconstitucionales, deben sustentarse en criterios razonables que las justifiquen. El principio de igualdad, es entonces una especie de medida para que en los derechos no se consagren excepciones o privilegios para algunos individuos y para otros no, por eso no es válido disponer que la causal del adulterio les sea aplicada únicamente a las mujeres, pues aparte de todo, el ordenamiento jurídico vigente expresa que las relaciones de la familia están

basadas en la igualdad de derechos tanto para el hombre como para la mujer, por lo tanto el artículo objeto de estudio, perpetúa la histórica discriminación que ha sufrido la mujer a lo largo de los años, situación que es injusta y contraria a la norma de normas y, por tal razón, fue declarado inexistente.

En este sentido, es importante resaltar que la Corte, promueve y protege, lo que más puede, el derecho a la igualdad. Resulta bastante clara la intención de la Corte Constitucional de ser consecuente con la nueva Carta, protegiendo a la mujer y otorgándole un papel importante dentro de la sociedad y más que todo dentro de la familia que ha sido considerada, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 42 de la Constitución Política como el núcleo fundamental de la sociedad. Así mismo, es importante ver como la Corte implementa e introduce el derecho a la igualdad en las relaciones de familia, es decir, que debe ser aplicado a todos los integrantes de la misma, ya que de esta manera está protegiendo no sólo a la mujer y al hombre sino también, y en caso de existir, a los hijos menores comunes de la pareja, salvaguardando entonces la totalidad de la familia, pues esta no está conformada únicamente por los padres sino también por los hijos.

La presente sentencia busca entonces proteger a todos los integrantes de una familia, sin discriminaciones, sin diferencias provenientes del género ó la edad. En una familia todos los miembros son iguales y merecen el mismo trato, y eso es lo que trata de garantizar la Corte Constitucional mediante la sentencia analizada.

1.5.4 Corte Constitucional, Sentencia C 112 de 2000. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. El juez competente para la celebración del matrimonio

La sentencia estudiada debe resolver si la ley puede, sin violar la igualdad entre los sexos, preferir el lugar en el que reside la mujer al del hombre para la celebración del matrimonio, es decir escoger de ese modo al juez competente, y si son los criterios relacionados con el sexo, importantes para asignar la competencia mencionada. En este orden de ideas, la Corte entra a analizar, si atribuirle la competencia al juez del domicilio de la mujer representa o no una regulación discriminatoria.

En primer lugar, la Corte indica que la facultad que tiene el legislador para regular el tema de matrimonio y en cuanto la asignación de competencias no es absoluta y por lo tanto limitada, aunque es bastante amplia, pues el legislador debe respetar en todo momento ciertos diseños institucionales y postulados establecidos por la Constitución.

La importancia de la norma impugnada radica en que el matrimonio debe gozar de cierta publicidad, pues es importante que en el lugar donde se celebre el matrimonio sean conocidos los contrayentes con el objetivo de que se le facilite al juez conocer si existen o no impedimentos que afecten la celebración del mismo. En este sentido, lo que busca la norma es garantizar la validez de los matrimonios que se van a celebrar.

Por otra parte, y con respecto al derecho a la igualdad, La Corte señala que, la ley, en el momento de determinar quien es el juez competente, por el factor territorial para la celebración del matrimonio, escogiendo el domicilio de la mujer, está utilizando el sexo como criterio de diferenciación, ya que le está otorgando la competencia al juez de la residencia de un genero determinado. La Corte, analizó la norma y no encontró ninguna respuesta que justifique el hecho de otorgarle y de preferir que la competencia sea del juez del domicilio de la mujer, pues dicha disposición es contraria a los postulados consagrados en la Carta Política de 1991 donde se reconoce explícitamente la igualdad entre los sexos. En este orden de ideas, la Corte expone que el juez competente será el juez municipal o promiscuo de cualquiera de los contrayentes.

De esta manera, no es equivocado entonces resaltar que el legislador debe respetar los valores y principios establecidos en la Constitución, y que los criterios relacionados con el sexo, utilizados para crear una ley o norma, no siempre son considerados inconstitucionales, para verificar tendencia es necesario que se lleve a cabo alguno de los tests mencionados con anterioridad. Lo importante en el caso concreto, es que no existía ningún tipo de justificación para preferir el domicilio de la mujer, pues la norma busca garantizar la validez de los matrimonio celebrados, y esto se puede lograr otorgándole la competencia al juez del lugar de residencia de cualquiera de los dos contrayentes, no necesariamente el de la mujer, pues resulta discriminatorio y nuestro ordenamiento jurídico tiene como fin primordial promover el derecho a la igualdad ante la ley. El hecho entonces de pertenecer a un determinado sexo no es garantía para obtener un beneficio pues es claro que la diferencia se debe asemejar con desigualdad.

1.5.5 Corte Constitucional, Sentencia C 007 de 2001, Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. De la mujer raptada como causal de nulidad

La providencia analizada se cuestiona acerca de si el lenguaje utilizado por la norma impugnada, es decir el robo de la mujer, es contraria a la Constitución y si es justificable que sea sólo la mujer la que tiene la opción de subsanar un vicio de la voluntad, entre otros interrogantes.

Inicialmente, la Corte manifiesta que la expresión “robo de la mujer” cosifica a la mujer, pues robar hace alusión a actos de apoderamiento relacionados con bienes o cosas muebles, dándole entonces a la mujer un trato contrario a la dignidad humana. Consecuentemente, la honorable corporación otorga un nuevo significado al término raptar que respete los postulados de la Constitución.

Por otro lado, La Corte realiza un test estricto de igualdad con el objetivo de determinar si es o no inconstitucional que sólo la mujer raptada tenga la posibilidad de subsanar el vicio de la voluntad y no el hombre, ya que existen diferencias de trato, en este caso por razones de sexo. Después de hacer el test la Corte indica que el vacío legal que niega al hombre la posibilidad de subsanar el vicio del consentimiento por el rapto es inconstitucional pues es discriminatorio por no incluirlo en la norma.

De lo expuesto, es importante decir que aunque históricamente, hayan sido las mujeres el género discriminado, los hombres pueden ser también discriminados y lo anterior puede ser una consecuencia directa de la misma discriminación en contra de la mujer. Discriminación fundada en que las mujeres fueron siempre consideradas como el sexo débil, tanto física como mentalmente, situándolas en un nivel claro de inferioridad, por esa razón era concebible y existía mayor posibilidad de que la mujer fuera raptada, más no el hombre, pues éste ha sido considerado como el género fuerte e invencible, siendo, por consiguiente, casi imposible que un hombre fuera raptado. Sin embargo, el ordenamiento jurídico está extremadamente pendiente del respeto por el artículo 13 de nuestra Constitución, pues es uno de los principios y derechos fundamentales de la misma. Accesoriamente, se puede decir que por medio del respeto del derecho a la igualdad, se están respetando muchos más derechos, principios y valores, tales como el de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad entre otros. En la sentencia objeto de estudio, también explica la Corte, que el hecho de que este vicio del consentimiento sea subsanable, no significa que el ordenamiento jurídico le esté “perdonando” o condonándole la deuda al raptor. Lo que busca la norma es garantizarle al cónyuge violentado su libertad para escoger si en efecto desea iniciar una relación afectiva con el raptor o no, pues la toma de esta decisión corresponde al interesado. De lo contrario, y si el Estado se involucra demasiado se estarían violando las libertades del individuo y se estaría afectando no solo su derecho a la intimidad sino también al libre desarrollo de la personalidad. Es entonces evidente que por medio de esta sentencia se está logrando la protección del individuo por parte del Estado pero guardando, éste último, siempre una distancia prudente con el objetivo de no violentar la esfera privada del individuo.

1.5.6 Corte Constitucional, Sentencia C – 271 del 2003. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Del conyugicio

En la sentencia se analiza únicamente el problema jurídico que se plantea en relación con la nulidad y la carencia de efectos del matrimonio civil contraído por quien ha matado o hecho matar al cónyuge de la persona con quien pretende contraer un nuevo matrimonio destruyendo con el asesinato un matrimonio anterior, vulnerando de esta manera los principios de igualdad, de intimidad y libre desarrollo de la personalidad entre otros, centrándonos además, en el significado que tiene la familia en nuestra sociedad y en nuestro ordenamiento jurídico.

La Corte señala, en la presente providencia, que la familia es una “(...) comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes mas próximos. Desde la perspectiva natural, la familia tiene su origen en la unión afectiva que surge entre un hombre y una mujer, mientras que como institución jurídica su fuente primaria es el matrimonio, siendo éste la forma en que la unión es sancionada por el ordenamiento legal preexistente”. De igual manera, la Corte indica que el ordenamiento jurídico y el Estado como tal tienen el deber de velar por la integridad y conservación de la familia, es decir, que debe ser protegida a cabalidad por el Estado. Lo fundamental, en la presente sentencia es que la Corte considera que lo que busca el Estado es proteger a la familia de manera integral, sin importar bajo que mecanismo fue constituida ésta última. Un ejemplo de esta situación es que “Con criterio eminentemente garantista, y bajo la concepción de que la familia se forma tanto por vínculos jurídicos como naturales, dicho precepto coloca en un mismo plano de igualdad a los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, y a los adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, al reconocerles idéntico trato jurídico en cuanto a sus derechos y en cuanto a sus deberes”. De lo anterior, puede entonces deducirse que aunque el matrimonio y la unión marital de hecho sean diferentes y se traten de manera diferente en el ámbito jurídico, la consecuencia que puede surgir de ellos, es decir, la familia, debe ser tratada de igual manera, porque no importa si la familia fue constituida por un vínculo natural o jurídico, lo importante es que al constituirse la familia ésta goza de plenos e iguales derechos sin importar su origen, pues la intención del Estado es protegerla y garantizar su bienestar.

La importancia de esta norma como causal de nulidad, enseña la Corte, radica en que busca es prevenir y contrarrestar las acciones violentas dentro de cualquier

matrimonio para así proteger la institución familiar, evitando así cualquier acto de violencia en el interior de ésta última, así como proteger también el derecho a la vida, pues el conyugicidio trae consecuencias civiles y además penales.

Asimismo, indica la Corte, que “(...) la nulidad del matrimonio civil por conyugicidio se configura cuando ambos contrayentes han participado en el homicidio y se ha establecido su responsabilidad por homicidio doloso mediante sentencia condenatoria ejecutoriada; o también, cuando habiendo participado solamente un contrayente, el cónyuge inocente proceda a alegar la causal de nulidad dentro de los tres meses siguientes al momento en que tuvo conocimiento de la condena”

El legislador encargado de regular todo lo relacionado con el contrato de matrimonio, debe tener siempre en cuenta que lo que busca el ordenamiento es promover la celebración de matrimonios válidos y por sobre todas las cosas la protección a la familia. Por esta razón el legislador impone sanciones a aquellos matrimonios que han sido celebrados de manera incorrecta y sin tener en cuenta los postulados legales y crea normas para evitar la violencia dentro del núcleo familiar promoviendo así el crecimiento de las familias sanas.

Por otra parte, la unión marital de hecho crea un vínculo natural debido a que es una simple unión entre un hombre y una mujer, en cambio el vínculo jurídico sólo nace mediante la celebración del contrato de matrimonio, y es por esa razón que la ley puede sancionarlo, modificar sus normas y crear nuevas si lo considera pertinente; por el contrario, la ley no regula nada en relación con la unión marital de hecho, pues no le corresponde por no tener o crear efectos jurídicos.

1.5.7 Corte Constitucional, Sentencia C - 482 de 2003. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra. De la adopción

En la sentencia se cuestiona si al declarar nulo el matrimonio celebrado entre la mujer que fue esposa del adoptante y el hijo adoptivo más no el contraído entre el ex cónyuge de la mujer adoptante y la hija adoptiva de ésta vulnera el derecho a la igualdad.

La Corte, en el caso concreto, y como lo ha hecho con la mayor parte de las sentencias relacionadas con el contrato de matrimonio, empieza manifestando que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que es por eso que el Estado tiene el deber de protegerla. Subsiguientemente, señala que por medio de la adopción nace una relación jurídica de parentesco entre el adoptado y el adoptante, así como con los parientes consanguíneos o adoptivos de este, y por ende, el ordenamiento jurídico colombiano “(...) establece la igualdad de derechos y

deberes de los hijos adoptivos con los habidos en el matrimonio o fuera de él, o con los procreados naturalmente o con asistencia científica", porque el ordenamiento protege tanto a los integrantes de una familia como a la familia misma. Es con base en este razonamiento, (por lo anterior,) que la Corte considera que no existe ninguna dificultad con respecto a la nulidad del matrimonio celebrado entre el padre adoptante y la hija adoptiva o entre la madre adoptante y el hijo adoptivo, pues resulta obvio que "(...) ellos se encuentran en el mismo grado de parentesco del hijo o hija o su progenitor o progenitora ligados por el parentesco de consanguinidad en primer grado", por consiguiente, es lógico deducir que para la Corte se presenta una situación con hechos idénticos. En este sentido, la Corte expresa que no tiene fundamento ni sentido que esté prohibido el matrimonio entre la mujer que fue esposa del adoptante y que no esté prohibido, de la misma manera, el matrimonio celebrado entre el hombre que fue esposo de la adoptante con la hija adoptiva, pues son los mismos hechos solo que con un género distinto, es decir, se emplea un trato totalmente desigual para situaciones exactamente iguales, lo cual demuestra que existe una clara discriminación por razones de sexo, situación que no es permitida por nuestra Constitución, en aras de proteger el derecho a la igualdad de ambos contrayentes, pues resulta evidente que al presentarse situaciones de hecho iguales, el ordenamiento jurídico debe imponer la misma solución de derecho, de lo contrario se estaría promoviendo e imponiendo una solución o sanción desigual y por ende injusta.

Resulta ilógico que la mujer sea sancionada por cometer una determinada conducta y que el hombre realice exactamente el mismo acto y no sea sancionado. Si se presenta, en caso hipotético, una mujer que se apodera de algo ajeno, ésta será sancionada por el ordenamiento jurídico, lo mismo ocurriría si sucede con un hombre. Sin embargo el contrato de matrimonio, en épocas anteriores, trataba a la mujer como un ser que estaba, bajo cualquier situación, subordinada a la figura masculina, era cosificaba como ya lo ha dicho esta Honorable Corporación en repetidas ocasiones; el hombre era visto como el ser superior, como fue mencionado anteriormente, era considerado como la autoridad del hogar. Por el bienestar de la familia y en aras de proteger a ambos sexos, el ordenamiento jurídico reconoció las diferencias existentes entre ellos tratándolos de igual manera, pues bajo las normas de una Constitución que tiene como principio fundamental el pluralismo es importante que los integrantes de la familia estén preparados para adaptarse y tolerar una sociedad con diferentes preferencias.

Como conclusión es prudente señalar que el propósito de la Corte es la unificación del sistema, es decir, integrar las normas sin olvidar las distintas necesidades de los individuos y los nuevos avances o transformaciones culturales que se

presenten a lo largo del tiempo. Pues el derecho busca armonizar y regular las nuevas situaciones teniendo siempre en cuenta el individuo en su profundidad.

1.5.8 Corte Constitucional, Sentencia C - 507 de 2004. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Edad para contraer matrimonio.

Anteriormente, el numeral 2º del artículo 140 del Código Civil señalaba que la edad mínima para contraer matrimonio era de 12 años para la mujer y 14 para el hombre. Esta norma buscaba transmitir el hecho de que algunos especialistas consideraban que una mujer maduraba, mental y físicamente, más rápido que un hombre. Sin embargo, con la nueva Constitución, y la nueva visión pluralista, los nuevos valores y principios contenidos en ella, se determinó que dicha disposición era contraria a la norma de normas.

La Corte, en esta sentencia expresó que la norma objeto de debate, fijaba un límite a las personas en relación con su sexo para poder casarse, lo que quería decir que la libertad para contraer matrimonio se limita durante dos años más para el hombre que para la mujer. La Corte en este punto señala que la norma no está protegiendo más a la mujer, por el contrario ésta se encuentra en desventaja debido al derecho de su corta edad para contraer. Así mismo, dice la Corte que la norma analizada es bastante antigua y que viene del Derecho Romano, el cual establecía esta diferencia de edades para los distintos sexos y que se refería más que todo a la edad de la pubertad, pero que en ningún momento protege a la mujer, ni a la libertad de la misma.

De la misma manera, la Corte señala que el ordenamiento jurídico debe proteger a los menores de edad, garantizándoles la protección de sus derechos. Con relación a la igualdad, la Corte enseña que el ordenamiento debe promover la igualdad de todos ante la ley y la igualdad de trato. Esta igualdad de protección tiene un fin y no es otro que el de asegurarle a todas las personas, el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades. La honorable corporación señala que lo más importante del contrato de matrimonio (y lo que lo diferencia de la unión marital de hecho) es el consentimiento que deben manifestar los contrayentes, el cual debe ser libre, incondicional y vinculante con el objetivo de que se cree el vínculo jurídico. Por tal razón, el sistema jurídico colombiano impone una norma acerca de la edad para contraer; el consentimiento debe cumplir con todos los requisitos anteriormente expuestos, y para que eso se logre a cabalidad es necesario que las personas que prestan dicho consentimiento gozen de una capacidad y madurez determinada, pues el fin último del Derecho es proteger y prevenir a los menores de edad de los errores en los que puedan incurrir. Lo mismo ocurre con la autorización que deben prestar los padres de los contrayentes menores de edad,

el Derecho busca la protección de los menores, y aunque considera que menores de edad tienen derechos y son libres, sus derechos no son absolutos, y por lo tanto el ordenamiento jurídico puede imponerles límites de edad u otras restricciones que considere prudentes, si tienen como objetivo proteger al menor, y si esas medidas no son contrarias a la Constitución.

Por último, señala la Corte, que la norma en cuestión protege mucho más al hombre que a la mujer, y que al concederle la libertad a la mujer a los 12 años, (teniendo en cuenta la realidad social y los matrimonios prematuros) se le vulneran varios derechos: tales como el de la educación, pues la mujer menor por el matrimonio debe cumplir con labores domésticas, y en caso de tener hijos, debe cuidarlos, debiendo por este motivo abandonar sus estudios. De esta misma manera, se estaría violando el derecho a la salud pues procrear a semejante edad puede poner en riesgo la vida, no sólo la de la madre sino también la del hijo. Para concluir, se puede decir que la norma también busca la proteger a los hijos que nazcan de un matrimonio prematuro, pues estos tienen derecho a una familia estable y organizada.

Expresa entonces la Corte, que realmente busca proteger de la misma manera a los hombres y a las mujeres y que éstas últimas tengan un poco más de conciencia al decidir si quieren o no contraer matrimonio, pues merecen una protección igual. Por lo anterior, la edad mínima para contraer actualmente es la misma para ambos sexos: 14 años.

De la sentencia analizada podemos entonces concluir que el ordenamiento jurídico como tal busca la igualdad de protección y de trato. En el caso concreto no existía justificación alguna para otorgar una edad menor a la mujer para contraer nupcias, pues lo pretendido (lo que busca) por el ordenamiento es mantener vivo el matrimonio, la familia (aunque sea relativamente prematura) y proteger a los menores de edad que lo contraen, pues éste fue uno de los lemas principales de la Carta Política de 1991. En caso de que el ordenamiento jurídico hubiera mantenido la norma existente, es decir la edad mínima para la mujer en 12 años, estaría desprotegiendo a la mujer y promocionando la irresponsabilidad de que una niña formara una familia. La mayoría de los púberes, de catorce años o mayores de catorce, no tienen un sentido de la responsabilidad desarrollado, no gozan de experiencia para mantener un hogar, no tienen los suficientes conocimientos y menos aún los recursos para prepararse y mantener (en el aspecto económico) a una familia. Todas estas circunstancias tendrían un efecto bastante destructivo en una familia conformada por menores de edad o por uno, y por eso (lo que) busca el ordenamiento jurídico protegerlos a ellos y a la familia prematura que podría nacer de dicha unión.

1.5.9 Corte Constitucional, Sentencia C-821 de 2005. Magistrado ponente:Rodrigo Escobar Gil. De las relaciones sexuales extramatrimoniales

Se cuestiona en esta providencia, si el hecho de tener relaciones sexuales extramatrimoniales“(...) afecta a la familia como institución básica de la sociedad y se violan los derechos inalienables del cónyuge infiel a la dignidad humana, la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia y a la honra”.

En esta ocasión, la Corte toma el precedente adoptado en la sentencia referente al conyugicidio, señalando que la familia debe ser protegida por el Estado, a como de lugar, pues es considerada como la institución básica de la sociedad. Así mismo, expone la honorable corporación, que la familia puede ser constituida mediante un vínculo jurídico (matrimonio) o un vínculo natural (unión marital de hecho), situando así a ambas figuras o vínculos en un mismo plano de igualdad.

En este orden de ideas, es importante mencionar que actualmente la jurisprudencia de la Corte mantiene el mismo precedente en el tema de la protección de la familia, sin importar cual haya sido su origen o el vínculo por el cual haya sido conformada, es decir no le resta importancia a ningún tipo de familia por provenir ésta última ya sea del matrimonio o de la unión marital de hecho, pues lo que importa no es la figura o vínculo como tal sino la protección y el bienestar de la familia como institución básica de la sociedad y que esta se crea por medio de cualquiera de los vínculos arriba citados.

De igual manera, y con respecto a la norma objeto de debate, la Corte señala que dicha causal encuentra su fundamento en la obligación que tienen los cónyuges en cuanto a la fidelidad, y “(...) su promoción por vía judicial es potestativa del cónyuge inocente”. Dice la Corte, que en caso de que dicha obligación no sea respetada por alguno o ambos cónyuges, el ordenamiento debería prever una posibilidad de separación, pues de lo contrario se estaría obligando a dos personas a mantener un vínculo indeseado, afectando así la “salud”, por decirlo así, del hogar:“(...) en la necesidad de preservar la armonía de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma. En la medida en que tales objetivos no se cumplan en el seno del grupo familiar y, por el contrario, se presenten episodios de irrespeto, discriminación o violencia, es obvio que desaparecen los presupuestos éticos, sociales y jurídicos que amparan el matrimonio y la familia como institución básica de la sociedad, resultando constitucionalmente admisible que se permita a los cónyuges considerar la opción de una ruptura”.

En este sentido, es extremadamente significativo afirmar que lo que busca el legislador mediante la regulación del contrato de matrimonio es proteger a la institución familiar en todas sus esferas con el objetivo de que éstas últimas estén sanas y saludables, y adicionalmente, el conjunto de derechos y obligaciones que nacen para los cónyuges a partir de la celebración del contrato de matrimonio, el cual fue contraído de manera libre y voluntaria. Nos equivocaríamos al decir que el matrimonio debe ser eterno. El matrimonio debe mantenerse con vida si existen respeto, amor, compañía y apoyo, entre muchas otras cosas, entre los cónyuges y entre el resto de los miembros que la conforman, de lo contrario no tendría sentido mantener una institución con vida si lo único que promueve es la violencia, el irrespeto y el odio entre sus miembros. La familia debe permanecer en pie y con vida, si crea en vez de destruir, de lo contrario debe ser disuelta, y esa es la facultad que el ordenamiento jurídico da a los cónyuges y a los integrantes de una familia: les da la posibilidad y la opción de escoger la decisión correcta, la más adecuada para continuar y realizar su plan de vida elegido.

1.6. PROTECCIÓN JURÍDICA A LAS PAREJAS DE HOMOSEXUALES

Nuestro país ha tendido, históricamente, a no reconocer a las parejas homosexuales.⁴⁷ Sin embargo, en años recientes ha habido grandes avances,

⁴⁷ *Ante el precedente constitucional según el cual es el Congreso de la República el que debe regular los derechos de las parejas homosexuales, el movimiento de gays y lesbianas se movilizó activamente con el fin de lograr esa regulación. En los últimos 9 años, el movimiento inició acciones de presión ciudadana y logró a través de parlamentarios de distintos partidos políticos impulsar 5 proyectos de ley para el reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales. Sin embargo, ninguno de esos proyectos tuvo éxito, o bien por falta de trámite de las iniciativas, o bien por archivo por votación. Las iniciativas se resumen a continuación:*

En el año 1999, la senadora Margarita Londoño (Partido Verde-Oxígeno) presentó un proyecto de ley que pretendía garantizar los derechos patrimoniales de las parejas homosexuales y el derecho a la afiliación a la seguridad social, y que contemplaba otras medidas contra la discriminación de la población homosexual. Este proyecto fue presentado en la Comisión Primera del Senado y posteriormente archivado por falta de trámite.

El 22 de agosto de 2001, la senadora Piedad Córdoba (Partido Liberal) presentó un proyecto de ley que pretendía otorgar reconocimiento jurídico a las parejas del mismo sexo a través de un régimen especial de conformación distinto al de las parejas heterosexuales, y mediante el cual se garantizarían sus derechos patrimoniales, de seguridad social, de alimentos, gerenciales y laborales. La iniciativa también contemplaba medidas contra la discriminación de la población homosexual. El proyecto de ley (No. 85 de 2001 –Senado, “Por el cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo, sus efectos y otros derechos”), cuyo ponente fue el senador Jesúis Piñacué (senador elegido por circunscripción especial indígena), recibió ponencia positiva, fue aprobado en primer debate por la Comisión Primera deleznado, pero fue archivado por decisión de la Plenaria del Senado. (En: Gacetas del Congreso No. 510 de 2001, 603 de 2001 y 189 de 2002).

El 6 de agosto de 2002, la senadora Piedad Córdoba (Partido Liberal) presentó nuevamente un proyecto de ley, cuyo ponente fue el Senador Carlos Gaviria Díaz (Frente Social y Político –Alternativa Democrática). El proyecto de ley No. 45 de 2002 – senado recibió aprobación de la Comisión Primera del Senado en septiembre de 2003.(En: Gacetas del Congreso No. 381 de 2002, 438 de 2002 y 484 de 2003).

El 1 de septiembre de 2004, la senadora Piedad Córdoba (Partido Liberal) presentó por tercera vez un proyecto de ley que pretendía reconocer derechos patrimoniales a las parejas homosexuales. El ponente fue el Senador Carlos Gaviria Díaz (Frente Social y Político –Alternativa Democrática). El proyecto de ley No. 113 – Senado fue archivado por falta de trámite el 27 de junio de 2005.

El 10 de octubre de 2005, el Senador Álvaro Araujo (Partido Alas – Equipo Colombia), presentó un nuevo proyecto de ley que buscaba otorgar derechos patrimoniales y de seguridad social a las parejas del mismo sexo. El proyecto de ley No. 130 de 2005 –Senado y 152 de 2006 – Cámara, fue aprobado por la Comisión Séptima del Senado, la Plenaria del Senado, la Comisión Séptima de la Cámara y la Plenaria de la Cámara. Este proyecto ha sido la única iniciativa

principalmente judiciales, mediante decisiones de la Corte Constitucional, las cuales han llevado a un reconocimiento jurídico cada vez más amplio de las parejas homosexuales.

Ante todo, hay que resaltar que hasta hoy en día, no existe ninguna disposición normativa que reconozca explícitamente a las parejas homosexuales y les de derechos. Aún cuando la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a los homosexuales y a las parejas del mismo sexo es bastante abundante, puede decirse que sólo hasta las más recientes sentencias, a saber la C-075 de 2007 y C-0336 de 2008, esta Corporación tomó una verdadera postura de reconocimiento y protección de las parejas homosexuales.

En efecto, la Corte ha desarrollado un discurso protector de los derechos de los homosexuales como individuos, basándose en dos derechos fundamentales: el derecho a la igualdad y derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, nunca reconoció a los homosexuales como pareja, argumentando que la pareja conformada por dos personas del mismo sexo no puede considerarse familia, debido a que éste tipo de uniones no se acomoda al concepto consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política.

Así pues, estos dos discursos fueron completamente opuestos hasta febrero de 2007, por cuanto como se verá, en su última sentencia la Corte concilió estos dos posturas que durante años manejó de forma contradictoria, al reconocer la existencia de la unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo, concediéndoles todos los derechos patrimoniales que de dicha situación se generan.

Sentencia C-098 de 1996

En la sentencia C-098 de 1996, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes, se resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 y el literal a) del artículo 2 de la Ley 54 de 1990. Precisamente se demandaron las expresiones del artículo 1 “hombre y una mujer”, argumentando que “las normas demandadas no toman en consideración a las parejas de mujeres o de hombres que cohabitán de manera estable y permanente y, por este motivo, se produce una discriminación que viola los artículos 1, 13, 16, 18, y 21 de la C.P., es decir, los artículos referentes a los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, principalmente. En la mencionada sentencia, la Corte declara exequibles las normas acusadas. Los

legislativa que ha surtido todo el trámite legislativo y contó con un amplio respaldo social y político. El resultado de este largo proceso culminó con el archivo del proyecto el 19 de junio de 2007, debido a que el Senado de la República no aceptó el informe de conciliación.

argumentos para no incluir a las parejas homosexuales dentro del ámbito de la ley se pueden resumir de la siguiente manera:

“Las disposiciones demandadas, adoptadas por el legislador, no prohíben ni sancionan el homosexualismo. Se limitan a tratar los aspectos patrimoniales de un determinado tipo de relaciones. No se descubre en ellas censura o estigmatización de ningún género hacia las parejas homosexuales. El hecho de que la sociedad patrimonial objeto de la regulación, no se refiera a las parejas homosexuales, no significa que éstas queden sojuzgadas o dominadas por una mayoría que eventualmente las rechaza y margina. La ley no ha pretendido, de otro lado, sujetar a un mismo patrón de conducta sexual a los ciudadanos, reprobando las que se desvían del modelo tradicional (...)”

Se han señalado en esta sentencia algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales, los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos –además de la obvia diferencia de su composición. Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral”, y en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales (...)

Sería deseable que el legislador, en un único acto, eliminara todas las injusticias, discriminaciones y males existentes, pero dado que en la realidad ello no es posible, esta Corte no puede declarar la inexequibilidad de una ley que resuelve atacar una sola injusticia a la vez, salvo que al hacerlo consagre un privilegio ilegítimo u odioso o la medida injustamente afecte a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos “(...). El alcance de la definición legal de unión marital de hecho, reivindica y protege un grupo anteriormente discriminado, pero no crea un privilegio que resulte constitucionalmente censurable”.⁴⁸

La Corte, declara la exequibilidad de los apartes acusados, porque el legislador pretendía proteger a un grupo de personas en desventaja históricamente (la concubina o compañera permanente), pero sólo a ese grupo. Tendría que haber una ley posterior que estableciera beneficios para las parejas de hecho homosexuales, y al declarar los apartes inexequibles, se perdería el avance que el legislador hizo frente a la protección de la unión de hecho de pareja heterosexual.

Sentencia C-814 de 2001

48 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-098 de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.*

En cuanto al tema de la adopción por parte de las parejas homosexuales, es importante revisar las demandas de constitucionalidad que se han interpuesto. La sentencia que trata esta cuestión es la C-814 de 2001, en la cual se demandaron los artículos 89 y 90 (parciales) del Código del Menor. Dicha sentencia pretendía, principalmente, que se permitiera la adopción por parte de parejas homosexuales, siendo que dicho código establece que pueden adoptar conjuntamente los cónyuges o “La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años.”. La Corte declara las normas exequibles, no reconociendo este derecho de adoptar a los homosexuales, y se basa en la siguiente argumentación (que se centra en el artículo 42 de la Constitución Política, referente a la familia):

“la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. A eso se refiere inequívocamente la expresión “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. (...) forzoso es concluir que la familia que quiso proteger el constituyente fue, como antes se dijo, la heterosexual y monogámica, ya sea que se constituya a partir del matrimonio o a partir de la unión libre. Los artículos indeterminados un y una hacen alusión a la monogamia, y los sustantivos hombre y mujer, a la condición heterosexual de la pareja (...).”

A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico (entre parejas heterosexuales y homosexuales), si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener la familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no solo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción.

En realidad, la disposición que ocupa la atención de la Corte únicamente pretende proteger la familia constitucional, concediéndole el derecho de constituirse con fundamento en la adopción. No discrimina a las parejas homosexuales, como tampoco a ninguna otra forma de convivencia o de unión afectiva que pudiera llamarse familia, pero que no es la protegida por el artículo 42 de la Constitución.

Por eso no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, protecciónista de la noción superior de la unión familiar".⁴⁹

De esta manera, la Corte alude a la concepción que la Constitución Política tiene de la familia, dejando claro que es heterosexual. Además, argumenta que la Constitución Política hace prevalecer los derechos de los niños, y por ende, como la familia está definida y concebida en términos heterosexuales, no le quedaba más camino al legislador. Con este argumento central, la Corte niega el derecho a la adopción a las parejas del mismo sexo.

Sentencia C-075 de 2007

En cuanto a la Ley 54 de 1990, la segunda sentencia que nos interesa es la C-075 de 2007. Esta sentencia modificó de manera muy importante el precedente constitucional en materia de los derechos de las parejas homosexuales. Es cierto que esta sentencia restringió su alcance al régimen patrimonial de compañeros permanentes propio de la ley 54 de 1990, negándose pro tanto a considerar que los efectos que sobre otros regímenes jurídicos –como la seguridad social- tienen las definiciones de “unión marital de hecho” y “compañeros permanentes”, contenidas en el artículo 1 de la ley 54 de 1990. En ésta, se demandan los artículos 1 y 2 (parcialmente) de la Ley 54 de 1990, específicamente las disposiciones “hombre y mujer”, considerando que se viola el preámbulo de la Constitución y sus artículos 1 y 38 (derecho a la dignidad humana y derecho de asociación). Primero que todo, debemos aclarar que la Corte niega la existencia de cosa juzgada, en referencia a la sentencia C-098 de 1996. Sin embargo, nos interesa la decisión como tal, y de esta manera, a continuación se resumen los motivos generales que la Corte utilizó en dicha sentencia para declarar la exequibilidad condicionada de los apartes demandados, reconociendo a las parejas de hecho homosexuales, así:

“Los homosexuales que cohabitán se encuentran desprotegidos patrimonialmente, porque al terminarse la cohabitación no tienen herramientas jurídicas para reclamar de su pareja la parte que les corresponde en el capital que conformaron durante el tiempo de convivencia, desprotección que es también evidente en el evento de muerte de uno de los integrantes de la pareja, caso en el cual, por virtud de las normas imperativas del derecho de sucesiones, el integrante supérstite podría ser excluido de la titularidad de los bienes que conformaban ese patrimonio, por el derecho de los herederos del causante (...)

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-814 DE 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.*

(...) el ordenamiento jurídico reconoce los derechos que como individuos tienen las personas homosexuales, pero, al mismo tiempo los priva de instrumentos que les permiten desarrollarse plenamente como pareja, ámbito imprescindible para la realización personal, no solo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida (...)"

En el ámbito del problema que ahora debe resolver la Corte, resulta claro que la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídicos patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar. No hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta contrario al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros permanentes, sea indiferente ante los eventos de desprotección a los que se puede llegar tratándose de parejas homosexuales.

De este modo se tiene que se puede identificar en este caso un mínimo de protección que resulta constitucionalmente obligado, porque la ausencia de un régimen jurídico que, en el ámbito patrimonial, se aplique de manera específica a las parejas homosexuales, implica que sus integrantes deban regirse por el régimen ordinario civil, lo cual limita su autonomía para autorregular las consecuencias patrimoniales de su decisión de vivir como pareja y deja en un limbo jurídico la dimensión patrimonial de esa decisión, con consecuencias potencialmente lesivas, en el evento de terminarse la cohabitación. En otros términos, el déficit de protección al que se hace alusión se deriva de la existencia de una regulación imperativa para la disposición del patrimonio de los integrantes de la pareja, que no consulta su propia realidad; de la imposibilidad de acceder voluntariamente a un sistema de regulación, si no es a través de procedimientos no específicos y altamente engorrosos, y de las consecuencias potencialmente lesivas que las anteriores circunstancias pueden tener para los integrantes de la pareja. Dicho de otra manera, la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida en común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación.

Como vemos, la Corte amplía el ámbito de protección de la Ley 54 de 1990 a las parejas homosexuales, basándose en la necesidad de proteger a dicho grupo discriminado históricamente. Por lo tanto, la Ley 54 de 1990, y todos sus efectos patrimoniales, se extienden a las parejas homosexuales (dado que es la ley de las uniones de hecho en general). Se puede afirmar que este fallo es un gran avance hacia el reconocimiento de derechos para las parejas homosexuales.

Aparte de los efectos patrimoniales, son de alta importancia los efectos en seguridad social. La Ley 54 no regula esta materia, y por esta razón estos efectos quedaron por fuera de la decisión que tomó la Corte. Sin embargo, la sentencia C-075 de 2007, al reconocer la existencia de las parejas del mismo sexo, abrió la puerta para futuras demandas y declaraciones de la Corte.

Sentencia C-081 de 2007⁵⁰

En esa ocasión, se demandó el artículo 163 del Plan Obligatorio de Salud. Argumentando que se violaban los derechos a igualdad (art. 13 C.P.) y a la dignidad humana (art. 1 C.P.); la Corte declaró exequible de manera condicionada dicho artículo, incluyendo así a los miembros de parejas del mismo sexo. La Corte señala que, en relación con la sentencia C-075, “la sala estableció que los principios de protección que inspiraron dicho fallo resultan aplicables al caso del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, pues la norma acusada en esta ocasión presenta un déficit de protección en contra de los miembros de la pareja del mismo sexo que dependen económicamente de su pareja y, sin embargo, no tienen posibilidad de ingresar al sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo. Esta situación conlleva un desconocimiento de la dignidad de la persona humana y del principio de igualdad de trato que resulta discriminatorio. Por otro lado, señaló que dado que el sistema de seguridad social en salud prevé la inclusión de por lo menos un beneficiario por cada afiliado cotizante, la inclusión del miembro de la pareja homosexual no tiene por qué afectar la estabilidad financiera del sistema. Finalmente, la Corte consideró que en el caso de las parejas del mismo sexo resultan aplicables las consideraciones consignadas en la Sentencia C-521 de 2007 (Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas González), mediante la cual la Corporación al estudiar otro aparte del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, estableció que el acceso de la pareja heterosexual al régimen de salud no exige una convivencia mínima de dos años, sino que puede otorgarse mediante declaración ante juez o notario en

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. *Comunicado de prensa de 3 de octubre de 2007, referente a la sentencia C-811 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.*

la que conste que la pareja efectivamente convive y que dicha convivencia tiene vocación de permanencia”.⁵¹

Sobre estos supuestos, es un hecho que “Si en una pareja homosexual sólo uno de los dos trabaja, puede afiliar al otro como beneficiario a su Empresa Prestadora de Salud (EPS), y ésta no puede negarse a recibirla (...”). Antes del fallo, era derecho exclusivo de las parejas conformadas por un hombre y una mujer la afiliación de su pareja como beneficiaria del sistema de salud, era derecho exclusivo de las parejas conformadas por un hombre y una mujer la afiliación de su pareja como beneficiaria del sistema de salud, en caso de alguno estar desempleado. Esto es, quien trabaja puede pedir que atiendan a su pareja sin que esta pague por aparte su salud, puesto que no tiene empleo. Teniendo en cuenta esta última sentencia, los derechos de las parejas homosexuales han sido ampliados en materia de salud, además de los efectos que ya habían sido concedidos por la Corte en materia de derechos patrimoniales.

Sentencia C-336 de 2008⁵²

En la sentencia C-336 de 2008, con ponencia de la magistrado Clara Inés Vargas Hernández, se plantea como problema jurídico “ (...)si el conjunto normativo parcialmente acusado, resulta inconstitucional por violación de los artículos 13 y 48 de la Carta, por cuanto limita a favor de las parejas heterosexuales, los beneficios derivados de la protección en materia de pensión de sobrevivientes, excluyendo de los mismos a las parejas conformadas por personas del mismo sexo”.

La tesis de la Corte Constitucional es la siguiente:

“La Corte reafirmó que la Constitución Política proscribe toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas (art. 13), acorde con lo estipulado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por medio de la Ley 74 de 1968 (art. 26, Protocolo Facultativo). De igual modo, reiteró que al existir diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, no existe por esta razón, un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras. En este sentido, corresponde al legislador establecer las medidas para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento. Así mismo, precisó que toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es

51 *Ibídem*

52 CORTE CONSTITUCIONAL. Presidencia. Comunicado de Prensa No. 17

constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente. En cuanto se refiere a la pensión de sobrevivientes, esta constituye una de las expresiones del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución, prestación que se genera a favor de las personas que dependían económicamente de otra que fallece, con el fin de impedir que deban soportar las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento. En esa medida, la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener a sus beneficiarios, al menos, el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del pensionado. La Corte reiteró que si bien, en principio corresponde al legislador establecer los requisitos y las condiciones para tener derecho a la sustitución pensional, también lo es que el ámbito de configuración legislativa en materia pensional se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. Para la Corte, en este ámbito, la ausencia de protección de las parejas del mismo sexo resulta lesiva de la dignidad humana, contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución. A su juicio, es claro que las normas legales parcialmente acusadas, imponen al ejercicio de la libre opción sexual una carga que no se compagina con los derechos que se derivan de esa libertad fundamental. De este modo, la no inclusión de la pareja del mismo sexo, entre las personas beneficiarias de la pensión de sobreviviente implica una discriminación por razón de esa libre opción de vida, con lo cual se vulnera la dignidad de los miembros de esa pareja e implica por ende, una carga desproporcionada e innecesaria que resulta inconstitucional. Por estas razones, la Corte estimó que la protección que el beneficio que otorgan las disposiciones legales demandadas a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los parejas del mismo sexo, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar un trato desigual al que vienen siendo sometido las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad opción sexual, han decidido conformar una persona con una pareja del mismo género. La Corte encontró que no obstante que el constituyente no distinguió entre las dos especies de pareja y por lo mismo, el legislador podía señalar criterios de distinción entre ambas, a la luz de los preceptos superiores no aparece justificación alguna que autorice el déficit de protección en materia de sustitución pensional para las personas que conforman parejas del mismo sexo, frente a las parejas heterosexuales. Tampoco el propósito de establecer un régimen pensional acorde con los mandatos del artículo 48 de la Constitución, no habilita al legislador para sacrificar principios y derechos considerados de mayor entidad dentro del modelo que caracteriza al Estado social de derecho. En consecuencia, la exequibilidad de los apartes acusados de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, se condicionó en el sentido de incluir

como beneficiarias de la pensión de sobreviviente, a las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la Sentencia C-521 de 2007, para las parejas heterosexuales. Por último, la Corte encontró que en relación con el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 y las expresiones acusadas del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, se configuraba el fenómeno de la cosa juzgada constitucional y por ende, debía estar a lo resuelto en las sentencias C-075/07 y C-811/07⁵³.

Como se ha mostrado, aunque no haya habido normas que establezcan derechos para las parejas homosexuales, la Corte Constitucional ha modificado el alcance de lagunas que se concebían originalmente para parejas heterosexuales. De los grandes temas que suele tratar este debate, la Corte ha concedido derechos en cuanto a aspectos patrimoniales y en lo referente a la seguridad social (salud). Frente a la adopción, eligió un camino distinto, negando este derecho a las parejas homosexuales. El otro gran tema que tiende a ser objeto de debate es el de las pensiones. En muy reciente pronunciamiento sobre el tema pensional, específicamente en lo relativo a la pensión de sobrevivientes la Corte Constitucional (expediente D-C947, Sentencia C-0336/08 dejó sentado que “la no protección de parejas del mismo sexo resulta lesiva de la dignidad humana...implica una discriminación debida a esa opción de vida (la vida en pareja homosexual, se aclara), por lo cual se vulnera la dignidad de los miembros de esa pareja”

A continuación se resume un cuadro que relaciona las principales sentencias proferidas por la Corte Constitucional en relación con la protección jurídica a las parejas homosexuales: (*ver gráfico 10*)

1.7. Conclusiones

A modo de síntesis se presentan las conclusiones de esta Unidad, así:

1) Con la Carta Política de 1991, se ha hecho un significativo avance en la protección de la institución familiar en relación con el régimen constitucional anterior, como quiera que la inspiración que tuvo el constituyente fue la de reconocer el lugar de privilegio de la familia como elemento fundamental de la sociedad. Sin embargo, ni la Constitución de 1991, ni las leyes posteriores han dado una definición de familia, que permita identificar la concepción de la institución familiar.

53 CORTE CONSTITUCIONAL. Presidencia. Comunicado de Prensa No. 17

Gráfico 10

ÁRBOL DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE PAREJAS DEL MISMO SEXO		
Sentencia	Nivel 1	Nivel 2
C-0336 de 2008		
C075 de 2007	SU-623 de 2001	
C-811 de 2007	C 0814de2001	C0490de 1996
	C0814de2001	C0504de1995
	C0098de1996	C0239de1994
	T-349 de 2006	
	T0539de1994	
	T0077de1994	
	C0569de1994	
	T0037de1995	
	T0277de1996	
	T0101de1998	
	C-0481de1998	

2) La Constitución de 1991 es estricta en su definición de familia, dado que determina su carácter monógamo y heterosexual. La Corte Constitucional ha expresado en varias oportunidades que es un derecho exclusivo de las parejas heterosexuales conformar una familia ya sea por vínculo matrimonial o por la decisión responsable de conformarla.

3) La Constitución de 1991, identifica los principios constitucionales de la familia, a saber:

a) En relación con el derecho a la igualdad, se puede mencionar que la Corte ha modificado muchas de las normas contempladas en el Código Civil debido a su antigüedad y porque en muchos casos han resultado ser contrarias a lo estipulado por la Carta Política de 1991. Si bien es cierto, y como lo ha repetido la Honorable Corporación en variadas ocasiones, existen situaciones donde se pueden llegar a utilizar criterios distintivos, como el sexo por ejemplo, pero dichas medidas o empleo de criterios distintivos deben estar plenamente justificados. También resulta evidente que la mayoría de las normas referentes al contrato de matrimonio contienen criterios distintivos injustificados y que por tal razón, han sufrido una modificación o han sido expulsadas del ordenamiento jurídico. El precedente de la Corte ha sido reiterativo y uniforme al señalar que el derecho a la igualdad no hace alusión a la identidad sino a la proporcionalidad. Actualmente, las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos para todos sus

integrantes, por tal razón los cónyuges son tratados de la misma manera sin importar a qué género pertenecen, ambos tienen las mismas obligaciones y los mismos derechos. Entonces el ordenamiento jurídico busca en su totalidad, con la proclamación del derecho a la igualdad establecer y difundir que las diferencias existentes entre individuos no es sinónimo de desigualdad. Contrariamente, dentro de este sistema, se pretende dar a conocer, tanto a las personas naturales como a las jurídicas, que las diferencias no ameritan un trato diferenciador sino igual y en caso de presentarse un trato desigual debe éste último estar debidamente argumentado. El Estado al introducir el respeto por el derecho a la igualdad en las familias intenta, entonces, crear y mantener familias sanas, donde la solidaridad, el amor, el respeto por cada uno de sus integrantes es parte de ese núcleo, pretende crear una conciencia social, de acuerdo con la cual todo individuo, sin importar sus gustos, decisiones y camino de vida escogido, debe ser tratado como igual por su familia y por la sociedad misma.

b). Por otro lado, están los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, los cuales están estrechamente unidos. Ambos derechos buscan garantizarle a la persona su libertad para autodeterminarse, crear su propio plan de vida y realizarse como persona, teniendo en cuenta sus propios intereses sin la coacción por parte de terceros o del Estado para imponerles un plan de vida diferente al que anhelan. Ausencia de coacción sumamente importante en cuanto al vínculo jurídico que nace del matrimonio, ya que dicho vínculo tiene su origen en el consentimiento libre, incondicional y vinculante de los contrayentes. Este consentimiento se relaciona con estos dos derechos porque en caso de estar viciado el consentimiento matrimonial, ya sea por error o fuerza, se estarían poniendo en riesgo los derechos mencionados, pues la persona debe prestar su consentimiento de manera libre y por consiguiente voluntaria, sin ser entonces víctima del error o de la fuerza empleada por otro o por otra. Así mismo, la persona puede optar por la unión marital de hecho, sin temor a que su familia resulte desprotegida, pues como se ha manifestado, ambas familias proceden de vínculos diferentes (jurídico o natural) pero son tratadas de igual manera ante la ley. Resulta evidente entonces que el sistema jurídico concede la libertad al individuo para escoger lo que más le convenga o lo que más se parezca a su estilo de vida, ya sea prestar su consentimiento libre y voluntario para contraer matrimonio, creando así un vínculo jurídico que se encuentra debidamente regulado por el legislador, ó la simple convivencia entre dos personas que crea un vínculo natural y el cual no está regulado por la ley. No obstante (lo anterior), la familia, sin importar su procedencia u origen se encuentra ampliamente protegida.

3) El matrimonio en Colombia, no es objeto de una regulación constitucional “in extenso”. Sólo el artículo 42 hace referencia a él como la forma principal de constituir una familia. En el Código Civil sí se encuentra una regulación legal más amplia del vínculo matrimonial, de sus efectos y de los derechos que le incumben.

4) El legislador debe esforzarse más afondo por promulgar y crear leyes que modifiquen de manera positiva el ordenamiento jurídico, leyes encaminadas a unificarlo y a promover la coherencia del mismo, y eso es lo que ha tratado de hacer el legislador con el contrato de matrimonio: adaptarlo a las nuevas necesidades y visiones del nuevo Estado Social de Derecho y a los nuevos principios promovidos por la Carta Política de 1991.

Un ejemplo de la anterior afirmación, lo constituye el hecho de que el legislador determinara que todos los matrimonios, religiosos o civiles, están regulados por la ley civil, por lo menos en cuanto a sus efectos civiles y que éstos cesarían únicamente mediante la declaración judicial de divorcio, sin disolver el vínculo sacramental existente, únicamente hace referencia a los efectos civiles. Se observa entonces que el legislador hizo un buen trabajo al determinar dicha regulación, sin inmiscuirse en la esfera espiritual del ser humano, es decir, sin referirse a una religión determinada, pues como se ha visto a lo largo de este módulo, existen diversas religiones, no obstante, no se da a una u otra un trato especial, pues ante la ley deben ser tratadas de igual forma. De esta manera, el legislador logra a su vez, respetar también otros derechos fundamentales, tales como la libertad de religión y de cultos, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad, pues la persona tiene la libertad de escoger, de acuerdo con sus creencias, el Dios y la religión de su preferencia en el momento de contraer matrimonio si decide celebrarlo conforme a una determinada religión o en su defecto le da la libertad de hacerlo también por lo civil sin que su escogencia acarree consecuencias negativas y desiguales.

Igualmente, es claro que tanto el legislador, como la Corte y por ende, el ordenamiento jurídico como tal, deben ser estrictos al regular el contrato de matrimonio, pues con el fin de proteger a la familia, deben intentar crear un ambiente sano dentro de la misma. Razón por la cual el legislador impone sanciones a los contrayentes, en caso de incumplir estos con las obligaciones impuestas por la ley, y les da igualmente la facultad para disolver el vínculo existente mediante el divorcio, pues la intención del ordenamiento es proteger a la familia, esto es, intentar que ésta no se vea involucrada en tratos violentos, o desiguales entre sus integrantes. Busca entonces que la familia no sea destructiva, sino por el contrario, armoniosa, pues en el momento que se presenten situaciones de irrespeto, discriminación o violencia entre

sus miembros desparecerán los presupuestos éticos, sociales y jurídicos que protegen al matrimonio y a la familia como tal.

5) En cuanto a las uniones de hecho de parejas homosexuales, aún cuando no haya respuestas legislativas exitosas, en el campo de los derechos de estas parejas homosexuales, en este ámbito sí ha habido avances, en las sentencias de la Corte Constitucional C-075 de 2007 y la C-811 de 2007, C-0336 de 2008 las cuales otorgan beneficios patrimoniales y de seguridad social (salud y pensiones) a dichas parejas. Por su lado, el tema de pensiones ya no está a la espera, y con la Sentencia -0336 queda abierta la esperanza de alcanzar mayores reconocimientos legales y jurisprudenciales. En cuanto a la adopción, la misma Corte parece estar bien lejos de favorecer a las parejas homosexuales.

1.8 ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

1.8.1. PREGUNTAS DE REFLEXIÓN

1) ¿Cuál es la influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el concepto de familia y los modos de creación de la familia (matrimonio y uniones maritales de hecho)?

¿Cuáles son los aportes de los instrumentos internacionales de derechos humanos en relación a la familia y las formas de creación de la familia (matrimonio y uniones maritales de hecho)?

¿Bajo el concepto de familia pueden quedar englobadas dos personas que no están ligadas por ningún vínculo (parentesco o matrimonio)?

¿Matrimonio y familia definen la misma realidad?

¿Puede afirmarse que la unión marital de hecho y familia de hecho hacen referencia a la misma situación?

¿Toda convivencia more uxorio constituye una familia no matrimonial protegida por el inciso 1 del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia?

¿El reconocimiento jurídico de la unión marital de hecho viene exigido realmente por la protección jurídica de la familia prevista en el inciso 2 del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia?

Gráfico 11

Identificación	Norma	Principios	Derechos
Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	Artículo 16		
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)	Artículo 6		
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) (Aprobado por el Congreso de Colombia mediante la Ley 74 de 1968, ratificado el 29 de noviembre de 1969)	Artículos 17 y 23		
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)	Artículos 10 y 16		
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Artículo 16		
Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer	Artículos 5 y 6		
Carta Social Europea (1961)			



¿Cómo puede interpretarse el “Derecho a casarse” y el “Derecho a no casarse”?

¿Es realmente necesario un tratamiento orgánico de las uniones libres?

¿Es la pareja no casada que se pretende proteger como realidad social y entidad autónoma o lo que verdaderamente se busca, es la protección jurídica del individuo inmerso en los problemas suscitados por la ruptura de la misma?

1.8.2. TALLERES

1.8.2.1. Taller 1: Normas internacionales

A partir de los textos internacionales que se relaciona en el cuadro siguiente, identifique los derechos relacionados con la protección a la familia y sus miembros, en la columna correspondiente.

1.8.2.2. Taller 2: El Código de Policía y los principios de protección a la familia y sus miembros.

A partir del texto del Código de Policía de su ciudad o región, identifique los principios, relacionados con la protección a la familia y sus miembros, teniendo en cuenta el cuadro siguiente. (ver gráfico 12)

1.8.2.3. Taller 3: Normas constitucionales colombianas

A partir de las normas constitucionales relacionadas con la protección a la familia y sus miembros, identifique en el cuadro siguiente la categoría jurídica (principio y/o derecho), el grupo protegido y la responsabilidad (familia, sociedad y/o Estado), según el cuadro siguiente: (ver gráfico 13)

1.8.2.4. Taller 4: Status de las decisiones del Comité de Derechos Humanos en la jurisprudencia constitucional colombiana

Analice si de conformidad con la jurisprudencia constitucional sobre las parejas homosexuales, las decisiones de los organismos internacionales cuasijurisdiccionales (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas) o de monitoreo de tratados son al menos un criterio relevante de interpretación, y en algunas ocasiones pueden incluso considerarse

Gráfico 12

Norma del Código de Policía	Categoría jurídica (principio y/o derecho)	Grupo protegido	Responsabilidad

Ap

vinculantes o bien porque implican un cambio del bloque e constitucionalidad, o bien porque constituyen una orden de aplicación directa.

Para sentencias que reconocen el valor interpretativo de las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos, puede consultarse las siguientes sentencias:

Sentencias T-602 de 2003, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentaría; C-507 de 2004, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia T-907 de 2004, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Gráfico 13

Norma constitucional	Categoría Jurídica principio y/o derecho)	Grupo protegido	Responsabilidad
Art. 5 El Estado reconoce ampara a la familia como institución básica de la sociedad.			
Art. 13 Derecho a la no discriminación por razón del origen familiar.			
Art. 15 Derecho a la intimidad familiar.			
Art. 42 La familia como núcleo fundamental, protección integral de la familia.			
Libre elección de la pareja.			
Protección integral a la familia.			
Inviolabilidad del honor, dignidad e intimidad de la familia.			
Fundamento de las relaciones de igualdad y respeto entre los integrantes de la familia.			
No violencia. Principio de armonía familiar.			
Igualdad de hijos matrimoniales y extramatrimoniales.			
Derecho a decidir el número de hijos.			
Los hijos tienen derecho a la educación y al cuidado de los padres mientras sean menores o estén impedidos.			
Art. 3 El hombre y la mujer tienen iguales derechos, protección a la madre cabeza de familia.			
Art 44. Derechos fundamentales de los niños.			
Art. 45. Protección y formación integral adolescente.			
Art. 46. Protección y asistencia a personas de la tercera edad.			
Art. 50. Atención en seguridad social a niños menores de un año.			
Art. 67. Derecho a la educación de los niños entre los 5 y los 15 años.			
Art. 68. Derecho de los padres a escoger el tipo de educación para sus hijos menores.			

1.9 AUTOEVALUACIÓN

Ae

A continuación se presentan un caso, con el fin de que Usted identifique:

1. El problema jurídico

2. La resolución del caso a partir de las fuentes jurídicas relacionadas con la institución jurídica objeto de estudio en este módulo.

CASO : En decisión del 14 de mayo de 2007, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolvió el caso presentado por un ciudadano colombiano (X) quien alegaba ser víctima de la violación por parte del Estado colombiano de varios artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre ellos, el artículo 26. Este ciudadano dependía económicamente de su compañero del mismo sexo, fallecido tras 22 años de relación y 7 de convivencia. Tras la muerte de su compañero, el 27 de julio de 1993, (X) presentó una solicitud de sustitución pensional. El 19 de abril de 1995, esta solicitud le fue denegada por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, alegando que la ley no permitía otorgar la sustitución pensional a parejas del mismo sexo.

1.10. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

B

LEGISLACION INTERNACIONAL

NACIONES UNIDAS. Recopilación de instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos Ginebra. 1988

NACIONES UNIDAS. Carta Internacional de Derechos Humanos. Folleto informativo No. 2. Centro de Derechos Humanos. De la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

LEGISLACION NACIONAL

COLOMBIA. Constitución de 1991. Bogotá, Legis, 2006.

CODIGO CIVIL. Editorial Legis, Bogotá, 2007.

B

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 54 de 1990 (diciembre 28), “por el cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”. Diario Oficial No. 39615 del 31 de diciembre de 1990.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 979 del 2005 (julio 26), “por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes”. Diario Oficial No.

DOCTRINA

LECTURA BASICA:

LEMOS SAN MARTIN, Matilde. La familia de hecho. ¿Hacia la igualdad familiar? Tratamiento legal y jurisprudencial de las uniones maritales de hecho y de las uniones homosexuales. Bogotá, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Bogotá, 2007. ISBN: 958-9380-96-3

LECTURA COMPLEMENTARIA:

Uribe Escobar, Mario. La familia en la Constitución de 1991 y su desarrollo legal, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 2000

VALLEJO T, Juan Álvaro; ECHEVERRY C., Julio César; LEON PALACIO, Rodrigo. La unión marital de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Bogotá, Biblioteca Jurídica, 2000.

JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 1996 (7 de marzo). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 y el literal a del artículo 2 de la ley 54 de 1990 “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

-Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1994. (19 de mayo) M.P. Jorge Arango Mejía. Demanda de inconstitucionalidad del Art. 1 (parcial) y del inciso segundo (parcial) del artículo 7 de la ley 54 de

B

1990 “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”.

Corte Constitucional. *Sentencia C-114 de 1996 (21 de marzo). M.P. Jorge Arango Mejía. Demanda de inconstitucionalidad del artículo 8, parcial, de la ley 54 de 1990.*

Corte Constitucional. *Sentencia C-014 de 1998 (4 febrero). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b) –parcial-del artículo 2, y el parágrafo –parcial-del artículo 3 de la ley 54 de 1990.*

Corte Constitucional. *Sentencia C-075 de 2007 (7 de febrero). Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005.*

Corte Constitucional. *Sentencia C-0336 de 2008. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas. En: Comunicado de Prensa No. 16.*

Unidad 2

LA UNIÓN MARITAL DE HECHO: EFECTOS DE ORDEN PERSONAL Y PATRIMONIAL. DESARROLLOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

Qg

Mediante el estudio de esta unidad del módulo se podrán comprender los alcances y efectos jurídicos (personales y patrimoniales) del vínculo de hecho denominado “uniones maritales de hecho” desde la perspectiva del Derecho Privado y de la jurisprudencia civil colombiana.

Valorar la estrecha relación existente entre familia, matrimonio y unión marital de hecho

Qe

- *Establecer los requisitos, los elementos y los efectos personales y patrimoniales de las uniones maritales de hecho en el Derecho colombiano.*
- *Identificar las diferencias y semejanzas entre matrimonio y unión marital de hecho.*
- *Identificar las líneas jurisprudenciales más relevantes.*

2.1. INTRODUCCION

Partiendo de que la unión marital de hecho es una situación lícita, la cuestión que se plantea es la de precisar el régimen jurídico que se le aplica.

La nota común que resulta de la propia noción de esta institución es la exclusión, por regla general, de las normas legales del matrimonio, ya que los interesados voluntariamente no se acogen, sea por razones de formalismos, sea por razones de conveniencia o por otras.” “No obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros”.⁵⁴

El tratadista español Antonio Alberto Pérez U., al referirse a las posturas que adoptan los ordenamientos jurídicos en relación con las uniones de hecho, señala que “ (...) se identifican dos posturas que los ordenamientos jurídicos contemporáneos adoptan ante las uniones de hecho. Una, la de aquellos que de modo directo y específico regulan los efectos jurídicos de tales uniones de hecho, y otra, la que, sin regular de manera concreta tal situación fáctica ni equipararla al matrimonio, no desconoce sus efectos atribuyéndole, bien de forma fragmentaria y dispersa en preceptos aislados, bien analógicamente por vía jurisprudencial, determinadas consecuencias jurídicas, ámbito en el que puede incluirse nuestro ordenamiento”.⁵⁵

El doctrinante Rafael Navarro-Valls considera que existe una tendencia a la desjuridicación del matrimonio acompañada de la paralela propensión a la juridificación de las uniones de hecho.⁵⁶

En esta unidad se estudiará la unión marital de hecho en el Derecho colombiano, su regulación, efectos y desarrollo jurisprudencial.

⁵⁴ PEREZ URENA, Antonio Alberto. *Uniones de hecho: estudio práctico de sus efectos civiles*. Madrid, Edisofer, S.L., 2000. P. 42.

⁵⁵ Ibídem

⁵⁶ NAVARRO-VALLS, Rafael. *Matrimonio y Derecho*. Madrid, 1995. P. 68

2.2 ANTECEDENTES

2.2.1. Antecedentes legales

Desde una perspectiva jurídica, en Colombia se han expedido un conjunto de Leyes que, previas a la Ley 54 de 1990, han dejado cierto vestigio, bien sea positivo o negativo, en lo que a familia natural y concubinato se refiere, saber:

El Código Civil de 1873: Dicha legislación entendía por concubina “la mujer que vivía con un hombre públicamente, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos”. Tal denominación estaba acorde con el concepto “de hijo natural que era habido fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción cuyos hijos han obtenido el reconocimiento (Art. 52 literal 2)”⁵⁷

La Ley 19 de 1890 (Código Penal) erige como delitos el adulterio de la mujer y el amancebamiento del esposo; este último se encontraba definido en el artículo 451 de la siguiente manera, “el hecho de que dos personas de diferente sexo, sin ser casadas hicieran vida como tales, en una misma casa de manera pública y escandalosa”. Cabe dilucidar que dichos delitos fueron derogados por el Código penal de 1936.

La Ley 21 de 1936, catalogada como un “avance legislativo”, pues en ella se reconoció y proporcionó un buen trato a hijos que hayan sido producto de relaciones concubinarias.

La Ley 45 de 1936 estableció en su artículo 4 que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad: “(...) en el caso en que el presunto padre y la madre hayan existido de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días contados desde que empezaron tales relaciones o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron”. Cabe señalar que si bien la Ley 45 se inspiró en la ley francesa del 16 de noviembre de 1912, esta última no consagró el concubinato notorio dentro del período legal de la concepción, como lo hizo el artículo anteriormente estudiado.

La Ley 90 de 1946 estableció el Seguro Social obligatorio y creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. En lo que se refiere al concubinato, dicha

⁵⁷ RUEDA RICARDO, *Origen y evolución de la unión marital de hecho*, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá Noviembre 19 de 2000.

ley le reconoció efectos jurídicos por cuanto, en caso de muerte producida por accidente o enfermedad, dispuso el Art.55 que a falta de viuda se tenga en cuenta a: “a. La mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años y medio anteriores a su muerte, o con quien haya tenido hijos siempre que ambos hubiesen permanecido solteros durante el concubinato.”

El Código Sustantivo de Trabajo, establecido por los decretos 2663 y 3743 de 1950 y adoptado permanentemente por la ley 141 de 1961, tuvo en cuenta a los hijos naturales para llamarlos a ocupar un puesto como herederos, en algunos casos de prestaciones laborales o sociales de su padre (Art. 204, inciso final en consonancia con los art. 212, 214, 216, 231, 258, 275, 285, 293, y 294 del mismo Código)

El Decreto 1848 de 1959: reguló a los empleados oficiales y otorgó a la compañera permanente del afiliado “(...) asistencia médica por la maternidad, al igual que a los hijos de éstas, hasta los seis (6) meses de edad”.

La Ley 75 de 1968: “Por la cual se dictan normas sobre la filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”. El Art.6 de la ley 75 de 1968 no consagró el concubinato para asumir la paternidad, sino que se limitó a exigir: “4. En el caso en que entre el presunto padre o la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el Art. 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción; dichas relaciones podrán inferirse del trato social y personal entre el padre y la madre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad”.

El Acuerdo número 526 del 20 de mayo de 1974 del Consejo Directivo del ISS reconoció (e) a “(..) la mujer con quien el asegurado haga vida marital, el derecho a las prestaciones asistenciales previstas en caso de maternidad”⁵⁸.

La Ley 12 de 1975, adicionada por la Ley 113 de 1985, creó una pensión especial para sobrevivientes la cual podía ser reconocida tanto a la cónyuge como a la compañera permanente siempre y cuando su esposo o compañero, teniendo derecho a esta prestación, falleciere antes de cumplir la edad requerida por la ley.

La Ley 113 de 1985 extendió a los compañeros permanentes el derecho a la sustitución pensional por muerte del trabajador pensionado o con derecho a jubilarse y dictó disposiciones sobre régimen de pensiones. Según la autora, estas normas dieron un “importante connotación social en cuanto a la protección de los concubinos o compañeros permanentes del trabajador particular o trabajador del sector público.

58 *Anales del Congreso No. 79 de 1988, Miércoles 31 de Agosto de 1988*

(...) El beneficio es, pues, sin discriminación para el compañero permanente, de tal suerte que puede, en ocasiones, excluir al cónyuge legítimo"⁵⁹.

Ley 29 de 1982, de gran importancia ya que a través de ella se otorgó igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos extramatrimoniales y adoptivos y se hicieron los diversos ajustes a los respectivos órdenes hereditarios.

Ley 71 de 1988 reiteró lo establecido en la Ley 113 de 1985 y en la Ley 12 de 1975; esto es, la extensión de las previsiones pensionales para el compañero permanente supérstite pero esta vez sin distingos de sexo.

Ley 54 de 1990 estableció las figuras unión marital de hecho y compañeros permanentes. De igual forma en dicha norma se estableció el régimen patrimonial de la unión marital de hecho. Cabe precisar que si bien se institucionalizó la figura de la unión libre, esta ley no entró a regular los efectos personales entre los convivientes sino que reguló exclusivamente aspectos de carácter patrimonial.

El artículo 42 de la Constitución Política de 1991 consagró un concepto amplio de familia que comprende la estructura familiar originada del matrimonio, de la Unión Marital, y de la adopción. De igual forma se propugnó en este que el Estado garantizará protección a la estructura familiar de forma integral sin tener en cuenta la forma como se ha constituido.

La Ley 100 de 1993: se encargó de crear el sistema integral de salud, extendió los beneficios pensionales⁶⁰ así como los beneficios del plan obligatorio de salud –entre otros- no solo a los cónyuges sino de igual forma a los compañeros permanentes.

Ley 797 de 2003 reiteró la extensión de beneficios pensionales dados por la Ley 100 de 1993 para los compañeros permanentes pero con importantes modificaciones.⁶¹

59 *Ibidem*.

60 El Artículo 47 de esta ley estableció como beneficiario de la pensión de sobrevivientes a los compañeros permanentes que hubiesen convivido con el fallecido no menos de **2 años continuos** con anterioridad a su muerte, salvo que se hubiese procreado un hijo.

61 Artículo 13: El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 quedará así: *Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el*

La Ley 979 del 26 de julio de 2005, modificó la Ley 54 de 1990, en aspectos de carácter civil y procesal.

El día 21 de julio de 2003, el senador Gustavo Enrique Sosa Pacheco presentó como autor ante el Senado de la República el proyecto de Ley Número 29 de 2003, más adelante conocido con el número 148 de 2003 ante la Cámara de Representantes, por medio del cual “se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.”

Básicamente, el propósito de dicho proyecto señalado por el Senador en su exposición de motivos, no fue otro que certificar “la existencia de la unión marital de hecho y la declaración de la sociedad patrimonial de hecho, mediante Acta de Conciliación o escritura pública entre los compañeros permanentes, legalmente suscritas, sin desconocer las instancias judiciales en el evento en que no hubiese mutuo consentimiento o conciliación entre los compañeros permanentes, para las solución de sus conflictos.”⁶²

Ahora bien, en aras de justificar dicho propósito, el Senador Sosa decidió traer a colación en forma breve el reconocimiento que nuestra actual Constitución política otorga a la unión marital de hecho como una forma de familia, así como la posición de igualdad de esta figura frente al matrimonio para luego centrar su argumento

beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y con derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

62 Anales del Congreso No. 353 de 2003. Bogotá, Lunes 21 de Julio de 2003.

en la sentencia C-1033 de 2002, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño; fallo en el cual se estableció la posibilidad para los compañeros permanentes de exigir la obligación alimentaria consagrada en el artículo 411 del Código Civil exclusivamente para los cónyuges, siempre y cuando dichos compañeros logren demostrar su condición de integrantes de la unión marital de hecho.

Para el Senador Sosa, la decisión adoptada por la alta corporación fue acertada; sin embargo, el requisito dispuesto por la Corte requiere se adopten unas modificaciones necesarias que posibiliten agilizar su cumplimiento y así mismo la exigibilidad del derecho de alimentos ya que según el exponente, “si bien la Ley 54 de 1990 al regular el régimen de la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales, dio un gran paso en pro del derecho fundamental de la igualdad entre los derechos de los cónyuges y los compañeros permanentes, se quedó corta al contemplar unos requisitos sumamente engorrosos para probar la existencia de la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales, vacío legislativo que vale la pena llenar en aras de los principios fundamentales de la buena fe, de la no discriminación, de la economía procesal y de la celeridad en los trámites (...) del bienestar general y especialmente de esa gran mayoría de familias colombianas que se encuentran conformadas por la unión marital de hecho”⁶³

Agregó el Senador, que las modificaciones propuestas a la ley 54 de 1990, no buscan cambiar el espíritu de la ley sino “algunos cambios de técnica legislativa y algunas precisiones que se ajusten más al sentido de la Constitución y a los nuevos tiempos”⁶⁴ los cuales se traducen en 1) permitir declarar la existencia de la unión marital de hecho ya no sólo a través de la instancia judicial sino de igual manera ante Notario mediante escritura pública, y ante el Centro de conciliación mediante acta de conciliación 2) incluir el mutuo acuerdo contenido en el acta de conciliación como medio para declarar disuelta la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y 3) permitir a los compañeros permanentes o a sus herederos pedir la declaración, disolución o liquidación

63 Frente a lo citado, se enfatiza como el Senador Sosa considera un imperativo la necesidad de modificar la Ley 54 de 1990 en razón del gran número de familias conformadas mediante la unión marital de hecho. Sin embargo no presenta ningún tipo de estudio estadístico que logre sostener tal aseveración.

Al respecto del número de parejas heterosexuales establecidas en unión libre en Colombia el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE- documentó que para el año de 1997 habían 5.488.614 de personas establecidas en unión libre frente a los 8.524.074 de personas casadas; para el año 1998 la población conformada en unión libre ascendió a 5.614.865 mientras que en el mismo año la población casada disminuyó a 8.487.084 millones. Dicha tendencia se vio nuevamente en el año 1999 donde la población en unión libre aumentó a 6.025.717 millones frente a los 8.191.134 de personas casadas en dicho año.

64 Ibidem.

de la sociedad patrimonial de hecho, siempre y cuando se encuentre declarada bien sea judicialmente, ante Notario o en Centro de Conciliación.

Más adelante los Representantes a la Cámara Clara Pinillos, Luis Fernando Velasco Che., Ramón Elejalde A., y Myriam Alicia Paredes A., ponentes para primer debate ante la Cámara del proyecto de Ley número 029 ante el Senado, 148 de 2003 ante la Cámara de Representantes, sostuvieron que “esta reforma facilita a quienes viven en unión marital de hecho demostrar su sociedad patrimonial, puesto que no los obligara en el futuro a acudir a un proceso judicial, sino que les brinda la oportunidad de hacerlo extrajudicialmente para ordenar de esa manera los efectos patrimoniales de su convivencia. Además se atempera la moderna tendencia de desjudicializar muchas actuaciones para que haya una mayor eficiencia en el tráfico jurídico y se evite la confrontación en los estrados judiciales”⁶⁵

Así, el proyecto de Ley número 029 ante el Senado, 148 de 2003 ante la Cámara de Representantes, con los anteriores argumentos y muy tenues variaciones del presentado por el Senador Sosa inicialmente ante el Senado, fue aprobado definitivamente en segundo debate en sesión plenaria de la honorable Cámara de Representantes el día martes 24 de agosto de 2004; y actualmente, dicho proyecto ya ha sido remitido para la respectiva sanción presidencial, tal y como consta en el boletín de prensa de Diciembre 17 de 2004 de la Honorable Cámara de Representantes.

El mencionado proyecto de Ley es hoy la Ley 979 de 1005, y se constituye como el primer desarrollo legislativo – modificación legal- de la Ley 54 de 1990, el cual se centra en procurar, mediante trámites menos engorrosos y burocráticos, la protección expedita de los derechos patrimoniales forjados en la Ley 54 de 1990.

Este desarrollo implicó que la tan esperada modificación a la de ley de unión marital de hecho se centrara en aspectos meramente formales y no entrara a estructurar temas de fondo: se contentó con estructurar simplemente aspectos de carácter procesal mas no se pronunció sobre temas que requerían igual o mayor importancia, tal es el caso de lo concerniente a los derechos y obligaciones de los compañeros permanentes.

⁶⁵ Anales del Congreso No. 677 DE 2003, viernes 12 de diciembre de 2003.

2.2.2 Antecedentes jurisprudenciales

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido la encargada de regular el tema de las uniones de hecho, esencialmente en lo correspondiente a los años anteriores a la expedición de la ley que regula la materia.

Los fallos de la Corte han ido evolucionando lentamente, pues antes de que fuera expedida la Ley 54 de 1990, la Corte Suprema de Justicia fue la encargada de regular lo concerniente a las relaciones entre concubinos, pero presentando diversas posiciones frente al tema.

“(...) en el primer periodo se caracterizó por apreciar, que entre los concubinos como consecuencia de la vinculación de esfuerzos recíprocos, se consolida una sociedad de hecho. Posteriormente, con base en los postulados de la jurisprudencia francesa, se avizoraba una segunda etapa en la que se determinó que la concubina en casos muy concretos, estaba legitimada para reclamar judicialmente los perjuicios que se ocasionaban con la muerte de su concubino y, finalmente, una tercera etapa en la que llegaron a considerar los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho, como los de una sociedad conyugal de bienes de carácter irregular.”⁶⁶

La corriente renovadora de la jurisprudencia vino como consecuencia de las profundas transformaciones legislativas de los años treinta, principalmente en lo concerniente a la mujer casada, cuyo desarrollo legislativo fue introducido por la Ley 28 de 1932. A lo largo del desarrollo jurisprudencial se fue constituyendo la teoría de la sociedad de hecho entre concubinos, teoría que pretendía ser un avance hacia la igualdad económica de los miembros de la pareja. Frente a este proceso, la Corte expresó en un fallo lo siguiente⁶⁷:

“El concubinato, que es el resultante de relaciones sexuales permanentes y sostenibles entre un hombre y una mujer no casados entre sí, como situación de hecho que es, desde el punto de vista jurídico ha sido diversamente apreciado por los sistemas de derecho positivo; en algunos aparece repudiado enérgicamente; en otros admitido con definitiva y total eficacia; y, en los demás se lo recibe y regulan sus efectos con determinadas restricciones. (...) Con base en la equidad, empero, se sostiene, que una conjunción de intereses, deliberada o sopor (sic) los amantes, un largo trabajo en común puede constituir una sociedad de hecho,

66 RUEDA RICARDO, *Origen y evolución de la unión marital de hecho*, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá Noviembre 19 de 2000.

67 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-239/94. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía

producto casi siempre más de las circunstancias que de una actividad razonada y voluntaria. Fue, pues así como la doctrina en punto de relaciones económicas o patrimoniales de los concubinos, al comienzo abrió la puerta inicial a la *actio in rem verso*, en beneficio del concubino que ha colaborado con el otro en sus empresas; y luego para la participación de los bienes adquiridos en común y la repartición de los beneficios, se consagró la *actio pro socio*.⁶⁸

La protección otorgada a la familia natural en Colombia, antes de la expedición de la ley 54 de 1990, no ofrecía prerrogativas especiales, ya que no existía disposición legal que se encargara de su regulación. Por el contrario, el amparo otorgado por parte del desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, se limitaba a amparar de manera indirecta los derechos y deberes de los concubinos. El reconocimiento a la sociedad de hecho como figura análoga a la sociedad comercial, buscó otorgar protección patrimonial y garantías para los concubinos que conformaban la mencionada sociedad. La protección a los derechos buscaba reconocimiento al trabajo y colaboración mutuos producto de la sociedad de hecho y de la ayuda mutua para un fin común y determinado. Cabe aclarar que la figura del concubinato se desarrolló en torno a tres temas principales que son la conformación de las sociedades de hecho, la acción *in rem verso* y la relación laboral en el concubinato.

2.2.3 Regulación jurídica de las uniones maritales de hecho

2.2.3.1 ASPECTOS GENERALES

A nivel del Derecho Civil, la institución de la unión de hecho en Colombia está regulada en la Ley 54 de 1990, la cual se ocupa de definir las uniones maritales de hecho y establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

La Ley 54 de 1990 consta de ocho (8) artículos: el artículo primero define, en los siguientes términos, la unión marital de hecho: “la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denomina compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”. El artículo segundo formula una presunción, simplemente legal, sobre la existencia de “sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes”, si ésta ha existido por un lapso no inferior a dos años. Se precisa que si obra un impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, la sociedad o sociedades conyugales anteriores

⁶⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. *Sentencia 26 febrero 1976, CLII, 35.*

han debido ser disueltas o liquidadas por lo menos un año antes de la fecha de iniciación de la unión marital de hecho, a fin de que la presunción pueda efectivamente operar. El propósito de esta norma es “evitar la coexistencia de dos sociedades de gananciales a título universal, nacida una del matrimonio y la otra de la unión marital de hecho”.⁶⁹ El artículo tercero determina los activos que ingresan a la sociedad patrimonial y los que no se incorporan a su haber. Los primeros están constituidos por el patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuo y los originados en los réditos o mayor valor de los bienes propios, los cuales “pertenezcan por partes iguales a ambos compañeros permanentes”. Los segundos, que no alimentan el acervo social, son los adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, y los que hubieren sido adquiridos con anterioridad a la unión marital de hecho. Así como el Código Civil contempla la constitución de la sociedad conyugal, por el mero hecho del matrimonio (Art. 1774), la que tiene el carácter de sociedad de ganancias a título universal, la Ley 54 de 1990, a su turno, contempla la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, si se reúnen los elementos que configuran el supuesto material de la unión material de hecho. El artículo cuarto dispone que la unión marital de hecho puede establecerse por los medios de prueba consagrados en el código de procedimiento civil. El artículo quinto enumera las causales de disolución de la unión marital de hecho. El artículo sexto faculta a cualquiera de los compañeros permanentes y a sus herederos para pedir la liquidación de la sociedad patrimonial y la respectiva adjudicación. El artículo séptimo indica los procedimientos que deben seguirse para la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y las normas que en éste se aplican. Finalmente, el artículo octavo define el término de la prescripción de la acción enderezada a obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

En resumen, a partir de la ley 54 de 1990 existe en Colombia una protección legal para las personas que, cumpliendo con los requisitos legales para contraer matrimonio, decidan no hacerlo pero constituyan una familia. Inicialmente, esta protección se limitaba al régimen patrimonial, para asimilarlo a los efectos de la sociedad conyugal. Sin embargo, por efecto de la Constitución Nacional, la protección a los compañeros permanentes, en términos similares a la de los cónyuges, ha ido en aumento. No obstante, existen algunas diferencias en cuanto a los derechos percibidos por unos y otros, puesto que para las familias constituidas por unión marital de hecho:

69 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-239 de 1994*

No hay ninguna norma que referida a la tutela o curaduría del compañero permanente.

Según sentencia C-1033 de 2002, la Corte Constitucional consideró que la palabra “cónyuges” del artículo 411 del Código Civil como titulares de la obligación alimentaria, también cobija a los compañeros permanentes. Sin embargo, en cuanto al tipo penal que sanciona el incumplimiento de este deber, la Corte Constitucional consideró que la expresión cónyuge en el artículo 233 del Código Penal no cobija a los compañeros permanentes y que existe, por tanto, una omisión legislativa.

La unión marital de hecho no da derecho a la solicitud de nacionalidad por adopción. Encuantoalosderechosparaloscónyuges,loscompañerospermanentes tienen una protección similar. Conforman sociedad patrimonial, pueden adoptar como pareja, pueden constituir patrimonio de familia y vivienda familiar, la intimidad y la honra de su familia está protegida constitucionalmente, están comprendidos en las normas de violencia intrafamiliar, no están obligados a declarar contra su compañero permanente en un proceso judicial, tienen derecho al socorro mutuo, son beneficiarios de las pensiones y de los beneficios de salud para sus compañeros/as “(...) El matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas. La unión libre, en cambio, sí se produce por el solo hecho de la convivencia y en ella los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja. En el matrimonio, en cambio, las obligaciones que surgen del pacto conyugal, a pesar de que pueden llegar a extinguirse por divorcio y éste a su vez puede darse por voluntad de los cónyuges Cf. Código Civil art. 154 incisos 8° y 9°, es menester lograr la declaración judicial del divorcio para que se produzca la disolución del vínculo jurídico a que se ha hecho referencia.”⁷⁰

El consentimiento es entonces, el elemento fundamental del matrimonio, pues sin este previamente expresado mediante un contrato no puede hablarse de la existencia de la institución matrimonial.

“Conforme con lo anteriormente expuesto, el consentimiento es lo esencial en el matrimonio a la vez que es su causa. Sin él no se da el vínculo jurídico. Por ello la sola cohabitación no puede dar lugar al matrimonio. Un antiguo aforismo jurídico lo indica: “Non concubitus sed consensus matrimonium facit.” La

⁷⁰ *Ibídem.*

razón antropológica que fundamenta esta realidad no es otra que la libertad humana. El hombre es un ser que se autoposee, que se autodomina, por lo cual el matrimonio, que comporta una entrega personal a título de deuda para conformar una comunidad de vida y amor y una participación mutua en la sexualidad, no puede darse sino por la libre decisión de cada uno de los cónyuges. Por ello la libertad en el consentimiento, en un contrato de esta naturaleza, es tema que involucra los derechos humanos a la libertad, a la dignidad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica, etc. Y por ello debe garantizarse que ningún hecho, ningún acto distinto de la libre expresión del consentimiento, pueda llegar a producir un vínculo matrimonial.”

Como se mencionó en líneas anteriores, la similitud entre estas dos instituciones es el elemento esencial de ser creadoras de familia, de conformidad con lo establecido por la Carta Política de 1991. Es importante mencionar que la protección constitucional otorgada por la Carta fundamental logró establecer un marco referencial de igualdad. Sin embargo, el legislador no otorgó igualdad de derechos a estas dos instituciones. Los efectos patrimoniales que se derivan de la sociedad conyugal y de la sociedad patrimonial son drásticamente diversos, otorgando consecuencias drásticamente diferentes entre ambas instituciones.

“El matrimonio y la unión de hecho comparten la característica esencial de ser instituciones creadoras de la institución familiar. Como tales es claro que las dos figuras merecen una misma protección constitucional. Sin embargo, ese idéntico trato no puede aplicarse enteramente a los asuntos relacionados con los derechos patrimoniales que se derivan de las sociedades conyugal y patrimonial. Tanto las condiciones en que surgen las dos sociedades como las pruebas por aportar acerca de su existencia son diferentes y ello puede generar consecuencias distintas en este campo, siempre y cuando, como se ha expresado reiteradamente por esta Corporación, las diferencias sean razonables, es decir, se puedan sustentar con una razón objetiva.”⁷¹

Según la Corte Constitucional es erróneo afirmar que la Constitución considera absolutamente iguales las instituciones o figuras del matrimonio y de la unión libre, o unión marital de hecho. Para dicha corporación no es posible sostener que entre los compañeros permanentes existe una relación idéntica a la que une a los esposos, ya que, como manifiesta en la sentencia C-239 de 1994 “(...) es afirmación que no resiste el menor análisis, pues equivale a pretender que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado, y que, al

71 *Sentencia C-014 de 1998; Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.*

mismo tiempo, pueda éste imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una unión libre.”⁷²

El matrimonio y la unión de hecho comparten la característica esencial de ser instituciones creadoras de la institución familiar. Como tales es claro que las dos figuras merecen una misma protección constitucional. Sin embargo, ese idéntico trato no puede aplicarse enteramente a los asuntos relacionados con los derechos patrimoniales que se derivan de las sociedades conyugal y patrimonial. Tanto las condiciones en que surgen las dos sociedades como las pruebas por aportar acerca de su existencia son diferentes y ello puede generar consecuencias distintas en este campo, siempre y cuando, como se ha expresado reiteradamente por la Corte, las diferencias sean razonables, es decir, se puedan sustentar con una razón objetiva. Dado que todas las particularidades de la regulación de estas dos figuras están de una manera u otra imbricadas en un amplio tejido normativo, de manera que las decisiones sobre un punto determinado tienen influencia en muchos otros asuntos, parece ser necesario que en el futuro el legislador proceda a reglamentar en una forma amplia y comprensiva estas dos instituciones.

Respecto a esta misma línea argumentativa, afirma la Corte en sentencia C-174 de 1998 que: “De ahí a sostener que la Constitución estableció la igualdad entre el matrimonio y la unión libre, hay mucha distancia. El matrimonio es diferente de la unión libre, y, por lo mismo, difieren entre sí las situaciones jurídicas de los cónyuges y de los compañeros permanentes pero la verdad es la creación de una nueva institución jurídica, la unión marital de hecho a la cual la Ley 54 le asigna unos efectos económicos o patrimoniales como dice la ley, en relación con los miembros de la pareja. De allí al establecimiento de los mismos derechos y obligaciones que existen entre los cónyuges hay un abismo. Basta pensar, por ejemplo que la sola voluntad de uno de sus miembros, es suficiente para poner término a la unión marital de hecho, lo que no ocurre con el matrimonio.”⁷³

A renglón seguido la Corte agrega: “El juez constitucional no puede crear una igualdad entre quienes la propia Constitución considera diferentes, es decir, entre los cónyuges y los compañeros permanentes.

Como se ve, no se quebranta el principio de igualdad consagrado en la Constitución cuando se da por la ley un trato diferente a quienes estén en situaciones diferentes, no solo jurídica sino socialmente. Como se ha dicho los cónyuges y los compañeros

72 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-239/94* Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

73 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-174 del 29 de abril de 1998*, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

permanentes tienen un estado civil diferente, según lo prevé el último inciso del artículo 42 de la Constitución. Y que el estado civil trae consigo derechos y deberes, acorde con él y fijados por el legislador, según la evolución social”.

2.2.3.2. Derechos y obligaciones de los compañeros permanentes

En el presente apartado se realiza un recuento y análisis argumentativo de los fallos que ha emitido la Corte Constitucional respecto de los compañeros permanentes y su posicionamiento como sujetos de ciertos derechos y obligaciones que en principio la ley sólo estableció para los Cónyuges. Para tal efecto, se desarrollan tres análisis jurisprudenciales: El primero de ellos se centra en los compañeros permanentes y en el derecho a la sustitución pensional, el segundo de ellos trata de la obligación de prestar el servicio militar y el derecho a poder ser eximido de este, y el tercero es sobre los compañeros permanentes y la obligación alimentaria.

2.2.3.3. De los compañeros permanentes y el derecho a la sustitución pensional

El derecho a la sustitución pensional de los compañeros permanentes se estructuró en la legislación laboral⁷⁴, mucho antes de que la Constitución de 1991 dispusiera en sus artículos 50 y 42 el precepto de igualdad familiar. Sin embargo, el criterio tomado por el legislador de ese entonces para poner en el mismo plano, tanto al cónyuge como al compañero permanente (concubino) en lo que a sustitución pensional se refiere, no fue principio de la igualdad familiar y la protección integral de la familia como célula fundamental de la sociedad sino la convivencia de las parejas, criterio material que fue acogido aún por encima del criterio formal de la unión matrimonial.

Ahora bien, la Constitución de 1991 trajo consigo nuevas bases sobre las cuales habría -desde ese entonces- de sustentarse el derecho a la sustitución pensional

⁷⁴ Al respecto puede mencionarse la Ley 90 de 1946, mediante la cual se reconoció el derecho de la concubina a recibir la pensión de invalidez o muerte de su compañero en tanto no hubiese viuda y que la compañera permanente demostrara que había hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a la muerte del trabajador. Más adelante, la Ley 33 de 1973, decidió reconocer el derecho a la compañera permanente frente a la pensión de jubilación siempre y cuando la esposa del pensionado estuviera muerta o hubiese abandonado al cónyuge.

La Ley 12 de 1975 creó una pensión especial para sobrevivientes la cual podía ser reconocida tanto a la cónyuge como a la compañera permanente siempre y cuando su esposo o compañero, teniendo derecho a esta prestación, falleciera antes de cumplir la edad requerida por la ley. El legislador extendió a la compañera permanente la protección antes restringida a la viuda. La Ley 113 de 1985 extendió a los compañeros permanentes el derecho a la sustitución pensional por muerte del trabajador pensionado o con derecho a jubilarse. Finalmente la Ley 71 de 1988 reiteró la sustitución pensional para el cónyuge o compañero permanente supérstite sin distingos de sexo.

De esta forma se puso fin a la discriminación en materia prestacional contra las personas que conviven en unión de hecho y sobre esta realidad erigen una familia.

por parte de los compañeros permanentes. Dicha labor de sustento, ha sido esbozada por la Corte Constitucional a través de sus fallos, no solo desde sus inicios sino de igual forma la alta Corporación ha contribuido al respecto de forma importante, en años recientes.

Pasemos ahora a contemplar el problema jurídico que se considera es el más apropiado frente al tema de estudio: ¿Los beneficios establecidos para los cónyuges y sus hijos en materia de sustitución pensional deben ser reconocidos a quienes ostentan el carácter de compañeros permanentes así como a los hijos nacidos de dicha unión?

Del anterior problema jurídico se desprenden dos posibles posiciones: los beneficios establecidos para los cónyuges y sus hijos en materia de sustitución pensional deben extenderse a quienes ostentan el carácter de compañeros permanentes así como a los hijos nacidos de dicha unión en virtud de i) los principios, derechos y garantías que la familia y los niños tienen reconocidos en nuestra Constitución Política ii) que debe primar el criterio material (la convivencia efectiva de los convivientes) sobre el criterio formal (matrimonio).

A continuación se presentan algunas sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con este tema:

Primera Corte Constitucional ⁷⁵ (1993 –2001):

Sentencia T-190 de 1993, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En esta ocasión la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional se pronunció sobre la sentencia emitida el 15 de Diciembre de 1992 por el Juzgado Primero Civil Municipal de Manizales con motivo de la acción de Tutela presentada por la señora Noelia Henao Betancur contra la Industria Licorera de Caldas en procura de que dicha entidad le asignase la sustitución pensional del señor

⁷⁵ Esta Corte Constitucional que laboró desde Marzo de 1993 hasta el 28 de Febrero de 2001, se encontraba constituida por los Doctores Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

Posteriormente, ingresaron a la Corporación, en reemplazo de los doctores Jorge Arango Mejía y Hernando Herrera Vergara, los doctores Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis. Cabe agregar que durante dicho periodo, transitoriamente, ejercieron la magistratura en calidad de encargados, los doctores Julio César Gutiérrez y por primera vez, una mujer, la doctora Carmenza Isaza de Gómez. Posteriormente, las doctoras Martha Sáchica Méndez y Cristina Pardo Schlessinger y el doctor Jairo Charry Rivas.

Hernando Osorio Arias, su compañero permanente, en lugar de hacerlo a su viuda Herminia Ballesteros.

Según la peticionaria, esta convivió en unión de hecho con el señor Hernando Osorio Arias durante los últimos cuatro años de su vida, desde el 12 de diciembre de 1987 hasta el 1º de marzo de 1992, y por ende tenía derecho sobre la pensión de jubilación que a cargo de la Licorera de Caldas gozaba su compañero fallecido. Agregó que la señora Herminia Ballesteros, cónyuge supérstite de Hernando Osorio, lo había dejado luego que éste sufrió una desfiguración facial, y que al momento de su unión con el señor Osorio ya habían transcurrido cinco años de la separación de su esposa; y así mismo que al momento de presentar la tutela esta no había solicitado la sustitución de la pensión a la Industria Licorera de Caldas.

El Juzgado Primero Civil Municipal de Manizales mediante el fallo anteriormente mencionado denegó la Tutela incoada por cuanto consideró que la solución de lo alegado le compete a la justicia laboral y no al juez de tutela.

Ahora bien, la Corte Constitucional luego de revisar dicha sentencia decidió confirmar la decisión proferida, pero no lo hizo sin antes haber esbozado el principio jurisprudencial respecto del Derecho a la sustitución pensional por parte de los compañeros permanentes que más adelante vendrá a ser ratificado por otras sentencias a las que se hará mención en breve. Revisemos la línea argumentativa de la Corte para luego plasmar dicho principio jurisprudencial:

La Corte Constitucional sostiene que “(...) respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros (as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio.”⁷⁶

Ahora bien, respecto del caso específico la alta corporación dispuso que, “(.) la ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida. En consecuencia, en el hipotético caso de la negación de este derecho a la compañera permanente bajo el argumento de un vínculo matrimonial preexistente, pero disociado de la convivencia efectiva - v.gr. por el abandono de la esposa debido a la carga que representaba el cónyuge limitado físicamente -, se

⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-190 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.*

configuraría una vulneración del derecho de igualdad ante la ley en perjuicio de quien materialmente tiene derecho a la sustitución pensional.”⁷⁷

Cabe agregar, que la Corte Constitucional llegó al delineamiento anteriormente mencionado, utilizando dos piedras angulares argumentativas. La primera de ellas vendría a ser el que “independientemente de la forma como se constituya la familia, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (CP art. 42), el Estado garantiza su protección integral dada la necesidad de mantener la armonía y la unidad entre sus miembros por ser ella el fundamento de la convivencia social y de la paz (...)”⁷⁸; y la segunda de ellas es que para la Corte, “(e)l derecho a la pensión de jubilación tiene como objeto no dejar a la familia en el desamparo cuando falta el apoyo material de quienes con su trabajo contribuían a proveer lo necesario para el sustento del hogar. El derecho a sustituir a la persona pensionada o con derecho a la pensión obedece a la misma finalidad de impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja el otro no se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales. El vínculo constitutivo de la familia - matrimonio o unión de hecho - es indiferente para efectos del reconocimiento de este derecho. El factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes (según la ley).”

Con base en estos pronunciamientos, puede concluirse que la Corte Constitucional estableció el siguiente principio jurisprudencial: El requisito fundamental para obtener el derecho a la sustitución pensional es demostrar la convivencia afectiva con el pensionado en los años anteriores a su muerte en virtud de que i) la Constitución especifica que la familia se puede crear por vínculos naturales o jurídicos y que estas dos modalidades de creación merecen idéntica protección, y, porque ii) el objetivo que persigue la pensión de sobrevivientes, es el garantizar al cónyuge o compañero supérstite los recursos necesarios para mantener un nivel de vida similar al que tenía antes de la muerte del conviviente que gozaba de una pensión.

A nuestro juicio, la sentencia estudiada se establece como una sentencia hito por cuanto formula una ratio (o principio jurisprudencial) que más adelante es ratificado por varias sentencias.

77 *Ibidem.*

78 *Ibidem.*

Según esta alta Corporación, la familia, sin importar cómo se encuentre conformada (según los presupuestos establecidos en nuestra Constitución Política), debe ser protegida por el Estado de igual forma, y por ende, independiente de que se trate de una familia constituida por matrimonio o unión de hecho, puede beneficiarse del derecho a la sustitución pensional. Sin embargo, cabe precisar que la Corte, si bien profesa la igualdad respecto a dichos contextos familiares, recalca que en caso de existir un conflicto entre la cónyuge y la compañera permanente, se deberá solucionar acorde con la situación real de vida en común de las dos personas, dejando de lado los distintos requisitos formales acorde, con los presupuestos legales establecidos.

La anterior precisión fue hecha para vislumbrar cómo en este fallo la Corte Constitucional combina tanto el tradicionalismo de fuentes (al establecer que como dice la ley se debe demostrar la convivencia afectiva) con la independencia institucional (al establecer en forma expresa que los compañeros permanentes merecen ser tratados de igual forma que los cónyuges en lo referente al derecho a la sustitución pensional).

Sentencia T-553 de 1994. Magistrado Ponente, Dr. José Gregorio Hernández Galindo y Sentencia T-202 de 1995 Magistrado Ponente, Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Ambos fallos desatados en virtud de la negación del Instituto de Seguros Sociales (ISS), de reconocer y otorgar la sustitución pensional a los respectivos compañeros permanentes a quienes dicha entidad les había otorgado cierto tipo de pensión. En el primero de dichos casos, el ISS decidió no conceder la sustitución pensional en virtud de un vínculo matrimonial previo a la unión marital de hecho, supuesto el cual, contravenía lo dispuesto por el Decreto 2060 de 1989 artículo 66⁷⁹. En el segundo de dichos casos, el Instituto de Seguros Sociales decidió negar la respectiva sustitución pensional en virtud de la ley 33 de 1973, en la cual solo se reconocía a la viuda como exclusiva beneficiaria de la pensión.

En ambas sentencias, la Corte confirmó de forma vehemente el precedente jurisprudencial iniciado por el fallo T-190 de 1993 de esta corporación. Y fue tan sorprendentemente acogido dicho principio, que la sentencia T-553 de 1994, sostuvo en su línea argumentativa que “(...) la Carta Política de 1991 otorgó igual trato, el mismo nivel jurídico y derechos equivalentes a la familia fundada en el acto solemne del matrimonio y a la configurada en virtud de la voluntad

⁷⁹ Dicho precepto indicaba que para extender la prestación de servicios de salud a los compañeros permanentes, el afiliado debía acreditar no tener cónyuge o que el vínculo jurídico con éste ha desaparecido por cualquiera de estos medios formales: nulidad de matrimonio civil o eclesiástico; separación legal definitiva de cuerpos y de bienes, causa no imputable al cónyuge supérstite, divorcio de matrimonio civil.

libre y responsable de conformarla, adoptada por hombre y mujer mediante unión carente de formalidades [y por ende] todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de dicho vínculo formal. De lo contrario, al generar distinciones que la preceptiva constitucional no justifica, se desconoce la norma que equipara las dos formas de unión (artículo 42 C.P.) y se quebranta el principio de igualdad ante la ley (artículo 13 C.P.), que prescribe el mismo trato a situaciones idénticas.”⁸⁰

Ambos fallos por ende, puede decirse confirman los principios que propugnan notablemente la obediencia del precedente jurisprudencial y así mismo conjugan a la jurisprudencia ya no solo como una fuente auxiliar de derecho, sino como fuente principal de derecho⁸¹.

Sentencia C-482 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Este fallo fue suscitado por la ciudadana Luz Adriana Rodríguez Fino quien demandó declarar inconstitucional parcialmente el artículo 55 de la Ley 90 de 1946⁸², por encontrarlo violatorio de los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política.

Según la peticionaria, dicho artículo sujeta el derecho a la pensión por la muerte del compañero - causada por accidente o enfermedad profesional - a que ambos fuesen solteros en el tiempo de la unión contraviniendo por ende el principio de igualdad familiar propugnado por nuestra constitución así como el artículo 48 de la misma carta, el cual hace referencia a la universalidad de la seguridad social.

Con el propósito de resolver la anterior demanda de inconstitucionalidad, la Corte aborda tres temas específicos: i) la vigencia de la norma demandada, ii) el objeto de la sustitución pensional y la legitimación para reclamarla y iii) la exigencia acusada de inconstitucionalidad.

80 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-553 de 1994. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo*

81 Esto en razón a que en dichas sentencias los argumentos de los Honorables Magistrados se centran en proteger el ánimo del constituyente al esgrimir nuestra actual Carta política pero no encuadra sus argumentos dentro de un contexto legislativo.

82 “Artículo 55: Para los efectos del artículo anterior, los ascendientes legítimos y naturales del asegurado tendrán unos mismos derechos, siempre que, por otra parte, llenen los requisitos exigidos en su caso; y a falta de viuda, será tenida como tal la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, siempre que ambos hubieren permanecido solteros durante el concubinato; si en varias mujeres concurren estar circunstancias, sólo tendrán un derecho proporcional las que tuvieren hijos del difunto”. Cabe señalar que es la oración subrayada aquella que fue demandada por inconstitucionalidad.

Pues bien, respecto del primero de dichos temas, la Corte Constitucional expresó que, si bien el texto acusado ya se encuentra derogado por el artículo 49 del Decreto 1295 de 1994 (el cual remite al artículo 47 de la Ley 100 de 1993⁸³), esta debe pronunciarse de fondo sobre la referida demanda porque “(...) ella sigue regulando el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes en favor de los compañeros permanentes, en los casos en los que los fallecimientos han acaecido antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993”.

Así, con dichos argumentos la Segunda Corte Constitucional decide manifestarse de fondo sobre el tema y se abre camino para a continuación exponer quiénes se encuentran legitimados para reclamar la sustitución pensional.

Respecto de ello la Corte reitera parte del principio jurisprudencial establecido en la sentencia T-190 de 1993, esto es, que “(...) respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros (as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio.”⁸⁴, ya que dicha afirmación “(...) es congruente con la disposición constitucional acerca de que la familia sustentada en un vínculo jurídico y la que se origina en la unión de hecho merecen idéntica protección”⁸⁵.

La Corte Constitucional al pronunciarse respecto del texto legal demandado, decide utilizar, además de la razón anteriormente mencionada, la línea argumentativa de la sentencia T-553 de 1994, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández, así: “todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca

⁸³“Artículo 47. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobre vivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido; b. Los hijos menores de 18 años, los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar en razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez; c. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante, si dependían económicamente de éste; d. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste”.

⁸⁴ Sentencia T-190 de 1993, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁵ Sentencia C-482 de 1998. Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de dicho vínculo formal. De lo contrario, al generar distinciones que la preceptiva constitucional no justifica, se desconoce la norma que equipara las dos formas de unión y se quebranta el principio de igualdad ante la ley que prescribe el mismo trato a situaciones idénticas. Es natural consecuencia de lo expuesto que en materia de seguridad social los beneficios reconocidos a los cónyuges de los asegurados cobijen, sin ninguna restricción ni diferencia, a quienes tienen el carácter de compañeros o compañeras permanentes, sobre la base de que se pruebe de manera fehaciente la convivencia por el término mínimo que establezca la ley”

Así, partiendo de ambas premisas jurisprudenciales, la Corte dispuso que la exigencia prevista en la ley de que ambos compañeros permanentes sean solteros durante el tiempo de su unión para tener derecho a la sustitución pensional, “(...) constituye una vulneración del derecho de los compañeros permanentes a que la familia que ellos conforman reciba un trato igual a aquéllas que surgen del contrato matrimonial. En efecto, la necesidad de la sustitución pensional en los dos tipos de familia es la misma: se trata de que el compañero o cónyuge supérstite pueda preservar el nivel de vida que llevaba su hogar antes de la muerte de su pareja {siendo entonces} la diferenciación que introduce la norma a las uniones de hecho una situación de clara desventaja con respecto a las familias surgidas del matrimonio”⁸⁶.

Por ende, la expresión “siempre que ambos hubieren permanecido solteros durante el concubinato” del Artículo 55 de la ley 90 de 1946 es declarada inconstitucional por la Corporación, la cual, además, decide dar a este fallo efectos retroactivos en virtud de considerar que dicha expresión contraviene los presupuestos de nuestra actual Constitución Política: la igualdad familiar y que “(...) el derecho a la pensión de jubilación responde a las necesidades de seguridad social de personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta, a las cuales debe atender de manera especial el Estado.”⁸⁷

Esta sentencia, aun cuando define un tema tan importante como lo es la constitucionalidad de una norma, no puede considerarse como una sentencia hito por cuanto lo que hace este fallo es reafirmar parte del principio jurisprudencial que estableció inicialmente la sentencia T-190 de 1993, el cual fue mencionado anteriormente.

86 *Ibidem*

87 *Ibidem.*

Cabe resaltar como la Corte Constitucional defiende abiertamente la posición de igualdad familiar en todas las prerrogativas; es decir, apoya la idea de que todos los deberes y derechos dados en el matrimonio deberían aplicarse por igual a los compañeros permanentes en tanto lo permita la Constitución política.

La Corte asume esta posición apoyada en los fallos a los cuales se hizo referencia en párrafos anteriores pero sin ampliar dicha línea argumentativa.

Sentencia T-018 de 1997 Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía; Sentencia T-266 de 1997 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz; Sentencia T-566 de 1998, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T-660 de 1998, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero y Sentencia T-1103 de 2000, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

En estos fallos, nuevamente se toma como piedra angular de los mismos la ratio establecida en la sentencia T-190 de 1993. Se observa con la posición asumida en estas oportunidades, la obediencia al precedente jurisprudencial sentado por dicho fallo, y así mismo vislumbra que estos fallos son confirmadores de principio.

Se trae a colación la sentencia T-566 de 1998, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz para demostrar lo anteriormente dicho. En esta oportunidad, la Corte entra a establecer si el Instituto de los Seguros Sociales vulneró los derechos de la actora⁸⁸ cuando negó su solicitud de sustitución pensional, con base en el argumento de que, en el pasado, su conviviente había contraído matrimonio con otra mujer.

Según lo esgrimido en dicha sentencia, para dilucidar quien tiene el derecho a la sustitución pensional “(...) se requiere fundamentalmente (...) observar la situación real de vida en común de dos personas, dejando de lado los distintos requisitos formales que podrían imaginarse. Es por eso que la compañera permanente puede desplazar a la esposa. Y es ésta también la razón que hace inaceptable el requisito de que los convivientes se encuentren en estado de soltería al momento de iniciar la unión. Ello por cuanto, por una parte, se tiene que esta exigencia no dice nada acerca de la convivencia efectiva. Y por la otra, porque se observa que ella se convierte en un obstáculo insalvable, para efectos de la sustitución, para muchas personas que han compartido durante años

⁸⁸ A saber la Sra. María del Carmen Gutiérrez Calentura instauró acción de tutela contra el Instituto de los Seguros Sociales, bajo la consideración de que la actuación de dicha entidad –denegarle la sustitución pensional por considerar que el fallecido se encontraba casado al momento de su fallecimiento y por ende contravenía la norma vigente a la fecha de dicho fallecimiento- vulneraba su derecho a la seguridad social y a la subsistencia.

su vida con otras que recibían una pensión”⁸⁹. Así las cosas, la Corporación revocó la sentencia de la Juez Novena Laboral del Circuito de Bogotá, del día 29 de abril de 1998, mediante la cual se declaró la improcedencia de la solicitud de tutela presentada por María del Carmen Gutiérrez Calentura, y, en su lugar concedió el amparo solicitado.

Es importante mencionar la sentencia T-1103 de 2000, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis⁹⁰, por cuanto dispuso expresamente dentro de sus lineamientos que ya la Corte anteriormente fijó “(...) la finalidad y razón de ser de la sustitución pensional como mecanismo de protección de los familiares del trabajador pensionado ante el posible desamparo en que pueden quedar por razón de su muerte” y por ende, su deber es reiterar la jurisprudencia que se esgrimió respecto del derecho a la sustitución pensional para el cónyuge como para el/la compañera permanente”.

Sentencia T-286 de 2000, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.

Este fallo se produce en sala de revisión frente al emitido por Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el cual negó en su oportunidad salvaguardar los derechos fundamentales de la solicitante al no otorgarle el derecho a la sustitución pensional por cuanto no encajaba en la connotación de perjuicio irremediable.

Al respecto, la Corte Constitucional dispuso que “(...) la Constitución de 1991 eliminó de manera tajante y definitiva toda forma de diferenciación entre el matrimonio y la unión permanente como fuentes u orígenes de la familia. Tanto el contrato solemne como la voluntad responsable de un hombre y una mujer, sin formalidad alguna, producen el efecto jurídico de formación del núcleo familiar. En consecuencia, todo aquello que en la normatividad se predique del matrimonio es aplicable a la unión de hecho. Con mayor razón lo relacionado con derechos, beneficios o prerrogativas, tanto de quienes integran una u otra

89 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-566 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz*

90 En esta oportunidad la Corte entra a revisar la Sentencia del 23 de septiembre de 1999 del Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá –que más adelante fue confirmada por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo del 4 de noviembre de 1999- que denegó el amparo solicitado por la accionante (Sra. Leonor Rodríguez) aduciendo que ella disponía de otros medios legales para lograr la sustitución pensional requerida y que por ende no se le estaban violando sus Derechos fundamentales a la igualdad, a la protección y asistencia como persona de la tercera edad, así como a la protección integral de su familia.

La Corte Constitucional luego de revisar los presupuestos que negaron la solicitud así como de plasmar su mapa conceptual resolvió revocar las anteriores sentencias y conceder lo solicitado con el propósito de salvaguardar los Derechos fundamentales, a los que se hizo mención, de la peticionaria.

modalidad de vínculo familiar como de los hijos habidos en el curso de la relación correspondiente."

Así, a partir de dicho argumento, concluyó que el pronunciamiento emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, es contrario a los preceptos constitucionales y por ende revoca dicho fallo y resuelve conceder lo solicitado por la peticionaria.

Lo curioso de este fallo es que no muestra por ninguna parte su obediencia al precedente jurisprudencial: no cita un fallo anterior de la Corte Constitucional ni hace alusión a ninguno emitido por el Consejo de Estado o por la Corte suprema de Justicia. Sin embargo, mantiene la misma línea argumentativa de la sentencia T-190 de 1993 sobre la igualdad familiar pero de una manera que se considera bastante amplia y vaga dando cabida a entender que sin importar el tipo de prerrogativa jurídica concedida a quienes se encuentran unidos por el matrimonio, esta de igual manera puede caber para los compañeros permanentes en virtud del principio de igualdad familiar.

Tercera Corte Constitucional⁹¹, (2001- 2009):

Sentencia C-152 de 2002, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

En esta oportunidad, el Sr. Oscar Iván Palacio Tamayo, haciendo uso de la acción pública de inconstitucionalidad demandó los artículos 5 y 6 de la Ley 447 de 1998⁹², por considerar que estos vulneraban los artículos 5, 13, 16, 42, 43, 44, 48 y 243 de Constitución Política.

91 La actual Corte Constitucional se encuentra constituida por los Doctores Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Treviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Sierra Porto, Jaime Araujo Rentería, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández

92 Texto Legal Demandado: Ley 447 de 1998. "Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones.

Artículo 5. Beneficios. Serán llamados a recibir los rendimientos del causante, los ascendientes o padres adoptivos según se registre en el formulario de incorporación. En segundo orden, previa justificación de haber excluido a los ascendientes o padres adoptivos de primer orden, se otorgará el beneficio a la persona que el causante haya designado en el momento de la incorporación al servicio militar obligatorio, de conformidad con el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993.

Parágrafo 1.- Establécese como requisito para la persona que vaya a ser beneficiario de la pensión que al momento de serle reconocida tenga como edad mínima cincuenta (50) años. De no tener esta edad, el Acto Administrativo del reconocimiento se suspenderá hasta el cumplimiento de esta condición suspensiva, sin que se inicie la prescripción de que trata el artículo 6 de esta ley.

Parágrafo 2.- La sustitución pensional de manera exclusiva, sólo podrá concederse entre un ascendiente al otro ascendiente o entre los padres adoptantes. No podrá desplazarse a otros parientes.

Artículo 6.- Prescripción. Los derechos aquí consagrados prescriben en tres (3) años, contados a partir de la ejecutoria del hecho o acto administrativo."

Según el accionante, la Ley que estableció una pensión y otros beneficios, sólo tuvo en cuenta a la familia de origen de quien se encontraba prestando el servicio militar y omitió a la familia que éste pudo constituir antes o cuando estaba prestando el servicio militar obligatorio, incluidos los hijos que pudieren existir al momento de fallecimiento.

Por ende, la Corte Constitucional entra a resolver si el legislador podía excluir de los beneficios contemplados en dicha ley a los hijos que el joven conscripto hubiera podido tener, o a su cónyuge o compañera permanente.

Pues bien, después de dicha Corporación hacer un recuento sobre la protección familiar del soldado, estableció “(...) que el legislador, al expedir una ley, no puede violar los principios y fundamentos consagrados en la Carta, so pretexto de la mencionada libertad configurativa [con que el legislador cuenta]”⁹³(corchetes por fuera del texto).

Y es que efectivamente la Corte considera que los artículos debatidos, contravienen con los artículos 5to, 42 y 44 de la Constitución Política ya que aun cuando “(...) existe para el conscripto el deber de suministrar esta clase de información, las consecuencias del incumplimiento del mismo no pueden recaer en los miembros de su familia, al punto de negárseles el reconocimiento de los beneficios de la ley, porque, a pesar de la omisión, la Constitución le garantiza a la familia el derecho a acceder a los beneficios”⁹⁴

Así, con base en los anteriores supuestos, la Corte decide declarar exequible el artículo 5o de la Ley 447 de 1998 bajo el entendido de que i) en todo caso no podrá excluirse a la cónyuge o compañera permanente que tendrá derecho a la pensión en los términos de la Ley 100 de 1993, ii) si el fallecido durante la prestación del servicio militar obligatorio tiene hijos que tengan derecho conforme al Decreto 1211 de 1990, éstos sean los primeros llamados a recibir los beneficios establecidos en dicha Ley.⁹⁵

Este fallo establece un principio jurisprudencial al extender al compañero permanente el derecho a acceder a la sustitución pensional del Soldado creada por la ley 446 de 1998 la cual solamente hacía referencia a los padres del conscripto, a la familia que este tuviese antes de iniciar la prestación del Servicio Militar.

93 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-152 de 2002. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.*

94 *Ibidem.*

95 *Ibidem.*

Cabe precisar, que en este fallo se establece una combinación entre la autonomía institucional de la Corte de establecer fallos con alto grado de obligatoriedad con el tradicionalismo de fuentes que rige en nuestro ordenamiento jurídico.

La anterior afirmación resulta de las bases argumentativas utilizadas por parte de la Corte para esgrimir su fallo: por un lado, parte de una base constitucional (la protección integral de la familia) pero de igual manera recalca como otra razón para extender los respectivos beneficios al compañero permanente, la ley 100 de 1993, en la cual se le otorga la capacidad a este de obtener el derecho a sustituirse pensionalmente, entre otros.

Sentencia T-1098 de 2002, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Aquí la Corte, en Sala de Revisión, entra a resolver si el Ministerio de Defensa Nacional vulneró efectivamente el derecho fundamental a la igualdad de la peticionaria⁹⁶ al negar el derecho a la pensión por muerte previsto en la Ley 447 de 1998 en su calidad de compañera permanente y del hijo menor de edad.

Ahora bien, siendo que los supuestos en este caso se ajustan a los establecidos en la Sentencia C-152 de 2002, (Magistrado Ponente, Dr. Alfredo Beltrán Sierra), la Corte decide revocar el fallo de veintinueve de agosto de 2002 emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia -que negó la acción de tutela instaurada por la señora Jacqueline Mosquera Vega contra el Ministerio de Defensa Nacional- y conceder la tutela solicitada en aras de salvaguardar no solo la supremacía de la Constitución sino de igual forma la fuerza del precedente jurisprudencial.

En este fallo se observa claramente la reiteración o afirmación del principio jurisprudencial establecido en la Sentencia C-152 de 2002 y por ello considero que esta sentencia tiene el carácter de precepto confirmador de principio.

Sentencia T-783 de 2003, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

En este proceso, la Corte Constitucional procede a revisar la sentencia que denegó la acción de tutela instaurada por Lucila Botero de Pérez en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares del veintiocho (28) de abril de dos mil tres (2003), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil.

⁹⁶ A saber, la accionante en esta oportunidad es la Sra. Jacqueline Mosquera. Para ahondar más al respecto de esta sentencia, por favor ver la respectiva ficha jurisprudencial la cual se encuentra en el anexo 1 de este documento.

Los hechos que hicieron a la peticionaria iniciar la acción de tutela fueron los siguientes:

La señora Botero de Pérez presentó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares una solicitud de sustitución de la pensión –entre otras- que correspondía al Mayor de la fuerza aérea Pérez Pérez, su compañero permanente con quien convivió por más de 20 años hasta el momento de su muerte. Aun cuando el Sr. Pérez Pérez se encontraba separado de cuerpos y de bienes con quien fuese su esposa entre 1956 y 1962, según las respectivas sentencias aportadas por la peticionaria, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante respectiva resolución resolvió “(...) dejar pendiente por reconocer el derecho que pudiera corresponderle hasta tanto la jurisdicción competente determine si le asiste o no el derecho a la pensión de beneficiarios del señor Mayor (r) de la Fuerza Aérea Eduardo Ancísar Pérez Pérez”⁹⁷.

Frente a la acción de tutela presentada por la Sra. Botero de Pérez, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá mediante sentencia del treinta y uno (31) de marzo de 2003, resolvió denegar la acción de tutela de la referencia, con fundamento en que la peticionaria contaba con otros mecanismos de defensa judiciales y porque de igual forma ella no se encontraba expuesta a sufrir un perjuicio irremediable. Dicha Sentencia más tarde vendría a ser confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, con base en los mismos argumentos.

Ahora bien, frente a estas decisiones la Corte Constitucional decide revocar este último fallo y conceder la tutela de la Sra. Botero ya que ella aportó suficientes pruebas como para demostrar enfáticamente su convivencia en común con su difunto compañero permanente y es precisamente dicha convivencia prolongada, la que determina el derecho a la sustitución pensional en virtud de la igualdad familiar propugnada por la Constitución política así como a la finalidad de la sustitución pensional.

Resulta curioso observar como la Corte, aunque la sustitución pensional de que trata proviene de un miembro de las fuerzas militares decidió reiterar el principio jurisprudencial de la Sentencia T-190 de 1993, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz y no el esgrimido en la Sentencia C-152 de 2002, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra, el cual, consideró, se ajusta mucho más a los supuestos del fallo aludido.

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-783 de 2003, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.*

2.2.3.4. De los compañeros permanentes, el deber constitucional de prestar servicio militar y el derecho a ser eximido de este.

En aras de salvaguardar el concepto de familia que acorde con la anterior Constitución,-la Constitución de 1886- merecía ser protegido, la ley 1a de 1945 exención de prestar el servicio militar al varón casado que estuviese haciendo vida conyugal; de igual forma, la Ley 48 de 1993 reiteró el argumento esgrimido en la Ley anteriormente mencionada; sin embargo, luego de la entrada a nuestro ordenamiento jurídico, tanto la ley 50 de 1990,como de la actual Constitución Política, en la cual ya no es únicamente la familia nacida del matrimonio la que merece ser reconocida y protegida; la Corte Constitucional, ante la presentación de varias tutelas que vendrán a exponerse en breve, estructuró el siguiente problema jurídico que será el objeto de análisis en el presente acápite: ¿En tratándose de los compañeros permanentes, el deber constitucional de prestar el servicio militar obligatorio (art. 216 de la C.P.), debe prevalecer para ellos aun cuando se vean comprometidos los derechos de la familia y en específico los derechos constitucionales de hijos menores de edad, los cuales tienen el carácter de fundamentales?

Ahora bien, del anterior problema jurídico pueden derivarse dos posiciones argumentativas:

El servicio militar, como deber constitucional de todo nacional colombiano, debe prevalecer sobre los vínculos de orden familiar y de los derechos de los niños, excepto cuando se reúnen los presupuestos que en la Ley se establecen para exencionar la prestación de dicho deber constitucional.

El fenómeno familiar, sea cual fuere su manifestación, y los derechos de los menores, deben preponderar sobre el deber constitucional de prestar servicio militar en virtud de los principios profesados por nuestra actual Carta Constitucional así como del carácter de “fundamental” que tienen los derechos de la niñez acorde con lo expresado por el artículo 44 de la Constitución Política de 1991.

Con base en los anteriores planteamientos procederemos ahora a estudiar los fallos que sobre el presente tema esgrimió la Corte Constitucional en sus diversos periodos, laudos que vale precisar, siempre se movilizaron dentro de la segunda posición planteada, como se habrá de observar.

-Segunda Corte Constitucional⁹⁸, (1993 –2001):

Sentencia T-326 de 1993, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

En este fallo la Segunda Corte constitucional entró a revisar las sentencias proferidas con ocasión de las acciones de tutela impetradas por las señoras Claudia Castillo, Esperanza Orobio y Dolores Josefina Chamorro, acciones cuyo fundamento principal es la violación a los derechos fundamentales del niño (artículo 44 de la C.P.). Revisión efectuada por la Corte por cuanto, alegaron las peticionarias, como la prestación del servicio militar obligatorio de sus respectivos compañeros permanentes había ocasionado el incumplimiento no intencional a sus deberes como padres de amor, cuidado y asistencia económica.

Agregaron las accionantes que luego de que fueron vinculados al servicio militar sus respectivos compañeros, éstas han carecido de los medios económicos mínimos para mantenerse con sus hijos y por ello buscan que se desvincule del servicio militar a sus respectivos compañeros permanentes.

Con base en los anteriores peticiones junto con las pruebas aportadas por cada una de las accionantes, esta Corporación pudo constatar que i) cada una de ellas vivía en unión libre, de manera estable y con una completa dependencia económica de su compañero de unión, ii) las tres tenían un hijo de poca edad, producto de su relación, hijo que ha dependido exclusivamente del padre para atender los gastos de la crianza, iii) la situación personal de cada una, luego de que su compañero fue incorporado al ejército, se hizo deplorable, por cuanto carecían, en general, de los medios económicos mínimos para mantenerse con sus hijos.

Ahora bien, frente a los fallos de instancia, tanto la tutela promovida por la Sra. Castillo como la de la Sra. Chamorro fueron negadas, mientras que la promovida por la Sra. Orobio prosperó. Con la acción promovida por la primera, el juzgado Cuarto Penal Municipal de Bucaramanga, en providencia del 17 de Marzo de 1993 dijo que no existía vulneración de los derechos incoados por

⁹⁸ Esta Corte Constitucional que laboró desde Marzo de 1993 hasta el 28 de Febrero de 2001, se encontraba constituida por los Doctores Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

Posteriormente, ingresaron a la Corporación, en reemplazo de los doctores Jorge Arango Mejía y Hernando Herrera Vergara, los doctores Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis. Cabe agregar que durante dicho periodo, transitoriamente, ejercieron la magistratura en calidad de encargados, los doctores Julio César Ortiz Gutiérrez y por primera vez, una mujer, la doctora Carmenza Isaza de Gómez. Posteriormente, las doctoras Martha Sáchica Méndez y Cristina Pardo Schlessinger y el doctor Jairo Charry Rivas.

cuanto, en primer término, ni la accionante ni ninguna otra persona habían informado al ejército respecto de dicha situación y segundo porque al no estar casada con su compañero, éste no quedaba cobijado dentro de las exenciones presupuestadas en la ley 1 de 1945 la cual establece específicamente que pueden exencionarse de la prestación del servicio militar obligatorio al “varón casado que haga vida conyugal(.)”.

Frente a la negativa de la Sra. Chamorro, el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Palmira, mediante providencia fechada el 24 de marzo de 1993 dijo que no se tutelaba lo pretendido por la accionante porque el ejército nunca conoció los hechos (que) alegados por la accionante.

Ante la negativa por parte de los jueces de instancia de tutelar los derechos traídos a colación por las accionantes, la Corte Constitucional comenzó por hacer una amplia disertación sobre los derechos de los niños, tanto a nivel nacional como internacional. En relación con el artículo 44 de nuestra constitución, en el cual se consagran dichos derechos de la niñez, esta Corporación reiteró que este artículo “coincide con el mismo afán reflejado en la Convención sobre los Derechos del Niño, por identificar y establecer de manera puntual, postulados exclusivos e independientes para la protección de la niñez, a los cuales, por cierto, la Carta caracterizó con la doble condición de derechos fundamentales, no obstante haber consagrado un Capítulo particularmente con ese fin, y de una indiscutible preeminencia, al decir de la norma, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”⁹⁹.

Ahora bien, respecto de la obligación de prestar servicio militar consagrado en los artículos 95 y 216 de nuestra Constitución Política frente a los derechos fundamentales de los niños consagrados en el artículo 44 de la misma Carta Política, la Corte Constitucional confirmó que: “El servicio militar, a pesar de constituir un deber de los colombianos y un derecho de la Patria a exigirlo, no puede sobreponerse a los intereses de los niños, que la Constitución Política consagró como derechos fundamentales y les reconoció una evidente preeminencia sobre los derechos de los demás (C.P. art. 44). Pretender lo contrario, significa ignorar esa primacía, que el Estado no puede desconocer, porque uno de sus fines esenciales, al decir del artículo 2o. de la Carta, es el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”¹⁰⁰.

99 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-326 de 1993, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara*
100 *Ibidem.*

Con base en el anterior argumento la Corte Constitucional al pronunciarse respecto de la exención para el varón casado que haga vida conyugal prevista en la Ley primera de 1945 dispuso que, dicha Ley “estaba defendiendo la familia, que de acuerdo con los criterios éticos-jurídicos que primaban antes de la nueva Constitución, merecía protección únicamente cuando se formaba por el vínculo matrimonial; pero a la luz de los principios profesados por los Constituyentes de 1991, la familia que se origina entre compañeros permanentes, en las condiciones previstas por la ley, merecen también reconocimiento y protección; de manera que el varón en estas condiciones debe ser igualmente objeto de la exención que se otorga al casado”¹⁰¹

Con base en esta consideración, la Corte constitucional decidió conceder las tutelas que fueron negadas en primera instancia y confirmar la sentencia dada en razón a la acción promovida por la Sra. Orobio.

Las reflexiones plasmadas por la Corporación respecto a i) la supremacía de los derechos de los niños frente al deber constitucional de prestar obligatoriamente servicio militar así como ii) la inclusión del compañero permanente dentro de la exención que únicamente la Ley primera de 1945 profesó para el varón casado que estuviese llevando vida conyugal, se constituyen como las ratios decidendi (o principios) del caso; las cuales vendrán a ser reiteradas más adelante por nuevos fallos que traten casos como el que se está estudiando.

Esta sentencia es una sentencia hito ya que establece un marco de análisis bien definido respecto al tema de estudio. Lo anterior por cuanto por una parte establece que frente a dos deberes constitucionales, prima el deber del padre de proteger y velar por su familia en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de sus hijos menores; y de igual forma, tomando una posición progresista y antiformalista, decidió incluir a los compañeros permanentes dentro del contexto de una ley que literalmente solamente incluye al varón casado, en virtud de que la Constitución propugna por una protección integral para la familia, sin importar el modo como esta se ha constituido. Sin duda este fallo es una muestra de como la Corte Constitucional decide ir más allá del tenor literal de la legislación en aras de proteger la esencia de la Constitución nacional.

¹⁰¹ *Ibidem.*

Sentencia T-491 de 1993, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

En esta oportunidad, la sala tercera de la Corte procedió a revisar el fallo emitido por el Juzgado Quinto Municipal de Cali respecto a la tutela concedida a la Sra. Birthe Valencia Rodríguez –para salvaguardar los derechos de su hijo próximo a nacer-, sentencia que recayó en la prestación del servicio militar obligatorio y los derechos de los niños (ambos preceptos constitucionales) con el propósito de unificar la jurisprudencia sobre dicha materia.

Los antecedentes que originaron el fallo objeto de revisión fueron los siguientes:

El 27 de Abril de 1993 Birthe Valencia Rodríguez promovió acción de tutela contra el ejército nacional con el propósito de lograr el desacuartelamiento del soldado Leonardo Fabio Merchán Díaz, su compañero permanente, de manera que sus hijos gemelos por nacer y ella misma pudiesen recibir la protección paterna y el apoyo económico que necesitan dada su situación de pobreza amparándose así los derechos de los niños así como el derecho a la familia. Cabe precisar que para la fecha en que fue vinculado el soldado Merchán, la accionante no se encontraba aún en estado de embarazo por lo que se infiere que este fue reclutado en la forma debida para cumplir con el deber consagrado en el artículo 216 de la C.P.

Con base en lo anterior, el Juzgado Quinto Municipal de Cali, ciudad donde fue incorporado a filas Leonardo Fabio Merchán, luego de solicitar y obtener i) informes al director de reclutamiento de la zona, ii) examen médico a la paciente por parte del I.M.L. y iii) declaración a su madre Mary Rodríguez y a la señora Aura Mosquera, decidió mediante sentencia de mayo 19 de 1993, conceder la tutela solicitada y ordenó al comandante del Batallón Pigoanza de Pitalito proceder al desacuartelamiento de Leonardo Fabio Merchán y a expedirle la respectiva libreta militar.

Ahora bien, la alta corporación frente al tema objeto del fallo en revisión procedió a agotar y puntualizar ciertos temas que consideró como necesarios para la unificación jurisprudencial.

El primero de ellos fue acerca del servicio militar obligatorio como deber constitucional y de sus exenciones legales. Denotando lo expuesto por la alta Corporación en lo que se refiere a las exenciones legales, la segunda Corte Constitucional en esta ocasión, citando la sentencia SU-277 de 1993 expresó:

“La Constitución Política difiere a la ley el establecimiento y la regulación de las situaciones conforme a las cuales un colombiano puede ser excluido de la obligación del servicio militar, lo cual ocurre cuando se encuentra cobijado por los supuestos de hecho que consagra la norma. (...) Si bien la Constitución establece la obligación, es la ley la que establece la dimensión del servicio militar y sus situaciones de exención, de manera que resulta necesario acudir a las disposiciones de esta última para resolver cada caso en particular (...) El examen del presente caso permite aseverar que el conscripto Merchán Díaz fue incorporado al Ejército de conformidad con lo establecido en la ley vigente para este entonces - Ley 1a. de 1945 y decretos reglamentarios -, sin que pueda predicarse de la acción de las autoridades militares vulneración o amenaza a sus derechos fundamentales. El desacuartelamiento solicitado por la petente, sin embargo, pretende la protección inmediata de los derechos de menores por nacer - nasciturus -, quienes de no contar con la asistencia oportuna del padre podrían ver en peligro su vida (...)”¹⁰²

Es importante destacar la divergencia entre las posiciones asumidas en este fallo y en la Sentencia T-326 de 1993 sobre quienes deben ser exencionados del servicio militar obligatorio.

En este caso, la Corte Constitucional expresó que dichas exenciones a la prestación del servicio militar obligatorio solo pueden ser dadas por la Ley, con lo cual se alejó de la posición adoptada en el fallo anteriormente estudiado de incluir a los compañeros permanentes dentro de la exención contemplada en instancia para “el varón casado que haga vida conyugal” acorde con lo expresado por Ley primera de 1945. En esta oportunidad la Corte Constitucional quiso revertir el preámbulo antiformalista dado por la anterior sentencia; y digo parece, por cuanto más adelante al referirse a las incompatibilidades entre el deber constitucional de prestar el servicio y los deberes para con la familia, la alta Corte decidió citar lo dicho a este respecto en la sentencia T-326 de 1993, incluyendo el aparte sobre incluir al compañero permanente en la exención contemplada por la Ley 1ra.

Sobre dichas incompatibilidades y la protección a los Derechos del niño, la Corte esgrimió que “Mientras la ley no regule lo concerniente a la asistencia y protección de la mujer - incluido el subsidio alimentario - durante el embarazo y después del parto, al Estado no le es dable exigir de la principal persona llamada por ley a asistir y proteger a la familia, el cumplimiento de una obligación que trae como efecto práctico su separación del núcleo familiar. Solamente la asistencia y protección estatal de los menores que se verían abandonados ante

102 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-491 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.*

la separación de su padre y la situación de desempleo o desamparo de la madre, darían legitimación al Estado para insistir en el cumplimiento del servicio militar del varón en las circunstancias anotadas. De lo contrario, los principios de reciprocidad y primacía de los derechos inalienables de la persona se verían desconocidos por la actuación inconstitucional de las autoridades”¹⁰³

Por último, la Corte abordará el tema de la maternidad y la protección del nasciturus diciendo que “la asistencia y protección de la maternidad, establecida como obligación estatal en el artículo 43 de la carta, busca no sólo velar por el bienestar de la madre sino también servir de salvaguarda respecto de los derechos fundamentales del nasciturus, los cuales la constitución reconoce al hacer remisión a lo que disponen los tratados internacionales sobre derechos humanos y protección de los niño (...)”¹⁰⁴.

Con base en las anteriores consideraciones la Corte dispuso que “(...) La imposibilidad de exigir el cumplimiento del servicio militar a un padre de familia con hijos menores por nacer - debido al desconocimiento de los derechos de los niños que ello supondría - es una circunstancia excepcional. El examen de esta situación en un proceso de tutela supone: (1) el reconocimiento de la paternidad por el soldado respecto de quien se solicita el desacuartelamiento; (2) la demostración de la situación de desempleo o desamparo de la madre que le impide asumir la carga del mantenimiento y cuidado de sus hijos menores y (3) la ausencia de apoyo económico de las personas llamadas por ley a prestar alimentos a sus familiares cercanos.”¹⁰⁵

Esta sentencia en materia de prestación del servicio militar y los derechos del niño, confirmó los principios propugnados en la sentencia T-326 de 1993 pero así mismo se considera que concretó un principio jurisprudencial ya que dicho fallo estableció puntualmente los supuestos fácticos sobre los cuales debe desencuartelarse a un padre de familia que se encuentra prestando el servicio militar -en aras de salvaguardar lo profesado en el artículo 44 de la Constitución Política-. De igual modo los honorables Magistrados, catalogaron como excepcional dicho desacuartelamiento, el cual solo debe proceder exclusivamente cuando operan los supuestos que fueron esbozados en dicha oportunidad.

103 *Ibidem*

104 *Ibidem*.

105 *Ibidem*

Claro está que pese a que confirmó la inclusión del compañero permanente en la exención para el varón casado que haga vida conyugal de la Ley primera de 1945, dejó muy sentado que a quien le ocupa designar quienes se exencionan o no, le corresponde exclusivamente al legislador por lo que se observa en esta jurisprudencia una posición ambigua movilizada entre ambos polos: el del formalismo y el anti formalismo.

Sentencia T-042 de 1994, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz

En esta ocasión, las señoras Sandra Liliana Trujillo de Restrepo, Eliana Patricia Arango Cerón y Aracelly Palencia Romero (esta última en su calidad de Personera Municipal del municipio de Pradera, del departamento del Valle, en representación de la señora Matilde Campos Torres), presentaron acción de tutela contra el Ejército Nacional, en distintas dependencias, por haber reclutado a sus respectivos compañeros permanentes.

Según las accionantes, el ejército desatendió los presupuestos legales que confieren derecho a la no prestación del servicio militar obligatorio, por lo cual se vulneraron los derechos fundamentales de sus hijos y de sus familias. Con base en dicho argumento buscan el desencuartelamiento de los señores Pablo Emilio Burbano Díaz, William Enrique Ortiz Cardona y Carlos Octavio Charry en aras de salvaguardar lo profesado por la Constitución Política de 1991.

Frente a las acciones impetradas los jueces de instancia a quienes les correspondió su conocimiento decidieron tutelar a las accionantes y ordenar el respectivo desencuartelamiento de sus compañeros permanentes.

Lo importante de este fallo es que la Corte Constitucional al momento de revisar los respectivos fallos, expresó que frente a la causal G del artículo 28 de la ley 49 de 1993, en la cual se exime para tiempos de paz a “los casados que hagan vida conyugal”, el legislador incurrió en impropiedad al no “(...) reconocer la nueva prescripción constitucional que también reconoce las familias constituidas por vínculos naturales o jurídicos o por la decisión de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla; lo cual resulta contrario a la igualdad en el precepto, en tanto no sea interpretado en el sentido de que también están exentos quienes han establecido una unión marital de hecho.”

Por ende, con base en el anterior argumento y en razón a los derechos de la familia y de los niños, la Corte decide que “la causal antes indicada, eximiente de la prestación del servicio militar, debe aplicarse a cualquier tipo de estructura familiar.”¹⁰⁶

Esta sentencia aun cuando extendió la exención de que trata la Causal G del Artículo 28 de la Ley 49 de 1993 a los compañeros permanentes, considero se constituye como una sentencia confirmadora de principio por cuanto las razones que da para dictaminar lo anterior son las mismas dadas en la Sentencia T-326 de 1993.

En este fallo se observa nuevamente una posición pro activa de la Corte al extender un derecho a los compañeros permanentes, extensión la cual, siguiendo el esquema organizacional de nuestro ordenamiento jurídico, le debió haber correspondido al legislador.

Sentencias T-517 de 1993, T-090 de 1994, T-122 de 1994, T-165 de 1994, T-132 de 1996 Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara y Sentencia T-358 de 1996, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Estas sentencias demuestran la obediencia hacia el precedente jurisprudencial. Esto debido a que en todas ellas se aplican los principios contenidos en las sentencias anteriormente mencionadas, especialmente la T-326 de 1993 y la T-491 del mismo año.

De los compañeros permanentes, la obligación alimentaria y el derecho a recibir alimentos

Especial atención merece el análisis jurisprudencial que a continuación se encuentra estructurado por cuanto es en este donde más se logra percibir el posicionamiento de la jurisprudencia, ya no solo como una fuente auxiliar de derecho, sino como fuente principal dentro de nuestro ordenamiento.

Ahora bien, el problema jurídico del cual se deriva el presente análisis es el siguiente: ¿Debe la Corte Constitucional incluir a los compañeros permanentes dentro de la expresión cónyuge contenida en ciertas disposiciones jurídicas que regulan la materia de alimentos?

Frente al anterior problema jurídico la Corte Constitucional ha tomado las siguientes dos posiciones:

106 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-042 DE 1994, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.*

La Corte Constitucional sí debe extender a los compañeros permanentes la(s) disposición(es) jurídica(s) en materia de alimentos en aras de salvaguardar la igualdad entre la familia surgida por vínculos naturales así como aquella surgida por vínculos jurídicos propugnada por nuestra Constitución Política de 1991 en sus Artículos 5to y 42.

La Corte Constitucional no debe extender a los compañeros permanentes la(s) disposición(es) jurídica(s) en materia de alimentos por cuanto solo a la Ley le corresponde establecer los efectos personales entre los convivientes de la Unión marital de hecho; es decir, solo al Legislador le compete estructurar cuales son las Obligaciones y Derechos de los Compañeros Permanentes.

La sentencia que asumió la segunda posición fue la C-1033 de 2002, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Entremos ahora a estudiar dicho pronunciamiento y a analizar los argumentos que llevaron a los Honorables Magistrados de la Corte Constitucional a acoger la primera posición antes descrita:

Tercera Corte Constitucional¹⁰⁷ (2001- 2009):

Sentencia C-1033 de 2002, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

En esta oportunidad, la demandante Janeth González Romero solicitó ante dicha corporación la declaratoria de inexistencia de los numerales 1º y 4º del artículo 411 del Código Civil¹⁰⁸, por considerar que dichas normas

¹⁰⁷ La actual Corte Constitucional se encuentra constituida por los Doctores Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Treviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Sierra Porto, Jaime Araujo Rentaría, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández

¹⁰⁸ CÓDIGO CIVIL, TÍTULO XXI

De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas

ART. 411.- Se deben alimentos:

1. Al cónyuge.

2. A los descendientes.

3. A los ascendientes.

4. Modificado. Ley 1º/76, art. 23. A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa.

5. Modificado. Ley 75/68, art. 31. A los hijos naturales.

6. Modificado. Ley 75/68, art. 31. A los ascendientes naturales.

7. A los hijos adoptivos.

8. A los padres adoptantes.

9. A los hermanos legítimos.

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

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

vulneraban el artículo 13 de la Constitución Política. Para la demandante, la normativa acusada desconoce el derecho a la igualdad al establecer los alimentos a favor de los cónyuges y excluir a los compañeros permanentes, ya que la unión marital de hecho es una figura jurídica equivalente y con la misma protección constitucional que el matrimonio. Subsidiariamente, pidió la declaratoria de exequibilidad condicionada de dichos preceptos, bajo el entendido que la expresión “cónyuge” contenida en los numerales acusados, también hace referencia a los compañeros permanentes.

Para sustentar su decisión, esta Corporación partió de los argumentos propugnados por ella en anteriores oportunidades respecto de los artículos 42 y 50 de nuestra Constitución Política, que tratan la noción de familia.

La Corte, respecto de tales artículos decide acoger lo establecido en sentencia C-5/94 Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía; a saber: “(...) a) La Constitución pone en un plano de igualdad a la familia constituida “por vínculos naturales o jurídicos”, es decir, a la que surge de la “voluntad responsable de conformarla” y a la que tiene su origen en el matrimonio. b) El Estado y la Sociedad garantizan la protección integral de la familia”, independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales, lo cual es consecuencia lógica de la igualdad de trato c) Por lo mismo, la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”, sin tener en cuenta el origen de la misma familia. d) Pero la igualdad está referida a los derechos y obligaciones, y no implica identidad. Prueba de ello es que el mismo artículo 42 reconoce la existencia del matrimonio.”¹⁰⁹

Así, la Corte Constitucional acepta que tanto la familia nacida del matrimonio como aquella nacida de la unión marital de hecho gozan de una igualdad constitucional en cuanto a los derechos y obligaciones se refiere mas no en su identidad.

Luego de establecer su posición respecto a la noción de familia, la Corte pasa a estudiar las figuras del matrimonio y de la unión marital de hecho. Dicha Corporación reconoce, basándose en la sentencia C-533 de 2000 que la diferencia esencial entre ambas instituciones radica en el consentimiento que dan los cónyuges a que su unión se coloque en el plano de lo jurídico, ya que la unión marital de hecho nace de la mera comunidad de vida y por ende no media consentimiento. De igual forma, dicha corporación acoge lo expresado sobre la unión marital de hecho en la sentencia C-096 de 1998, y a partir de ambas jurisprudencias concluye que “(...) la jurisprudencia constitucional ha diferenciado la institución

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

109 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-105 de 1994. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía

del matrimonio de la unión marital de hecho, sin equiparar los efectos de una y otra. No obstante, a partir del reconocimiento de esa diferencia ha amparado el derecho a la igualdad de las personas que en uno u otro caso, conforme lo permite la Constitución, han constituido una familia.”¹¹⁰

En seguida del estudio de tales instituciones, la Corte se adentra en establecer una posición respecto al derecho de igualdad. Para la corporación, “los sujetos que se encuentran en idénticas circunstancias merecen lo mismo sin que medie ningún tipo de excepción o privilegio por cuanto “(…)la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos”¹¹¹. Con base en el anterior argumento, la Corte sostiene implícitamente que entre compañeros permanentes y cónyuges hay una identidad circunstancial, lo cual la lleva a afirmar más adelante que “el legislador no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente(…) sin que esto implique una equiparación o equivalencia entre el matrimonio y la unión marital de hecho, puesto que como lo ha explicado la Corte en varias ocasiones¹¹² “sostener que entre los compañeros permanentes existe una relación idéntica a la que une a los esposos, es afirmación que no resiste el menor análisis, pues equivale a pretender que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado, y que, al mismo tiempo, pueda éste imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una unión libre.”¹¹³

Por último, antes de entrar a analizar los cargos de la demanda la alta Corte se pronunció respecto de la obligación alimentaría. Dicha corporación acogió las características que sobre tal obligación establecieron fallos como la Sentencia C-237 de 1997 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz y la sentencia C-909 de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

Ahora bien, sobre lo acogido al interior de cada tema planteado por esta Corporación, se derivó el siguiente pronunciamiento respecto del numeral 1º del artículo 411 del Código Civil: “(.) una interpretación conforme a la Constitución del numeral 1º del artículo 411 del Código Civil obliga concluir que si la obligación alimentaría se fundamenta en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a

110 *Ibidem*.

111 *Ibidem*.

112 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias C-239/94, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía, C-114/96: Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía y C-533/00: Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.*

113 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-105de 1994, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía*

aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, y la unión marital de hecho al igual que el matrimonio está cimentada en la ayuda y socorro mutuos de quienes integran esas relaciones, no resulta razonable ni proporcional que se brinde un tratamiento desigual en materia de derecho de alimentos a los compañeros permanentes frente a quienes celebraron contrato de matrimonio, por el simple origen del vínculo familiar, más aun teniendo en cuenta la expresa prohibición que hace el artículo 13 Superior(...) Sin embargo, debe precisarse que los compañeros permanentes sólo podrán exigir el derecho alimentario, hasta que esté demostrada su condición de integrantes de la unión marital de hecho, puesto que debe existir certeza que quien dice ser compañero permanente lo sea en realidad (...) Por ello en aplicación del principio de conservación del derecho y en aras de respetar el principio democrático y garantizar la seguridad jurídica, se proferirá una sentencia integradora¹¹⁴[32], que permita mantener en el ordenamiento jurídico dicha disposición del Código Civil pero condicionando su exequibilidad a una interpretación que respete los valores, principios y derechos consagrados en el ordenamiento superior. Esto es, que el numeral 1º del artículo 411 del Código Civil se ajusta a la Constitución, siempre y cuando se entienda que dichas normas también se aplican a los compañeros permanentes.”¹¹⁵

En lo que se refiere al numeral 4º del artículo 411 del Código Civil, la Constitucional se declara inhibida para pronunciarse de fondo sobre este aparte ya que “el cargo de inconstitucionalidad no está respaldado con razones ciertas, específicas y pertinentes (...) {y lo anterior por cuanto} El divorcio y la separación de cuerpos son figuras jurídicas que operan en el campo exclusivo del contrato matrimonial y por lo mismo no regulan las relaciones entre los miembros de la unión marital de hecho”¹¹⁶

Este pronunciamiento es muy importante por cuanto define una sub-regla en el derecho constitucional: este fallo reconoce por primera vez que el derecho a los alimentos del que trata el código civil en su artículo 411 no solo cobija a los cónyuges sino que además es extensivo a los compañeros permanentes, pronunciamiento que se aparta rotundamente del fallo que sobre el mismo tema efectuó la Corte en sentencia C- 174 de 1996, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

114 Sobre esta forma de modulación de sentencias de constitucionalidad pueden estudiarse las sentencias C-109/95. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, C-690/96. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, C-183/98. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

115 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1033 de 2002, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

116 *Ibidem*.

En primer lugar, esta sentencia, si bien sostiene que entre compañeros permanentes y cónyuges existe una igualdad en lo referente a derechos y obligaciones, por encontrarse ambos tipos de familia en idénticas circunstancias, afirma de igual forma que estos no pueden equipararse (sin adentrarse a explicar el por qué), y para sostener dicha afirmación, trae a colación la sentencia C-239 de 1994; sentencia que, a mi parecer, no ha debido mencionar, ya que ésta presupone la antítesis de lo sostenido en la sentencia C-1033 de 2002. A saber, que no es posible equiparar al matrimonio y a la unión marital de hecho, en lo referente a derechos y obligaciones, por cuanto son instituciones que se encuentran en diversas circunstancias (los cónyuges ostentan el estado civil de casados mientras que los compañeros permanentes no) y por ende, solo corresponde a la ley regular la situación jurídica de estas instituciones, que para el matrimonio, viene a ser La ley civil según el noveno inciso del artículo 42 de la Constitución Política.

En segundo lugar, se colige que la Corte en esta oportunidad decidió, vía interpretación analógica, aplicar el numeral primero del artículo 411 del C.C. a los compañeros permanentes, lo cual, desde una perspectiva formalista, no vendría a ser posible ya que se ha dicho que el código civil es una norma de carácter restrictivo y por ende no cabría la figura de la analogía en su campo interpretativo.

Ciertamente la tercera Corte con este fallo decidió ampliar el marco de los compañeros permanentes del mero campo económico propugnado en ley 54 de 1990; y cabe preguntarse, ¿atenta tal posición, contra la seguridad jurídica?

Las sentencias que acogieron la segunda posición fueron las C- 174 de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Jorge Arango Mejía, la C-014 de 2004, Magistrado Ponente, Dr. Álvaro Tafur Galvis y la C-102 de 2004, Magistrado Ponente, Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Pasemos entonces a analizarlas:

Segunda Corte Constitucional¹¹⁷, (1993 –2001):

¹¹⁷ Esta Corte Constitucional que laboró desde Marzo de 1003 hasta el 28 de Febrero de 2001, se encontraba constituida por los Doctores Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

Posteriormente, ingresaron a la Corporación, en reemplazo de los doctores Jorge Arango Mejía y Hernando Herrera Vergara, los doctores Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis. Cabe agregar que durante dicho periodo, transitoriamente, ejercieron la magistratura en calidad de encargados, los doctores Julio César Gutiérrez y por primera vez, una mujer, la doctora Carmenza Isaza de Gómez. Posteriormente, las doctoras Martha Sáchica Méndez y Cristina Pardo Schlessinger y el doctor Jairo Charry Rivas.

Sentencia C- 174 de 1996, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía

Lo que desató el fallo fue la acción pública de inconstitucionalidad instaurada por el ciudadano Andrés López Valderrama, quien demandó ante dicha Corporación los siguientes artículos del Código Civil, en forma parcial: 411, numerales 1 y 4; 423, modificado por la Ley 1a. de 1976, artículo 24; 1016, numeral 5; 1025, numeral 2; 1026, modificado por el Decreto 2820 de 1974, artículo 57; 1040, subrogado por la Ley 29 de 1982, artículo 2º; 1045, modificado por la Ley 29 de 1982, artículo 4º; 1046, modificado por la Ley 29 de 1982, artículo 5º; 1047, modificado por la Ley 29 de 1982, artículo 6º; 1051, modificado por la Ley 29 de 1982, artículo 8º; 1054; 1230; 1231; 1232; 1233; 1234; 1235; 1236; 1237; 1238; y 1266, numeral 1º del Código Civil, y el artículo 263 del Código Penal. El demandante solicitó se hicieran extensivos a los compañeros permanentes los derechos de los cónyuges en relación con la vocación hereditaria, el optar por porción conyugal y el solicitar alimentos ya que la Constitución consagró la igualdad entre el matrimonio y la unión libre, y por consiguiente, “el atribuir a los cónyuges derechos u obligaciones que no se establecen para los compañeros permanentes, implica una discriminación por el origen familiar, prohibida por el artículo 13 de la Constitución, lo mismo que por el 42.”¹¹⁸

Frente al planteamiento del demandante, la posición de la Corte Constitucional, de entrada, fue la siguiente: “Es verdad que en el artículo 42 de la Constitución, se reconoció que la familia se constituye” por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Pero de ahí a sostener que la Constitución estableció la igualdad entre el matrimonio y la unión libre, hay mucha distancia. El matrimonio es diferente de la unión libre, y, por lo mismo, difieren entre sí las situaciones jurídicas de los cónyuges y de los compañeros permanentes.”¹¹⁹

Dicha posición proviene de acoger la sub regla que respecto de la igualdad entre cónyuges y compañeros permanentes contiene la sentencia C-239 de 1994 Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. Basándose en dicho pronunciamiento, la Corte sostuvo que la misma constitución y la ley consagran diferencias entre una y otra figura, colocándolas, por ende, en situaciones jurídicas distintas, lo cual deriva a su vez en diferentes derechos y obligaciones para una y otra: “Esas diferencias entre el matrimonio y la unión libre, establecidas en la Constitución, existen también, lógicamente, en la ley.(...) Ya se vio como el inciso noveno del artículo 42, dispone que “Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para

118 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C- 174 de 1996, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.*

119 *Ibidem.*

contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil". Si bien diversas leyes, entre ellas la 54 de 1990, han atribuido efectos civiles, por razones de equidad, a la unión libre, es evidente que el legislador no podría llegar a establecer una reglamentación como la prevista para el matrimonio, pues tal reglamentación, como ya lo ha dicho la misma Corte, iría en contra de la esencia de la unión libre (...) En razón de las diferencias que la Constitución y la ley establecen entre el matrimonio y la unión libre, la ley consagra obligaciones y derechos diferentes para los cónyuges y los compañeros permanentes"¹²⁰.

Luego de sostener que la misma constitución y la ley ponen en diversos planos jurídicos al matrimonio y a la unión marital de hecho, la segunda Corte procedió a alimentar el siguiente argumento: "la determinación del estado civil, su asignación, corresponde a la ley. Y es la misma ley la que señala los derechos y obligaciones correspondientes al estado civil. No es admisible pedir a la Corte Constitucional que al examinar la constitucionalidad, que no se discute y ni siquiera se pone en duda, de normas que asignan derechos y obligaciones a quienes tienen el estado civil de casados, asigne esos mismos derechos y obligaciones a quienes no tienen tal estado civil, sino uno diferente. El juez constitucional no puede crear una igualdad entre quienes la propia Constitución consideró diferentes, es decir, entre los cónyuges y los compañeros permanentes."

Con base en los anteriores argumentos, la Corte concluye que "El juez constitucional no puede crear una igualdad entre quienes la propia Constitución consideró diferentes, es decir, entre los cónyuges y los compañeros permanentes. Como se ve, no se quebranta el principio de igualdad consagrado en la Constitución, cuando se da por la ley un trato diferente a quienes están en situaciones diferentes, no sólo jurídica sino socialmente. No se olvide, como se ha dicho, que cónyuges y compañeros permanentes, tienen un estado civil diferente, según lo prevé el último inciso del artículo 42 de la Constitución. Y que el estado civil, como se ha dicho, trae consigo derechos y deberes, acordes con él y fijados por el legislador, según la evolución social. Andando el tiempo, podrá el legislador, si en su sabiduría lo estimare conveniente, avanzar hacia la igualdad, dentro de lo posible, entre el tratamiento jurídico de los cónyuges y el de los compañeros permanentes.

120 *Ibidem*

Además no se pierda de vista que, como se trata de derechos y obligaciones recíprocos, los mayores derechos que la ley asigna a los cónyuges, están en relación con los mayores deberes que les impone.”¹²¹

De donde se colige que para la Corte Constitucional es precisamente la ley la que viene a regular lo concerniente al estado civil de las personas, lo cual implica que frente a normas consagradas para quienes ostentan el estado de casados como para los compañeros permanentes, dicha corporación no puede entrar a definirlas ya que tales materias han de ser esclarecidas, tal y como lo indica el ordenamiento, por el legislador. La Corte deja sentado que su límite es aclarar sobre la constitucionalidad de las normas y no puede ir más allá de esos límites pues tal actitud implicaría el detrimento de la seguridad jurídica.

Sentencia C-014 de 2004, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis

Los demandantes Gustavo Andrés Sabogal Gordillo, Carolina Ríos Villota y Sandra Ximena Valencia solicitaron a la Corte declarar inexistente la expresión “cónyuge” contenida en el artículo 233 del Código Penal, o en su defecto la exequibilidad condicionada de dicha expresión en el entendido de que la acción penal debe poder iniciarse por el compañero o compañera permanente que forme una unión marital de hecho en virtud de lo establecido en el artículo 5 y 42 superior, porque “el Estado reconoce a la familia como institución básica de la sociedad y ordena para ella una protección integral, sin importar si ésta se constituye por vínculos naturales o jurídicos”¹²².

Sobre esta base, la Corte procedió a responder el siguiente problema jurídico: ¿La expresión “cónyuge” contenida en el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 que define el delito de inasistencia alimentaria, desconoce los artículos 5, 13 y 42 superiores, por cuanto excluye a los compañeros permanentes que conforman una unión marital de hecho de la posibilidad de ejercer la acción penal por dicho delito?

En este fallo la tercera Corte Constitucional avala y reitera la sub-regla establecida en la sentencia C-1033 de 2002, Magistrado Ponente, Dr. Jaime Córdoba Treviño, a saber, que la igualdad que existe entre el matrimonio y la unión marital de hecho en lo que se refiere a los derechos y obligaciones, en virtud del artículo 50 y del artículo 42 de la constitución política, permite que el derecho de alimentos consagrado por el código civil a los cónyuges, pueda ser extendido a los compañeros permanentes: “en atención al mandato contenido en los artículos 5 y 42 superiores el amparo

121 *Ibidem*.

122 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-014 de 2004, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis*.

a la familia - constituida por vínculos naturales o jurídicos- como institución básica de la sociedad, debe darse por el Estado y la sociedad sin discriminación alguna y por lo tanto, si bien el matrimonio y la unión marital de hecho no son totalmente asimilables, en materia de alimentos debidos a los cónyuges o a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho no cabe establecer discriminaciones. (...) ha señalado esta Corporación que el legislador no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente, como tampoco entre los hijos habidos en matrimonio o fuera de él (...) si la obligación alimentaria se fundamenta en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, y la unión marital de hecho al igual que el matrimonio está cimentada en la ayuda y socorro mutuos de quienes integran esas relaciones, no resulta razonable ni proporcional que se brinde un tratamiento desigual en materia de derecho de alimentos a los compañeros permanentes que conforman dicha unión frente a quienes celebraron contrato de matrimonio, por el simple origen del vínculo familiar.”¹²³

Dicha posición implica que, según la Corte Constitucional, el artículo 233 del Código Penal efectivamente vulneró la Constitución Política por excluir de la norma a los compañeros permanentes, lo cual lleva a la Corte, a continuación, a preguntarse que ha de hacerse con dicha disposición normativa: ¿declararla inexistente, o exequible condicionadamente a través de una sentencia integradora?

Pues bien, frente a la declaratoria de inexistencia, la Corte consideró que era inviable por cuanto conllevaría “dejar sin sanción penal, en relación con el incumplimiento del deber de alimentos, tanto a los cónyuges como a los compañeros permanentes que conforman una unión marital de hecho. La Corte actuaría así como un simple legislador negativo y no como el órgano a quien el Constituyente en el Estado social de derecho confió la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.”¹²⁴

Ahora, frente a la opción de declarar condicionalmente la exequibilidad de la norma, mediante la concreción de una sentencia integradora, la Corte consideró que tampoco era posible ya que según lo dispuesto en la carta constitucional y lo expuesto por la doctrina, la definición de política criminal corresponde exclusivamente al legislador y por ende, una sentencia integradora atentaría

123 *Ibidem*

124 *Ibidem.*

no solo contra el principio de igualdad, pilar de la política criminal, sino a su vez con la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento jurídico: “(..) en el presente caso la Corte constata que para asegurar el respeto del derecho de igualdad, que se desconoce por la expresión acusada en detrimento de los compañeros permanentes que conforman una unión marital de hecho, estaría obligada a adicionar el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 introduciendo una modificación en un elemento estructural del tipo penal, a saber el sujeto activo del delito, que no sería solamente el cónyuge, sino también el compañero permanente que conforma una unión marital de hecho. Adición que para respetar el principio de legalidad penal corresponde efectuar al Legislador y no a esta Corporación en este caso.”¹²⁵

Al no poder ejercer ni una, ni la otra opción, esta Corte prefirió dejar por sentado la supuesta vulneración constitucional que la no inclusión de los compañeros permanentes en el delito de inasistencia alimentaria implica y remitir al legislador el tema para que se encargase de tal omisión legislativa: “en la medida en que la norma en la que se contiene la expresión acusada ha debido referirse tanto a los cónyuges como a los compañeros permanentes que conforman una unión marital de hecho, pues es en relación con unos y otros que los principios constitucionales establecen la obligación de alimentos, y que en este sentido se evidencia una omisión por parte del Legislador, se hace necesario que el juez constitucional intervenga para asegurar la plena vigencia del ordenamiento superior exhortando al Congreso de la República para que en ejercicio de las competencias que le atribuye la Constitución (art 150 C.P) adecue el tipo penal de inasistencia alimentaria contenido en el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 a los mandatos constitucionales.”

Se observa como en esta oportunidad, la Corte Constitucional se abstiene de dar una solución de fondo frente a la cuestión debatida en aras de proteger la seguridad jurídica del ordenamiento. Esta posición a mi parecer es paradójica ya que por un lado, dicha corporación apoya la flexibilización de las fuentes de derecho en materia civil, pero de otro sostiene que en materia penal sólo la Ley, como máxima expresión de la voluntad general, puede entrar a determinar sobre quien han de recaer las disposiciones de carácter penal.

Ahora bien, cabe preguntarse si los Honorables Magistrados consideran que la Ley es la única que puede entrar a definir las situaciones jurídicas en materia penal, ¿no habría de corresponderle también solo al Legislador entrar a definir las situaciones jurídicas en materia civil?

125 *Ibidem*

Sentencia C-102 de 2004, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

Nuevamente frente al artículo 233 del Código Penal, que estructura el delito de inasistencia alimentaría, el ciudadano Carlos Alberto Ramírez Alviz, interpuso acción pública de inconstitucionalidad pues considera que la norma acusada desconoce los principios de equidad e igualdad, ya que la protección constitucional a la institución familiar se predica tanto de las uniones surgidas por vínculos naturales como de las surgidas por vínculos jurídicos. La Corte respondió arguyendo la existencia de cosa juzgada constitucional, puesto que sobre el mismo respecto se había pronunciado la sentencia C-016 de 2004, anteriormente analizada.

2.2.2.1 Sociedad de hecho entre concubinos

A partir de 1935 la Corte Suprema de Justicia, por sentencia de 30 de noviembre, consideró posible reconocer la existencia de la sociedad de hecho entre concubinos. A saber, este reconocimiento representa “Una de las situaciones más frecuentes entre las relaciones patrimoniales entre concubinos, cual es la existencia entre aquellos de una sociedad de hecho por consentimiento implícito. En aquella eventualidad sin embargo, además de la existencia autónoma e independiente de las relaciones puramente afectivas de los concubinos (la empresa y la vida íntima de los concubinos no deben confundirse), deben estar presentes y al efecto de mostrarse la existencia de todos y cada uno de los elementos propios del contrato de sociedad.”¹²⁶ De acuerdo con este planteamiento, la Corte Suprema de Justicia reconoció la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos siempre y cuando se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común, ejerciendo una acción paralela y simultánea entre sus socios con el objeto de lograr beneficios. Esta colaboración debe desarrollarse en un plano de igualdad, lo cual implica que ninguno de ellos puede mantener respecto del otro un estado de dependencia, proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquier otra convención de la cual uno de los dos reciba salario o sueldo. La sociedad de hecho debe estar encaminada al desarrollo de actividades cuyo fin sea obtener beneficios, y no el de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes. A los anteriores presupuestos la jurisprudencia reconoce una sociedad de hecho entre concubinos, siempre y cuando la actividad de la pareja sea común, y su fin no sea fomentar el concubinato; y que esa común explotación de una empresa por los amantes aparezca nítidamente

126 CAÑON RAMÍREZ, Pedro, *Sociedad Conyugal y Concubinato*, Ediciones Legislación, Jurisprudencia y Doctrina ABC, Bogotá, 1982, página 197.

como tal, y no se presente como un aspecto de la común vivienda extendida al manejo de los bienes suyos.¹²⁷

Estos mismos presupuestos han sido explicados en otras palabras por la Corte Suprema en sentencia de mayo 7 de 1947: “1^a. Que la sociedad no haya tenido por finalidad crear, prolongar, fomentar, o estimular el concubinato, pues si esto fuera así, el contrato sería nulo por causa ilícita en razón de su móvil determinante. En general, la ley ignora la relaciones sexuales fuera del matrimonio sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa. 2^a. Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso para conocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos”.

En sentencia del 7 de diciembre de 1943 con ponencia de magistrado Liborio Escallón, la Corte aclaró que hay dos las clases de sociedades de hecho. En primer lugar, las que se constituyen por acuerdo verbal, las cuales se forman cuando la ley establecía que el contrato era solemne y no se perfeccionó al hacerse el acuerdo de manera verbal. En segundo lugar, están aquellas sociedades de hecho derivadas de la realización de hechos ya sea por consentimiento implícito o tácito, lo cual quiere decir que la voluntad de las partes se induce de las circunstancias. Sin embargo se debe anotar que en todas las sociedades debe existir ánimo de asociación, negocio común, relación jurídica de igualdad entre los socios y riesgo común.

2.2.2.2 Contrato de trabajo en relación concubinaria

En casación del 28 de octubre de 1949, la Corte Suprema de Justicia reconoció que dentro de una relación concubinaria puede haber existido un contrato de trabajo. Caso en el cual, la concubina puede exigir el pago de los salarios debidos

¹²⁷ GERALDO ZULUAGA, Germán, *Jurisprudencia Civil*, Editorial Tiempos Duros, 1976, página 40. En SÚAREZ FRANCO, Roberto, *Ob. Cit.*, página 448. Véase sobre el mismo tema: Corte Suprema de Justicia, *Sentencia de febrero 23 de 1976, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Murcia B.*

y de las demás prestaciones sociales correspondientes a su situación, como lo enuncia dicha sentencia:

“El contrato de trabajo difiere de las relaciones sexuales extralegales por todos los aspectos, entre los cuales deben destacarse los de que en estas ni se prestan servicios de carácter laboral, no existe subordinación jurídica, ni hay remuneración de índole salarial. Cualquier elemento de los indicados, que aparentemente pueda presentarse, sería de naturaleza extraña al contenido económico social de la relación de trabajo y ajeno a la protección característica de la legislación especial. Sin embargo, no puede significar lo anterior, en términos absolutos, que el concubinato entre la trabajadora y uno de los socios de una sociedad de hecho o de cualquier otra clase, se oponga necesariamente a la existencia de un contrato de trabajo entre aquella y la sociedad. Por que es obvio que la concubina bien puede prestar servicios laborales a la persona jurídica o a la sociedad de hecho, y nada autorizaría para que esta se aprovechara gratuitamente de ellos, y se enriqueciera sin causa, con la sola consideración del concubinato de la trabajadora con uno de los socios. La distinción debe plantearse con toda la nitidez para no desamparar lo propiamente laboral, en lo que corresponda, y para no proteger el concubinato como se fuera el contrato de trabajo, confundiéndolos”.

La Corte Suprema admite en principio, que la relación entre concubinos no es de trabajo, lo que no implica de por sí que aquella sea opuesta a este, ni que la relación concubinaria excluya la de trabajo dependiente. En síntesis, si la concubina presta servicios personales en beneficio del hombre con quien vive, ese hecho no impide el nacimiento del contrato laboral. La convención como tal es el trabajo personal y las relaciones sexuales son extrañas e independientes y no permean el derecho social. Haciendo la salvedad que es preciso demostrar que el servicio personal no se prestó en consideración a la relación concubinaria.¹²⁸

2.2.2.3 Acción de enriquecimiento sin causa (actio in rem verso)

Por último, la Corte reconoció la existencia de un enriquecimiento sin causa dentro de la relación concubinaria en presencia de los siguientes elementos: debe existir un enriquecimiento y, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Entendiendo tal enriquecimiento no solo como una acrecencia del patrimonio, sino también el evitar un menoscabo del mismo. Como es lógico, debe presentarse un

¹²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia del 21 de febrero de 1963, En: Gaceta Judicial, t.CI., P. 639.*

empobrecimiento correlativo que implique que la ventaja obtenida por el enriquecimiento haya costado algo al empobrecido. Es decir, que dicho empobrecimiento se haya presentado de manera injusta, bajo circunstancias que lleven a concluir que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. Determinado lo anterior, el afectado se encuentra legitimado en causa para hacer uso de la *actio in rem verso*, solamente cuando carezca de cualquier otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito o de las acciones que nacen de los derechos absolutos.

El objeto de esta acción es el de reparar el daño, mas no el de indemnizarlo, por lo tanto no se puede condenar sino hasta el monto en que efectivamente se enriqueció el beneficiado.¹²⁹

De acuerdo con el análisis anterior, se puede concluir que han sido tres las situaciones reconocidas en la jurisprudencia a saber: La sociedad de hecho, el contrato de trabajo y el enriquecimiento sin causa; elementos o aspectos que son de naturaleza estrictamente patrimonial y no confieren derechos personales.

2.3. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS UNIONES MARITALES DE HECHO

2.3.1 Aspectos generales

Antes de la vigencia de la Ley 54 de 1990, el legislador no había entrado a regular la denominada unión marital de hecho. Algunos proyectos de ley que se habían presentado pretendían regular lo concerniente a la sociedad patrimonial entre concubinos, pero no se había llegado a un proyecto concreto que lograra precisar los alcances de la unión de hecho. Sin embargo, a partir de la expedición de la mencionada ley, ésta se encargó de desarrollar y definir las uniones maritales de hecho y de esta forma otorgar relevancia jurídica a esta institución en Colombia.

La consagración legal otorgada a esta institución por la Ley 54 de 1990, obedece a un proceso que había iniciado la Corte Suprema de Justicia, la única que había tratado el tema de los concubinos y del reconocimiento de ciertos efectos para estas uniones no reconocidas por la ley.

129 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia del 12 de diciembre de 1955. En: Gaceta Judicial, t. LXXXI, P. 730.*

El 26 de julio de 2005 se aprobó la Ley 979, la cual complementó la regulación normativa en materia de régimen patrimonial de las uniones de hecho y aspectos procesales.

“La familia extramatrimonial surge de la unión, sin vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer que se comportan ante los demás como esposos”. Así define el doctrinante Arturo Valencia Zea a la familia conformada entre un hombre y una mujer, sin estar casados, pero que conforman una comunidad de vida singular y permanente. Conforme a la Ley 54 de 1990, Ley que define está relación como: Unión Marital de Hecho. Otorgándole carácter de institución jurídica de orden legal, suprimiendo toda connotación negativa a dicha relación. Según Valencia Zea, este es un fenómeno que se ha vuelto bastante común en las familias de la sociedad moderna, ya que, los vínculos religiosos y formales se han vuelto innecesarios para conformar una familia que se encuentre en igualdad de condiciones a las legalmente conformadas ante la ley. Se debe tener en cuenta, que aunque el matrimonio y la unión marital de hecho son dos instituciones que se conforman de maneras distintas, existe una serie de elementos y obligaciones que surgen de igual manera en ambos vínculos familiares; tanto en las uniones matrimoniales como en las que se forman al margen de la ley se suelen cumplir los mismos fines: procreación de hijos, sustentación de estos, fidelidad mutua, obligación de socorro y ayuda etc.¹³⁰

No obstante, este no ha sido siempre el caso de la unión marital de hecho en Colombia, ya que, la familia extramatrimonial, sin un vínculo matrimonial entre hombre y mujer que se comportan como esposos, solamente hasta la entrada en vigencia de la Ley 54 de 1990 adquirió una igualdad ante la ley colombiana y principalmente los hijos nacidos fruto de tales uniones. El antiguo artículo 329 del Código Civil suponía que se tendrá por concubina de un hombre a “la mujer que vive públicamente con él, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos”. Adicionalmente, existía ante la ley el concepto de las uniones punibles, especialmente las establecidas entre mujeres casadas y hombres diferentes de sus maridos, o entre maridos y mujeres diferentes de sus esposas, o entre hombre y mujer. Que no podían casarse entre si, en razón del vínculo de parentesco que se denominaban hasta la expedición de la Ley 45 de 1936, ayuntamientos dañados y punibles, denominación que se le dio por considerarse que su establecimiento implicaba la comisión de un ilícito punible por la ley penal pues las unas constituyan adulterio y las otras incesto.¹³¹

130 Arturo Valencia Zea y Álvaro Monsalve Ortiz, *DERECHO CIVIL, TOMO V FAMILIA, Temis, 1995* PP474
131 *Ibid*, P. 476

La clasificación de las uniones extramatrimoniales en el Código Civil tenía fundamental importancia, por los diversos efectos que se les otorgaba en relación con los hijos procreados en ellas. Los nacidos de uniones dañadas y punibles recibían el nombre de hijos de dañado y punible ayuntamiento, y según el antiguo artículo 52 estos eran los adulterinos y los incestuosos; en cambio los nacidos de unión extramatrimonial no dañada ni punible recibían el nombre de hijos naturales.¹³² La Ley 45 de 1936 suprimió la categoría de hijos de dañado y punible ayuntamiento y derogo en consecuencia la clasificación de las uniones extramatrimoniales en concubinatos punibles o no punibles. Así pues, la ley mencionada tomo las siguientes aproximaciones: “la unión de un hombre y una mujer sin vínculo matrimonial se denominará unión marital (antes concubinato), y el hombre y la mujer que la forman, compañeros permanentes (también convivientes); los hijos nacidos de tales uniones recibían el nombre de naturales, según la terminología del Código Civil y de las leyes 45 de 1936 y la ley 75 de 1968; hoy día reciben el nombre de extramatrimoniales.

De lo anterior se debe entender que la unión marital supone una unión estable y no transitoria, aunque su perduración no indica que los compañeros deban vivir en ese estado toda la vida, pero si exige la formación de un hogar, es decir, la comunidad de habitación a fin de dar ciertos caracteres de publicidad y notoriedad y distinguirla de simple unión libre o unión transitoria.¹³³

En el año 1990 el legislador comprendió que un sin numero de parejas colombianas por diversas situaciones de orden social y de orden jurídico (el matrimonio católico era en ese entonces insoluble) no han querido o no han podido contraer matrimonio, deben tener una regulación jurídica especialmente en materia de bienes. Así pues, la ley “tiene como propósito la de derogar y generar seguridad patrimonial en la familia de hecho, que garantice su sostenimiento, educación y progreso individual y colectivo, tanto en el desarrollo vital familiar, como después de su disolución, mejorando de esta manera el nivel económico de sus miembros”¹³⁴

2.3.2 En cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo

En este aspecto vale la pena preguntarse a ¿qué uniones les es aplicable la Ley 54 de 1990, y si la misma tiene efectos retroactivos, retrospectivos o si rige hacia el futuro?

132 *Ibidem*.

133 Zannoni, *El Concubinato* PP.13

134 *Opcit. Valencia Zea*

Para las uniones nacidas y extinguidas antes de la Ley, no es posible aplicar los preceptos de la misma, ya que su aplicación retroactiva sería inconstitucional por vulnerar derechos adquiridos de acuerdo con lo señalado por el artículo 58 de la Constitución Política. Frente a este planteamiento, surgen dos posiciones encontradas; una que considera que la idea de seguridad jurídica debe prevalecer para que el ordenamiento jurídico posterior no altere las condiciones y derechos adquiridos bajo una situación creada al amparo de un ordenamiento previo¹³⁵, y aquella otra que propugna que la ley cumple una función de justicia, buscando proteger los derechos de los compañeros y dar solución a aquellos problemas que han venido sucediendo con anterioridad dentro de la sociedad. Por lo tanto, de acuerdo con este criterio, si la ley fue expedida para regular aquellas situaciones conflictivas que se habían producido de manera repetida antes de la entrada en vigencia de la Ley 54, es tan solo justo que dicha situaciones previas también sean cobijadas por las disposiciones de esta norma. Regulación que encuentra fundamento en la existencia del principio de favorabilidad en la ley penal y el principio retrospectivo, con lo cual se podría llenar el vacío dejado por la Ley 54.¹³⁶

Para las uniones nacidas antes de la promulgación de la ley y que continuaron con posterioridad a la misma, se pueden presentar dos posibles soluciones.

La primera, corresponde a las uniones que nacieron antes de la entrada en vigencia de la Ley 54 y que se extinguieron antes de cumplir dos años de vigencia de la misma norma. En estos casos, las disposiciones de la Ley 54 serían aplicables y por lo tanto se podría entender conformada la unión marital, pero la sociedad patrimonial derivada de la existencia de la relación, sólo comprendería aquellos bienes adquiridos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, so pena de hacer una aplicación retroactiva de la norma, que no tiene.

Adicionalmente, dentro del mismo supuesto, puede entenderse que lo regulado por la Ley 54 fue solo respecto a la denominación de las relaciones concubinarias, llamándolas uniones maritales de hecho y por lo tanto, por el solo hecho de que su duración se prolongue más allá de la fecha de entrada en vigencia de la ley, sin importar por cuanto tiempo, la sociedad patrimonial estará cubierta en su totalidad por las disposiciones de tal preceptiva legal. Por consiguiente, serán

135 TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ sentencia de agosto 11 de 1995 Magistrado Ponente Dr. Gesael Giraldo.

136 TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA, Sala de Familia sentencia del 28 de enero de 1994.

parte del haber social todos los bienes adquiridos durante ese lapso y no solo aquellos obtenidos durante la vigencia de la ley.

Para las uniones nacidas en vigencia de la Ley 54, las disposiciones de esta norma son aplicables en su totalidad siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos necesarios para la constitución de la unión.

Salvo las consideraciones anteriores, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es inequívoca en aceptar la irretroactividad de la ley.

El artículo 9º de la Ley 54 de 1990 dispone que la misma rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias. Por lo tanto los efectos de la citada Ley 54 son hacia el futuro. Si el legislador hubiera deseado que la ley tuviera efectos retroactivos lo hubiera expresamente señalado en la misma norma. De esta manera, los hechos que dan vida a la unión marital de hecho y a una sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes, por razón de la convivencia, gozan del amparo, el reconocimiento y la protección del Estado sólo a partir de la vigencia de la Ley 54 de 1990. Antes de ella solamente fue protegida la asociación de hecho entre concubinos, pero no como causa de una relación marital sino por la circunstancia de que la convivencia estuviera rodeada de la *affectio societatis* entre la pareja.

La ley define como fenómeno jurídico un hecho social que antes no había sido reconocido; un hecho que no existía para el derecho. Por lo tanto, la Ley 54 tiene un carácter constitutivo pues genera una relación jurídica que antes no contemplaba el ordenamiento jurídico. Antes de ella había una ausencia de régimen específico, que fue suplida por la interpretación jurisprudencial, acudiendo analógicamente a la institución jurídica de la sociedad de hecho, para otorgar así un tratamiento legal y justo al elemento patrimonial de los concubinos, pues la sociedad conyugal solamente se contemplaba dentro del matrimonio legalmente constituido y la ley civil prohibía la conformación de sociedades universales diferentes a la conyugal.

La Ley 54 no es aplicable a situaciones anteriores que llenen los requisitos que la norma hoy exige, cuando las mismas fenecieron antes de la entrada en vigencia de la Ley. De ser así, se otorgaría efecto jurídico a normas legales que no existían al momento en que se agotaron los hechos a que se aplican, generando gran inseguridad jurídica.

Al respecto, la Corte Suprema preceptuó en sentencia de diciembre 13 de 2002 expediente 6660, magistrado Ponente Jorge Santos Ballesteros que “con lógica jurídica enmarcada en pautas de equidad y justicia, inevitablemente se tiene que

concluir en la negación de cualquier efecto retroactivo o retrospectivo de la ley, porque lo cierto es que la nueva disposición no subsume el factum anterior, por cuanto ella misma lo excluye en el artículo 2º, cuando establece, además de otras consideraciones antes no concebidas, los dos años de unión marital como requisito para que opere la presunción legal de existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, que es claramente el tiempo que la ley señaló para que la norma pudiera ser utilizada como fundamento de una decisión judicial, pues no debe olvidarse que por encima de cualquier consideración atinente al reconocimiento de un hecho social (unión extramatrimonial), lo que de ella resulta trascendente y que es lo que convoca a esta decisión, es el otorgamiento de una tutela jurisdiccional perfectamente identificable, pero diferida en el tiempo a los dos señalados años de unión marital”.

Y para zanjar cualquier duda al respecto, en sentencia del 20 de abril de 2001 expediente 5883 la Corte aclaró que “descartando el carácter imperativo de la ley 54 de 1990, y por contera su naturaleza de orden público, el último resoldo argumentativo de la aplicación inmediata queda apagado, porque si la norma es supletoria de la voluntad de los compañeros permanentes, la novedosa ley no puede aplicarse a las relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a su vigencia, por cuanto allí prima la voluntad y la autonomía de las partes, que libremente adecuaron su conducta al régimen jurídico para entonces vigente, pues al fin de cuentas la aplicación o no de la ley que introduce la nueva regulación a las situaciones o relaciones jurídicas preexistentes, tiene que ver con ese específico carácter, porque de él depende que ésta se considere como de orden público, y por ende, con un contenido implicado con el interés general o el “interés público o social”, como lo consagra el artículo 58 de la Constitución Política, que es el principio que por prevalecer sobre el interés individual o privado (artículo 1º Constitución Política), impone de manera excepcional la aplicación inmediata de la nueva ley.”¹³⁷

2.4. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS UNIONES DE HECHO

Para determinar la naturaleza de la unión marital de hecho se presentan a continuación dos posiciones doctrinales, una que afirma que esta es un hecho jurídico y otra que asegura que se trata de un acto jurídico.

¹³⁷ Véase también CORTE SUPREMA DE JUSTICIA sentencia de 25 de septiembre de 2001 expediente 5947 Magistrado Ponente Dr. Nicolás Bechara Simancas, Auto 0252 del 19 de septiembre de 1997 expediente 6798 Magistrado Ponente Dr. Jorge Santos Ballesteros, CORTE CONSTITUCIONAL sentencia C-239/94 Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía Diario Oficial No. 39615 del 31 de diciembre de 1994.

2.4.1 La calificación jurídica de hecho jurídico

El hecho es la convivencia que, como tal hecho, no está regulado por el Derecho. Por ello, no se puede distinguir, como en el matrimonio, entre acto constitutivo y estado procedente de aquel acto. Por el contrario, la convivencia es el hecho jurídico mismo, hecho que comienza y se mantiene a lo largo del tiempo, es un hecho continuado que, mientras se mantenga, es hecho jurídico y, como tal, produce efectos jurídicos: relaciones personales, intereses económicos y filiación, que tienen trascendencia jurídica.¹³⁸

“La naturaleza fáctica, indica que la unión marital es en sí misma considerada un hecho jurídico familiar especial reconocido por el derecho, razón por la cual se califica de hecho. En efecto, la mencionada unión marital de hecho se manifiesta como una verdadera situación fáctica, es decir, por una serie de comportamientos humanos plurales y reiterados en el tiempo por sus compañeros, porque así nace (por los hechos) se desarrolla (la reiteración de estos hechos con su correspondiente relación, etc.) y termina (fundamentalmente por hechos), es decir, porque así, como situación continuada fáctica, se exterioriza su existencia vital ante el derecho.”¹³⁹

2.4.2 La calificación jurídica de acto jurídico

Por cuanto se presenta una manifestación de voluntad para aceptar lo pre establecido por el legislador.

“La unión marital de hecho no es un hecho sino un acto jurídico de carácter familiar, por existir un acuerdo de voluntades expreso o tácito en la celebración de la unión marital, partiendo de la base que la misma Constitución Política en su artículo 42 inciso 1º parte final, prescribe: “...por la voluntad responsable de conformarla.” La unión entre un hombre y una mujer que la ley denomina unión marital de hecho, se logra a través de un acto jurídico; es decir un acto voluntario lícito, que tiene como fin inmediato establecer las relaciones jurídicas materiales. Se considera que la unión marital de hecho como acto jurídico lícito, responde entonces a la libre voluntad responsable, como la denomina la Constitución política, artículo 42 inciso 1º; de un hombre y una mujer de conformarla. La libre voluntad trasciende a la relación jurídica marital, considerando que esta relación está gobernada por la autonomía de la voluntad, que les permite a los

138 O” CALLAGHAN, Xavier. *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1998. P. 22 y 23.

139 LAFFONT,PIANNETA Pedro. *Derecho de Familia, Unión marital de hecho*, Editorial Librería del Profesional; Bogotá D.C;1992;Pagina.95.

compañeros si fracasan en la unión marital, disolverla del mismo modo que la constituyeron. En conclusión, la naturaleza jurídica de la unión marital de hecho es un acto jurídico de carácter familiar, que se puede definir como la declaración de voluntad unilateral o bilateral, que tiene por objeto, crear, modificar, regular o extinguir derechos y obligaciones de carácter familiar.”¹⁴⁰

Se encuentran así, dentro de la doctrina posiciones encontradas en cuanto a la naturaleza de la unión marital de hecho.

2.5 DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO

Para que la situación en común que desarrollan muchas parejas al margen del matrimonio pueda producir efectos jurídicos es necesario que se cumplan ciertos requisitos, de modo que ese pueda considerar que se trata de una verdadera convivencia marital, en cuyo caso debe ser tenida en cuenta por el Derecho.

Resulta fundamental, en primer lugar, delimitar qué tipo de relaciones pueden calificarse como uniones de hecho. Si con esta expresión nos referimos a cualquier tipo de relación extramatrimonial, o, si por el contrario, sólo se incluyen aquéllas relaciones que cumplen ciertos requisitos imprescindibles, para el reconocimiento de los efectos jurídicos de su unión.

El Artículo 1º de la Ley 54 de 1990, define a la unión marital de hecho: “A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente y para todos los efectos civiles se denomina compañera y compañero permanente, al hombre y a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.”¹⁴¹

La comunidad de vida que se forma mediante la existencia de la unión marital de hecho es conformada por una pareja heterosexual que se caracteriza por su continuidad y permanencia con el fin último de crear una familia. La doctrinante española Carolina Mesa Marrero define en forma precisa la unión marital de hecho como: “(...) la relación efectiva de una pareja con independencia de su sexualidad, que comparte un proyecto de vida en común, con intención de

140 QUIROZ MONSALVE, Aroldo. *Manual de Familia; Tomo V; Matrimonio civil y religioso y Unión marital de hecho*; Editorial Doctrina y ley Ltda; Bogotá D.C;1999; Páginas 315-316.

141 CONGRESO DE LA REPUBLICA COLOMBIA, LEY 54 DE 1990 (Diciembre 28), “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”. En: *Diario Oficial*: No.39.615. Art. 1º.

permanencia y que, sin ningún tipo de formalidad en su constitución, desarrollan la convivencia en el mismo hogar de forma semejante a la conyugal".¹⁴²

En este sentido, se desprende la necesidad de que la unión marital de hecho ha de cumplir ciertos requisitos para que las consecuencias personales y patrimoniales que derivan de este modo de convivencia tengan relevancia jurídica. Es necesario, por lo tanto, profundizar en el estudio de cada uno de los elementos que deben estar presentes en la relación extramatrimonial, para poder calificarla como una verdadera unión marital de hecho merecedora de tutela jurídica.

2.6. REQUISITOS

De acuerdo con la Ley 54 de 1990, son requisitos fundamentales para la estructuración de la unión marital de hecho, 1) la diversidad de sexos entre los miembros de la pareja; 2) que no sean casados entre sí y 3) que exista comunidad de vida con las características de permanente y singular. 4) También se exige una duración mínima de dos años y 5) no deben existir impedimentos para contraer matrimonio, y si alguno o ambos lo tienen, "que la sociedad o sociedades anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho". A partir de los anteriores requisitos, resulta fácil deducir que el legislador no tuvo en mente dar cabida a la coexistencia de sociedades patrimoniales nacidas de la unión marital de hecho, ni la concurrencia entre la sociedad patrimonial como consecuencia de la sociedad conyugal y la patrimonial entre compañeros permanentes.

A continuación se analiza cada uno de los requisitos contemplados en la Ley 54 de 1990, así:

2.6.1 Heterosexualidad o diversidad de sexos.

De conformidad con el artículo 1 quienes pretendan conformar una unión marital de hecho necesariamente han ser personas de diferente sexo, es decir, un hombre y una mujer, porque la citada ley solo regula las uniones de hecho de parejas de distinto sexo o heterosexuales.

A partir de febrero del 2007, la unión marital de hecho se extiende a la pareja homosexual, como se analizó en la primera Unidad.

142 MESA MARRERO, Carolina. *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2006. 2ed. P. 46.

2.6.2 Singularidad de los extremos.

Esta característica es de particular relevancia, y se pone de presente en la misma definición, cuando se expresa de manera perentoria que la unión marital de hecho solo es legalmente posible mediante “un hombre” y “una mujer”, lo que está descartando que puedan surgir uniones entre un hombre y varias mujeres, o, viceversa, y entre varios hombres y una mujer.

La singularidad en la unión marital de hecho comprende el aspecto objetivo de la relación ya que es la representación de la unión como tal. Dicho esto, la singularidad se presenta como uno de los elementos de mayor controversia debido a que la exclusividad entre compañeros comporta un elemento vital para configurar la unión marital. Esto se debe a que las circunstancias bajo las cuales se inician y desarrollan este tipo de relaciones pueden ser consideradas controversiales e inadecuadas respecto a la tipología propia de la figura. No es desconocido, que al inicio de las relaciones de hecho se presente simultaneidad entre estas y otras conyugales. Situación que puede ser vista como un vicio para entablar una verdadera relación marital.

Según la ley 54 de 1990, para que haya lugar a declarar la existencia de una unión marital de hecho, la relación marital debe ser singular y permanente. Debe ser única, pues sólo puede establecerse entre un hombre y una mujer, a lo que precisamente se refiere el término “singular”. Cuando un hombre o una mujer aparecen manteniendo una relación marital con otra mujer u otro hombre, según el caso, desaparece el concepto mencionado y se presenta una relación promiscua. Así, la Corte Suprema se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos: “De suerte que conforme al Art. 1º. de la Ley 54 de 1990 no es posible reconocer que entre la demandante y el causante existió una unión marital de hecho, porque no obstante haberse demostrado que sin estar casados, siendo ambos solteros, formaron una comunidad de vida permanente durante más de cuarenta años que perduró hasta el fallecimiento de aquél, no se presentó la singularidad que exige la ley ya que éste mantenía otra relación similar con otra dama diferente a la actora”¹⁴³.

Si bien el criterio anteriormente planteado ha tenido gran acogida en la Corte, el mismo no es ajeno a argumentos controversiales, los cuales han sido esgrimidos por la misma Sala. Encontramos entonces que en sentencia del 12 de febrero de 2003 (expediente 7465), la Corte determina que la existencia de relaciones de carácter

¹⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA sentencia de noviembre 16 de 2001 expediente 6655 Magistrado Ponente Dr. Manuel Ardila Velásquez.

esporádico o eventuales, no representan obstáculo alguno para que se constituya efectivamente la unión marital de hecho. Por lo tanto no pueden equipararse el concepto de compañera permanente con el de “amiga permanente”, ya que el hecho de que la fidelidad sexual se vea comprometida dentro de una relación no implica que la constitución de la unión marital se vea amenazada. Y en propias palabras de la Sala “... a la verdad, en el fallo no se sostuvo ni con mucho que la unión marital se configura o se equipara con una simple amistad permanente, como tampoco que su subsistencia queda trunca cuando alguno de sus miembros ha tenido relaciones sexuales con una tercera persona.”

En su verdadero sentir, la Corte no reformula sus propios criterios sostenidos en jurisprudencia anterior. Acoge la misma tesis de la singularidad como requisito esencial en la unión marital de hecho, aclarando que lo que resulta inadmisible es la simultaneidad de relaciones equiparables, en sus aspectos objetivos y por ello en la sentencia reseñada anteriormente, utiliza el término “amiga permanente” para concluir que las relaciones esporádicas por ese solo hecho no destruyen una relación marital ya conformada. No huelgan por lo tanto, las dos decisiones analizadas; por el contrario, la segunda es complementaria de la primera.

2.6.3 Los compañeros permanentes no pueden estar casados.

Se refiere esta situación, a que los compañeros no estén casados entre si o no estén casados con personas distintas del otro compañero.

Al respecto la Corte Suprema aclaró: “Dentro de ese contexto brota evidente que el legislador sabedor de que muchas son las uniones de hecho que se integran con personas que son o han sido casadas con terceros, previó que no concurrieran dos sociedades patrimoniales, la conyugal que se conformó por razón del matrimonio anterior y la patrimonial entre compañeros permanentes; igualmente previó que si uno de los compañeros permanentes contrae matrimonio con persona distinta, se disuelve la sociedad marital patrimonial precedente. En ese orden de ideas, resulta perfectamente admisible, lógico y coherente pensar que el legislador no tuvo en mente dar cabida, en cambio, a la coexistencia de sociedades patrimoniales nacidas de la unión marital de hecho, tesis esta por la que propugna el censor... Obvio que no es cierto, como dice éste, que si el legislador acepta que haya unión marital de hecho y matrimonio vigente al mismo tiempo, en donde se involucre uno de los compañeros permanentes o ambos, con mayor razón es dable aceptar la concurrencia de varias uniones maritales, pues en realidad para efectos patrimoniales la ley 54 exige justamente la previa disolución y liquidación de la sociedad conyugal, y pasado un año de ésta para concedérselos a la

unión de hecho, y esta se extingue si uno de los compañeros permanentes contrae matrimonio.”¹⁴⁴

Los requisitos definidos por la Corte Suprema guardan armonía con aquellos identificados por la doctrina y analizados en capítulo anterior. Por ello, vale la pena concluir que estos son diáfanos y claros, y respecto a los mismos no hay mayor discrepancia formal más no interpretativa, en especial en cuanto al requisito de la singularidad, el cual se analizará en el siguiente acápite.

2.6.4. Comunidad de vida.

La comunidad de vida equivale a llevar compartir vida en común, vale decir, el cohabitar, y el colaborarse económico y personalmente en las distintas circunstancias de la vida. Esto externamente se representa en la comunidad de habitación o residencia.

El artículo 1º de la Ley 54 de 1990 determina que se denomina unión marital de hecho la conformada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Esta debe entenderse como una relación de duración firme, constante, con perseverancia y, sobre todo, estable por lo que se excluye la que es meramente pasajera o casual. La comunidad de vida implica compartir la vida misma con el compañero, formando una unidad indisoluble como núcleo familiar y además significa la existencia de lazos afectivos que obliga el cohabitar compartiendo techo. La convivencia bajo un mismo techo es un aspecto indubitable de la unión marital de hecho, y constituye una expresión física de la voluntad o disposición de los compañeros. “Este deber implica el vínculo que crea la necesidad de los compañeros permanentes de “vivir juntos” en todas las manifestaciones posibles (v.gr. territorialmente, en la misma ciudad, residencia, habitación; personalmente, en lo físico, psíquico, mental, y en la presencia, pensamiento, etc.; socialmente, en su trato, cultura, trabajo, etc.) a fin de que con su cumplimiento, surja o se facilite la integración comunitaria de la vida, que, a su vez, haga posible el desarrollo de la comunidad de vida marital de hecho.”¹⁴⁵

La Corte suprema de Justicia resaltó la importancia de la cohabitación en el desarrollo de la comunidad de vida entre compañeros permanentes, al manifestar en sentencia de diciembre 12 de 2001 que “La comunidad de vida, o comunidad

¹⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA sentencia S-166-2000 expediente 6117 de septiembre 20 de 2000 Magistrado Ponente Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.

¹⁴⁵ LAFONTT, PLANETA, Pedro. Ob. Cit., página 159.

vital o consorcio de vida, es pues un concepto que como acaba de apreciarse está integrado por elementos fácticos objetivos como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia, y subjetivos otros, como el ánimo mutuo de pertenencia, de unidad y la affectio maritalis, que unidos además a la descendencia común y a las obligaciones y deberes que de tal hecho se derivan, concretan jurídicamente la noción de familia. Destaca la Corte cómo derivado del ánimo a que se ha hecho referencia, deben surgir de manera indubitable aspectos tales como la convivencia de ordinario bajo un mismo techo, esto es la cohabitación, el compartir lecho y mesa y asumir en forma permanente y estable ese diario quehacer existencial, que por consiguiente implica no una vinculación transitoria o esporádica, sino un proyecto de vida y hogar comunes que, se insiste, no podría darse sin la cohabitación que posibilita que una pareja comparta todos los aspectos y avatares de esa vida en común.”¹⁴⁶

2.6.5 Permanencia de vida.

La permanencia hace referencia al factor tiempo. Ello quiere decir, que el hombre y la mujer que llevan una comunidad de vida, deben haberlo hecho por un tiempo lo suficientemente importante para que se entienda la existencia de la unión marital de hecho, un espacio de dos años por lo menos.”¹⁴⁷

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá ha definido los cinco puntos anteriores en los siguientes términos:

“Varios elementos de fondo, deben concurrir a la formación de unión marital de hecho:

a. La idoneidad marital de los sujetos. Este elemento se refiere a la aptitud de los compañeros para la formación y conservación de la vida marital, y exige a la vez:

- Dualidad de seres humanos.
- Diferencia de sexos y
- Capacidad Sexual.
- Legitimación Marital, que es el poder o potestad para conformarla. Constituye un elemento autónomo, para ello es necesario que exista libertad

¹⁴⁶ Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Expediente No. 6721, diciembre 12 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Jorge Santos Ballesteros.

¹⁴⁷ SUAREZ FRANCO, Roberto, Derecho de Familia, Tomo I, Séptima Edición, Editorial Temis S.A, Bogotá, Colombia, 1998; pp. 444-445.

marital, siendo éste uno de los puntos en los que mayor vacío dejó la Ley 54 de 1990, toda vez que no dijo quienes pueden conformar una unión marital.

- Comunidad de vida: Esta tiene que ver con la real convivencia, traducido en la cohabitación y en el socorro y ayuda mutuos.
- Permanencia Marital: No dijo el legislador cuánto tiempo debía perdurar la unión marital para que se considere permanente, pero se estima que la necesaria para reflejar una efectiva comunidad de vida, y no menos de dos (2) años para que de lugar a que se presuma la existencia de sociedad patrimonial.
- Singularidad marital: Este elemento guarda gran similitud con la unión conyugal la cual tiene que ser única o singular, por cuanto es elemento estructural de la familia el matrimonio monogámico, lo cual indica que no es admisible la coexistencia dentro de un mismo lapso temporal, de otras relaciones maritales fácticas".¹⁴⁸

Para el Tribunal Superior de Bogotá se configura unión marital de hecho una vez reunidos los cinco elementos previamente enunciados, los cuales deben concurrir conjuntamente con el fin de generar efectos jurídicos, es decir para que pueda ser declarada la unión.

2.7 EFECTOS JURÍDICOS

En la actual legislación colombiana toda unión marital de hecho ha de producir efectos jurídicos de distinta naturaleza. Los efectos jurídicos son de orden personal y económico, lo que hace que sus consecuencias sean de naturaleza civil. Los efectos jurídicos de orden personal comprenden los relativos al vínculo marital de hecho, deberes, derechos y responsabilidades. Los efectos jurídicos de orden económico se derivan de los aspectos económicos relacionados con las cargas del hogar, y en definitiva, resolver los aspectos económicos de su relación.

2.7.1 Efectos de orden personal

Como podrá verse, los efectos de orden personal no se encuentran expresamente regulados en la norma. Sin embargo, la carencia de regulación no implica la voluntad de excluir lo pertinente a los efectos personales de la Ley 54 de 1990, por el contrario, señala una forma diferente de regulación, y que a partir de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha realizado una labor de interpretación a partir de los principios constitucionales.

¹⁴⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. SALA DE FAMILIA. Bogotá, Agosto 30, 2004. RAD:3970. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Omar Cuellar Romero.

Para otro grupo de doctrinantes, la unión marital de hecho no genera efectos personales, sino únicamente patrimoniales, los cuales se encuentran condicionados al Artículo 2º de la Ley 54 de 1990, mediante el cual se establece la siguiente disposición: “Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio, y

Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.”

La ley es clara en establecer que para que surja la sociedad patrimonial debe primero haberse declarado la existencia de la unión marital de hecho, pues sin ella debidamente constituida, no hay lugar a hablar de los efectos patrimoniales que surgen de esta. Entre los compañeros permanentes la sociedad patrimonial solo se presume y hay lugar a declararla judicialmente cuando la unión marital de hecho ha durado por un lapso superior a dos años. La ley se encargó de definir la unión marital de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, con especificación expresa de las condiciones que deben darse en cada caso para que se pueda presumir la existencia de la sociedad patrimonial con fundamento en dicha unión.

2.7.2. Los de orden personal

De conformidad con la Constitución Nacional la determinación de los derechos y deberes de los compañeros corresponde determinarlos a la ley, máxime que dadas las consecuencias jurídicas que la unión marital de hecho trae consigo, establece o modifica un estado civil: “la ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”

Y así no aparezca consagración legal expresa sobre los derechos personales que deben existir en la unión marital de hecho, los compañeros permanentes se deben solidaridad y para lograrlo deben acceder a todos los mecanismos posibles.

Los efectos de orden personal comprenden los relativos al vínculo marital de hecho, deberes, derechos y responsabilidades, hogar familiar y los relativos frente a la comunidad.¹⁴⁹

Entre los efectos civiles de índole personal respecto de las relaciones de los compañeros permanentes y las relaciones paternofiliales, se identifican, en el cuadro siguiente:

Relaciones	Efectos de orden personal	Fuente
Compañeros permanentes	Igualdad de la pareja	Constitución Política. Art. 42
	Derecho a alimentos	Analogía al matrimonio Jurisprudencia de la Corte Constitucional
	Derecho a la sustitución pensional	Ley 100 de 1993
	Derecho a la seguridad social	Ley 100 de 1993
	Régimen patrimonial (sociedad patrimonial de hecho)	Ley 54 de 1990
	Deberes personales del matrimonio (fidelidad, convivencia y socorro)	Interpretación analógica con el matrimonio
	Reconocimiento del valor del trabajo doméstico a la mujer integrante de la unión marital de hecho	Jurisprudencia Sentencia T-494 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón
	Indemnización por muerte del compañero permanente	Código Civil. Art. 2341 Constitución Política. Art. 42
Paternofiliales	Derecho a la Filiación	Constitución Política. Art. 42
	Derecho a alimentos	Analogía
	Derecho herencial	No está consagrado legalmente
	Presunción de la filiación	Ley 1060 de 2006. Art. 2
	Adopción	Código de la Infancia y la Adolescencia.

¹⁴⁹ VALLEJO T., Juan Álvaro y otros. *La unión marital de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes*. Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 2000. P. 81

2.7.3. Efectos patrimoniales

El principal efecto económico de la unión marital de hecho es la presunción de existencia de la sociedad patrimonial, después de cumplidos dos años de iniciada la convivencia marital. En el matrimonio nos encontramos con el surgimiento de una sociedad conyugal¹⁵⁰, y en la unión marital con la sociedad patrimonial¹⁵¹.

Frente al tema de los derechos patrimoniales que surgen a partir de la conformación de la unión marital de hecho, los cuales tuvieron reconocimiento expreso por medio del mandato legislativo de la ley 54 de 1990, se pronunció la Corte Suprema de Justicia reiteradamente por medio de fallos unánimes:

“Es de advertir que el legislador al promulgar esta disposición se orientó por la necesidad de implantar una norma que regulara las relaciones concubinarias, fuente de la familia natural, no solamente en relación con los derechos y deberes de los concubinos entre sí, sino también en cuanto a los derechos patrimoniales que puedan originarse en tal relación, norma que se compagina con el artículo 42 de la Constitución Política de 1991 en el que se reconoce como fuente de la familia no solamente al matrimonio, sino que también puede tener su origen en la voluntad responsable de conformarla por parte de un hombre y una mujer, lo que significa que el estado colombiano reconoce y promete proteger tanto a la familia matrimonial como a la extramatrimonial, siempre que ésta última sea formada por un hombre y una mujer que lo hagan de manera responsable y seria y asumiendo las obligaciones que implican formar parte de un grupo familiar, de tal manera que para configurar la familia matrimonial solamente faltara el vínculo conyugal.”¹⁵²

- La presunción de la sociedad patrimonial de hecho

El artículo 2º de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 1 de la Ley 979 del 2005, establece que:

“Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

150 Colombia, Código Civil, Art. 1774.

151 Colombia, Ley 54 de 1990.

152 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL; *Magistrado Ponente: Dr. JORGE SANTOS BALLESTEROS*; Bogotá. D. C., trece (13) de diciembre de dos mil dos (2002); Ref. Expediente No. 6660

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inicio la unión marital de hecho. (...)"

La razón de la norma es crear la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y facilitar la prueba de su existencia mediante el reconocimiento del fenómeno de la presunción. "Se define la presunción como el razonamiento mediante el cual de ciertos antecedentes, circunstancias o hechos conocidos, se deduce o presume la existencia de un hecho desconocido".¹⁵³

Como se desprende de la norma, dos son los elementos exigidos por el artículo 2 de la Ley 54 de 1990 para la configuración de la presunción de existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes:

- a. Formación de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes.
- b. Lapso no inferior a dos años de existencia de la unión marital de hecho.

Los compañeros permanentes podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios:

1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en el artículo 2 de la Ley 54 de 1990.
2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un Centro de Conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en el artículo 2 de la Ley 54 de 1990.

Demostrada la existencia de la unión marital de hecho en forma permanente, se entiende probada la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, tal como lo establece el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil al disponer:

"Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los dichos en que se fundan estén debidamente probados".

Los pronunciamientos de la Corte frente a este aspecto han sido reiterativos en afirmar que el artículo citado establece una presunción legal de carácter

¹⁵³ BOLANOS O., *Ildemar. Unión marital de Hecho*. Bogotá, editorial Leyer, 2006. P. 84

supletivo, que no podrá ser aplicada a uniones conformadas antes de entrar en vigencia la Ley 54 de 1990:

“La Corte tiene claro, en lo relativo a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, que la ley 54 de 1990 es supletiva. De un lado, ella sienta, en su artículo 2º, una simple presunción legal que es por su naturaleza desvirtuable y admite, por tanto, convenios que no riñan con la finalidad de la institución, ni con los derechos mínimos que ella reconoce a quienes son compañeros permanentes; y, de otro, el artículo 7º remite a normas del Código Civil para liquidar la sociedad patrimonial por ellos formada, comprendiendo en esa remisión las reglas de las capitulaciones matrimoniales que, bien se sabe, no son otra cosa que “las convenciones” relativas a los bienes y ajustadas por la pareja antes de celebrar el matrimonio. Bien se entiende entonces que de la aplicación de esas reglas puede derivar un régimen de separación de bienes en la sociedad patrimonial de los compañeros permanentes, pues, a semejanza de lo que en ésta ocurre, la sociedad de bienes entre cónyuges también surge de una presunción legal, consistente en la “falta de pacto escrito” en contrario, conforme lo declara el artículo 1774 del Código dicho.”¹⁵⁴

La sociedad patrimonial de hecho se define como “una comunidad patrimonial especial de gananciales, amparada por la ley para los compañeros permanentes. Como tal, tiene una duración efímera, con un poco de mayor inestabilidad que la sociedad conyugal, que se entiende especial desde su nacimiento hasta su disolución, a la cual generalmente se sigue en estado de indivisión diferente.”¹⁵⁵

La Doctrina ha señalado dos elementos necesarios que se requieren para la formación de la sociedad patrimonial. Estos son el plazo bienal y la formalidad patrimonial.

a. “Formalidad patrimonial” ¹⁵⁶

Nace precisamente de la convivencia marital y que jurídicamente constituye la vinculación patrimonial representando un elemento de eficiencia.

154 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL; Magistrado Ponente: NICOLAS BECHARA SIMANCAS; Bogotá, D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil uno (2001); Ref.: Expediente No. 5947

155 MANRIQUE RAMÍREZ, Gilberto. *La Unión marital de hecho. Monografía*; Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Facultad de Derecho. 1995; pp 132-139.

156 VALLEJO Juan Álvaro, ECHEVERRY Julio César, LEON PALACIO Rodrigo; *La Unión marital de hecho y el Régimen Patrimonial entre compañeros Permanentes*; Biblioteca Jurídica Dike; Medellín;2000;pp.105.

Para que la sociedad patrimonial surja como tal, es necesario que las partes muestren interés y se encuentren dentro de casos específicos, las condiciones impuestas por el artículo 2º de la ley 54 de 1990, que le permiten considerarse como una sociedad patrimonial.

b. Plazo Bienal

Este elemento constituye una presunción de tipo legal, que lógicamente admite prueba en contrario (art. 66 CC), dándole una seriedad a la unión marital de hecho que le permite el nacimiento de la sociedad patrimonial. Esa imposición legal no impide a la pareja el contraer matrimonio. La sociedad conyugal nace como fruto del matrimonio, en cambio la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes solo se genera cuando se perfecciona la presunción de los dos (2) años como mínimo de convivencia; de ahí que podamos afirmar: no existe sociedad patrimonial en toda unión marital de hecho, pero si se presenta sociedad conyugal en todo matrimonio. Es por ello, que cuando la ley prescribe el plazo bienal, y que “la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas” (literal b art. 2 Ley 54/90) busca evitar la concurrencia de sociedades patrimoniales y conyugales. (...) Además, fuera de que el plazo sea de dos años, su inicio se cuenta a partir de la vigencia de la Ley 54 de 1990 y no antes y para las nuevas uniones a partir del 31 de Diciembre de 1990.”

Para la conformación de la sociedad patrimonial de hecho es necesaria la declaración de existencia de la unión marital de hecho. A partir de lo que consagra la Ley 54 de 1990 la jurisprudencia de la Corte Constitucional es enfática en establecer que se exige un plazo de dos años contados a partir del momento en que se inicia la unión marital, a fin de que se configure la sociedad patrimonial. A este el elemento se añade que si ambos o uno de los compañeros permanentes estuvo casado y existió sociedad conyugal, debe haber existido un año de su disolución y liquidación para que se pueda formar la sociedad patrimonial.

“(..)la Ley 54 de 1990, puesto que ésta no consagra ningún requisito económico para la declaración judicial de la existencia de una sociedad patrimonial. En efecto, para ello es suficiente que se compruebe la existencia de una unión de hecho durante un término no inferior a dos años, con la aclaración de que en los casos en que uno o ambos convivientes tengan impedimentos legales para contraer matrimonio, deben haber disuelto y liquidado sus sociedades conyugales anteriores con una anticipación no menor de un año.”

El punto central de la sentencia anteriormente citada, y que para el presente estudio cobra relevancia práctica, es el relacionado con la disolución de sociedades conyugales anteriores a la conformación de la unión marital. Frente a este punto la mencionada corporación ha establecido:

“En el segundo caso es obvio que, tal como lo señala el demandante, se autoriza que personas que tienen aún vigente un vínculo matrimonial puedan conformar uniones de hecho y, por lo tanto, sociedades patrimoniales. Indudablemente, el legislador decidió que también se presumía la existencia de una sociedad patrimonial en estos casos, quizás con base en el conocimiento de que muchas uniones de hecho son conformadas por personas que estuvieron casadas con anterioridad y no han disuelto ese vínculo, y a partir de la convicción de que esas situaciones también deben ser abarcadas por el derecho con el objeto de regular los conflictos que de ellas pueden derivarse. Con todo, importa precisar que el mismo Legislador determinó que en estos eventos se exigiría que la persona afectada por el impedimento legal para contraer matrimonio hubiere disuelto y liquidado la respectiva sociedad conyugal, por lo menos un año antes de formar la unión de hecho”

Frente al punto de las sociedades conyugales existentes antes de conformarse la sociedad de hecho y la necesidad que estas, además de disueltas se encuentren liquidadas, se pronunció igualmente la Corte Suprema de Justicia. Para que la mencionada sociedad patrimonial, producto de la unión marital de hecho pueda conformarse y nacer a la vida jurídica, en caso de existir sociedad conyugal anterior producto de un vínculo matrimonial, esta además de disuelta deberá estar debidamente liquidada. Así se pronunció la Corte Suprema de Justicia:

“(…) y para centrar sin tardanza el análisis que es menester, es muy de notar que la ley preceptuó, como requisito indeficiente, que los compañeros no estén casados. Hay que entender que dicha locución, se refiere a que no estén casados” entre, si: pues de estarlo, sus relaciones tanto personales como económicas serían las dimanantes del matrimonio’; aserto que definitivamente, lo apuntala la consideración de que si el casamiento es con terceras personas, no es impedimento para la unión,’ ni para la sociedad patrimonial con apenas cumplir la condición consagrada en el segundo artículo de la misma ley o sea, que la sociedad conyugal” esté no solamente disuelta sino liquidada. De intento se quisieron traer hasta este punto todas las cosas que referidas quedan, desde luego que es respecto de la última de las sobredichas exigencias que gravita la especie de esta litis. Por cierto, el tema alude a que estando de por medio una sociedad conyugal, la ley dice que no puede surgir la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes si ya no es que aquella está, además

de disuelta liquidada. Y en el caso de ahora, disuelta estaba por el hecho de la muerte de uno de los cónyuges, mas pendiendo su liquidación.”¹⁵⁷

La mencionada sentencia resalta un punto de vital importancia, el cual tiene relación directa con el caso de las personas viudas, que sin haber liquidado la sociedad conyugal fruto de un vínculo matrimonial que fue disuelto por la muerte, años después conformaron unión marital de hecho, por un lapso superior a dos años. La corporación expresó:

“Parece ser el momento propicio para puntualizar que, con arreglo a lo dicho, no es cierto qué las viudas, por el hecho de tales, fueron exceptuadas por la ley y que frente a ellos no cabe exigir la liquidación de la ‘sociedad conyugal.(...) Y son descuidadas porque de primera intención pareciera que la liquidación de la sociedad conyugal sólo se exige para quienes, además, tuvieran impedimento para casarse, pues que aquel requisito no “figura sino en la segunda de las hipótesis de la norma. Pero, lo erróneo está en creer que donde no haya impedimento para casarse, no hay que hablar, por sustracción de materia, de sociedad conyugal, suponiéndose equivocadamente que allí no pueden haber sino solteros, y de ahí que el artículo comentado nada dijese sobre liquidaciones en la primera hipótesis; se olvidó que personas hay como los viudos que, sin tener impedimento para casarse, tuvieron sociedad conyugal, disuelta si por causa de la muerte del cónyuge, pero aún sin liquidarse. Lo propio cabe decir frente al caso de nulidad de matrimonio: desaparecido el lazo matrimonial no tienen por este aspecto impedimento para casarse de nuevo, pero pueden cargar y liquidar la sociedad.”

2.8 RÉGIMEN PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES

2.8.1 Normas del código civil aplicables a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

Existen algunas normas del Código Civil sobre la sociedad conyugal que son extensivas para la regulación de la sociedad patrimonial. No debe desconocerse la distinción existente entre ambas instituciones.

El artículo séptimo indica los procedimientos que deben seguirse para la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y las normas que a estos procedimientos habrá que aplicar.

¹⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil; Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez; Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil tres (2003); Referencia: Expediente 7603.

“Artículo 7º. A la liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, se aplicarán las normas contenidas en el Libro 4º, Título XXII, Capítulos I al VI del Código Civil: “Los procesos de disolución y liquidación de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, se tramitará por el procedimiento establecido en el Título XXX del Código de Procedimiento Civil y serán del conocimiento de los jueces de familia, en primera instancia.”

Los mencionados artículos corresponden a capitulaciones matrimoniales de la sociedad conyugal, y específicamente a las reglas generales, al haber de la sociedad conyugal y sus cargas, a la administración ordinaria de los bienes de la sociedad conyugal, a la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, a la disolución de la sociedad conyugal y a la partición de gananciales y a la renuncia de gananciales, hecha por parte de la mujer, después de la disolución.

2.8.2 Capitulaciones maritales

Frente al tema de las capitulaciones para la Unión marital de hecho, la Ley 54 de 1990, no regula el tema de manera directa; el artículo 7º de la mencionada disposición remite a determinados artículos del Código Civil entre los que se encuentra el concerniente a regular las capitulaciones matrimoniales. Frente a este tema la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado estableciendo lo siguiente:

“El carácter supletorio de la ley 54 de 1990, en cuanto tiene que ver con la constitución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, el cual claramente se nota en el artículo 2º en tanto sienta una mera presunción legal, por ende desvirtuable y consecuentemente admisoria de algún tipo de convenio paritario e imparcial acorde con las finalidades de la ley y al mínimo de derechos que ésta reconoce a los compañeros permanentes. Carácter que igualmente se nota en el inciso 1º del artículo 7º, cuando remite a las normas “ contenidas en Libro IV, Título XXII, Capítulo I a VI del Código Civil”, para ser aplicadas a “la liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes”, donde se ubican, entre otros, los artículos 1771 a 1780, concernientes al régimen de las capitulaciones matrimoniales, que por la misma definición legal son “ las convenciones” que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que se aportarán a la sociedad conyugal, las cuales bien pudieran dar lugar a un régimen de separación de bienes o a otro distinto, porque de modo similar a como acontece con la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, la sociedad conyugal surge de una presunción legal, “A falta de pacto escrito” en contrario, como lo

indica el artículo 1774 del Código Civil, que es otra de las normas que obran por remisión" (sentencia del 20 de abril de 2001)."¹⁵⁸

Las capitulaciones maritales, serán aquellas que realicen los compañeros permanentes antes de iniciarse la unión marital de hecho, relativa a los bienes que serán aportados a la sociedad patrimonial. "Esta convención que establecida por los compañeros permanentes deberá hacerse por escritura pública cuando existan bienes raíces, de lo contrario podrá realizarse por documento privado, firmado por las partes y por tres testigos domiciliados en el territorio.(...) Las capitulaciones maritales se entenderán otorgadas irrevocablemente a partir de la iniciación de la unión marital de hecho y no podrán reformarse ni alterarse después, aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas."¹⁵⁹

Se puede afirmar que:

1. Las capitulaciones maritales son una convención que celebran los compañeros permanentes antes de iniciarse la unión marital de hecho, relativas a los bienes que aportan a la sociedad patrimonial y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer entre los compañeros, de presente o de futuro.
2. Las capitulaciones maritales deberán hacerse por escritura pública cuando existan bienes raíces.
3. Si no existen bienes raíces podrán hacerse por documento privado:
 - a. Firmado por las partes.
 - b. Firmado por tres testigos domiciliados en el territorio.
4. Se entienden otorgadas irrevocablemente a partir de la iniciación de la unión marital de hecho:
 - No podrán reformarse ni alterarse una vez iniciada la unión marital.
5. Les serán aplicables los artículos 1771 a 1780 del Código Civil.

¹⁵⁸ Citado en: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Magistrado Ponente: Dr. Octavio Munar; nueve (9) de marzo de dos mil cuatro (2004); Ref. Expediente No. 6984

¹⁵⁹ Ob.cit; CRISTINA SÁNCHEZ Mercado; p.125.

2.8.3 El haber de la sociedad patrimonial

Cuando la Ley 54 de 1990 dispone en el artículo 3 que: "El patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por partes iguales a ambos compañeros permanentes", se refiere al haber de la sociedad patrimonial en forma genérica.

El haber de la sociedad patrimonial se debe relacionar con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 54 de 1990, que igualmente resulta aplicable a la composición social como norma reguladora y en la que sea compatible con la sociedad conyugal de gananciales y esas normas son las contenidas en los artículos 1781 a 1804 del Código Civil.

Frente al "mayor valor de los bienes durante la unión marital de hecho", la Corte Constitucional, ha expresado lo siguiente en lo referente al mayor valor que produzcan los bienes de uno de los compañeros permanentes, durante la unión de hecho:

"El artículo 3º de la Ley 54 de 1990, prescribe que el mayor valor que produzcan los bienes de propiedad de uno de los compañeros permanentes, durante la unión de hecho, forma parte de la sociedad patrimonial. Tanto en la sociedad conyugal como en la patrimonial se distingue entre los bienes que pertenecen a la sociedad y los bienes propios de cada uno de los cónyuges o compañeros. El último rubro está compuesto tanto por las propiedades que son adquiridas por los convivientes a título de donación, herencia o legado, como por las pertenencias que poseía cada uno de ellos en el momento de conformar la sociedad. En el caso de la sociedad conyugal cabe aclarar que el Código Civil (arts. 1781 ss.) establece que los bienes muebles propios de los consortes ingresan a la sociedad, y su valor debe ser restituido al cónyuge respectivo en el momento en que ella se disuelve. Por lo demás, debe precisarse que lo que el texto acusado señala es que a la sociedad patrimonial ingresará el mayor valor que produzcan los bienes propios durante la unión material de hecho. Empero, la mera actualización del precio de un bien, como resultado de la tasa de devaluación de la moneda, no constituye un producto de la cosa, pues de esa valorización monetaria no se deduce que el poseedor del bien haya acrecentado realmente su patrimonio. Para poder hablar de que un bien ha producido un mayor valor es necesario que se pueda constatar un incremento material de la riqueza de su propietario."¹⁶⁰

¹⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL; *Sentencia C- 014/98; Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.*

Una vez precisados taxativamente los bienes que hacen parte de la sociedad patrimonial, es relevante anotar cuales no la conforman:

1. Los bienes adquiridos antes de iniciarse la unión marital de hecho.
2. Los bienes adquiridos a título de donación, herencia o legado.

En cuanto al pasivo de la sociedad patrimonial, el doctrinante Valencia Zea afirma que esta “se forma, al igual que el de la sociedad conyugal, por uno externo y uno interno; el primero lo integran las deudas contraídas para el sostenimiento de la comunidad doméstica que se forma, para el mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes y de toda carga familiar, los gastos hechos para la adquisición de un bien social, las cargas y reparaciones de los bienes sociales.”¹⁶¹ El autor citado, hace una comparación directa con la sociedad conyugal y establece de esta manera las reglas que son propias y que se aplican a la sociedad de hecho. Respecto al pasivo interno este “procura mantener el equilibrio entre el patrimonio de cada uno de los compañeros y el social y se establecen las recompensas en favor de los bienes no sociales.”¹⁶²

2.8.4 La administración de la sociedad patrimonial

Es importante anotar, que los artículos del Código Civil que se aplican a la administración de la sociedad patrimonial fueron modificados por la ley 28 de 1932, la cual permite que la mujer administre libremente sus bienes, y la reconoce como libre administradora de los bienes de la sociedad. Un factor determinante en el tema de la administración de la sociedad patrimonial es el relativo a la libertad que tienen los compañeros permanentes se fundamenta en que los compañeros permanentes son los libres administradores de sus bienes.

El doctrinante Juan Álvaro Vallejo distingue la administración de los bienes de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, de la distinción que realiza el Código Civil para la administración de la sociedad conyugal entre administración ordinaria y administración extraordinaria. Los artículos del mencionado código encargados de regular la materia mencionada fueron modificados por la ley 28 de 1932. El mencionado autor expresa, frente al tema de la administración ordinaria que “(...) los compañeros permanentes administran sus bienes propios y aquellos que formen parte del haber de la

¹⁶¹ VALENCIA ZEA Arturo y ORTIZ MOSALVE, Álvaro. *Derecho Civil: Derecho de Familia*; Ed. Temis S.A, Bogotá;1995; p.488.

¹⁶² Ibídem.

sociedad patrimonial en pie de igualdad.”¹⁶³ Respecto a la administración extraordinaria de la sociedad patrimonial establece que “La administración de los bienes de la sociedad conyugal está regulada en nuestro Código Civil en los artículos 1814 a 1818 y por expreso mandato de lo estipulado por la Ley 54 de 1990, le son igualmente aplicables a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes en la unión marital de hecho. Esos artículos que se refieren la marido como administrador de los bienes de la sociedad conyugal y que precisaban aspectos anteriores a la vigencia de la Ley 28 de 1932, en los casos en que la mujer administraba en forma extraordinaria los bienes de la sociedad patrimonial y aun del marido, porque era nombrada curadora del marido por causas legales.”¹⁶⁴

2.8.5 Causales de disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

El artículo 5 de la Ley 54 de 1990, establece las causales para la disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. El mencionado artículo señala textualmente:

“La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se disuelve:

- a. Por la muerte de uno o ambos compañeros
- b. Por el matrimonio de uno o de ambos compañeros con personas distintas de quienes forman parte de la sociedad patrimonial,
- c. Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública y
- d. Por sentencia judicial”

Las cuatro causales de disolución mencionadas, se encuentran expresa y taxativamente señaladas por la ley, sin embargo el doctrinante Álvaro Vallejo, precisa que a partir del mencionado artículo, se pueden deducir otras, que aunque no se encuentran señaladas por la ley, pueden configurar también causales de disolución.

163 *Ob.cit; Juan Alvaro Vallejo;p.113.*

164 *Ibídem.*

“Al analizar lo establecido en la ley, podemos concluir que existen otras causales que como lógica consecuencia de las enumeradas en el artículo pueden deducirse. Entonces tendríamos que las causales quedarían así:

1. Por la muerte de uno o de ambos compañeros.
2. Por el matrimonio de uno o de ambos compañeros con persona distinta de quienes forman parte de la sociedad patrimonial.

Tomando como referencia esta causal, podemos deducir otra más que lógica, pues podemos preguntarnos: ¿qué pasaría si los compañeros permanentes deciden contraer matrimonio entre sí? Tendríamos entonces otra causal que sería:

3. Matrimonio que se celebre entre sí, por los compañeros permanentes. Por sentencia judicial dictada dentro del proceso establecido en el artículo 7^a de la ley 54 de 1990.
4. Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública; aun cuando no existen bienes inmuebles en el patrimonio de la sociedad.
5. Del artículo 8^o de la Ley 54 de 1990 podemos deducir otra causal:
6. Separación física y definitiva de los compañeros permanentes.”¹⁶⁵

2.8.6 Liquidación de la sociedad patrimonial dentro del proceso de sucesión.

Sobre las mencionadas causales que señala la ley para la disolución de la sociedad patrimonial, es importante resaltar la concerniente a la muerte de uno o ambos compañeros. El artículo 6^o de la Ley 54 de 1990, establece que: “Cualquiera de los compañeros permanentes o sus herederos, podrán pedir la liquidación de la sociedad patrimonial y la adjudicación de los bienes. Cuando la causa de la disolución y liquidación sea la muerte de uno o de ambos compañeros permanentes, la liquidación podrá hacerse dentro del respectivo proceso de sucesión, siempre que exista la prueba de la unión marital de hecho, en la forma exigida por el artículo 2o. de la presente Ley.”

Aunque el punto de la liquidación de la sociedad patrimonial se tratará en el título siguiente, es importante mencionar lo establecido por el artículo 6^o y entrar a analizarlo desde el punto de vista procesal. No se puede perder de vista que

¹⁶⁵ Ob. Cit, Juan Álvaro Vallejo; p.116.

antes de que pueda configurarse la disolución de la sociedad patrimonial, debe haber sido previamente declarada la unión marital de hecho y consecuentemente la sociedad patrimonial que se conforma a partir de la mencionada institución.

“(...) Además por el hecho de que sea una presunción legal y que corresponda desvirtuarla desde luego a la parte contraria, ello no quiere decir que se deba desvirtuar en el proceso de sucesión, sino que se debe hacer en el respectivo proceso ordinario sobre declaración de existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, ya que en el proceso de sucesión no es procedente la tramitación de tales controversias, pues para poder ser reconocido heredero, legatario, albacea, cónyuge sobreviviente, compañero permanente, previamente se debe acreditar fehacientemente dentro de la sucesión la respectiva calidad, ya que de lo contrario se tendría una mera expectativa que no faculta para impedir el normal trámite del proceso de sucesión. Por otro lado aunque el artículo 6º, inciso 2º de la ley 54 de 1990, establezca que cuando la causa de la disolución y liquidación sea la muerte de uno o de ambos compañeros, la liquidación podrá hacerse dentro del respectivo proceso de sucesión, ello no quiere decir que no haya que demostrar mediante declaración judicial la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, ya que, como claramente lo dice el mencionado inciso, la prueba de la unión marital de hecho debe acreditarse en la forma exigida por el artículo 2º de la solicitada ley, esto es, por sentencia proferida por el funcionario competente.”

Al igual que el régimen de sociedad conyugal, los elementos que componen la sociedad patrimonial de hecho son el activo y el pasivo. El régimen que regula la sociedad marital de hecho se encuentra en la ley 54 de 1990 y subsidiariamente, por mandato del artículo 7º de la mencionada ley, resulta también aplicable la normatividad correspondiente a la sociedad conyugal de gananciales.

El artículo 3º de la Ley 54 de 1990, precisa los bienes que conforman la sociedad patrimonial. El mencionado artículo establece: “El patrimonio o capital del trabajo, ayuda y socorros mutuos pertenece por partes iguales a ambos compañeros permanentes. Parágrafo. No formarán parte del haber de la sociedad, los bienes adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, ni los que se hubieren adquirido antes de iniciar la unión marital de hecho, pero sí lo serán los réditos, rentas, frutos o mayor valor que produzcan estos bienes durante la unión marital de hecho.”

Aunque no hay un detalle delimitado de los bienes que específicamente conforman la sociedad patrimonial, a continuación a partir de la descripción

que la doctrina ha dado frente al tema, se indica cuales son específicamente los bienes que conforman la sociedad patrimonial.

1. “Bienes Muebles e Inmuebles: adquiridos en forma onerosa, producto del trabajo, socorre y ayuda mutuas.
2. Los réditos, rentas, frutos y el mayor valor que produzcan los bienes adquiridos antes de iniciada la unión marital de hecho.
3. Los réditos, rentas, frutos y mayor valor que produzcan los bienes adquiridos por donación, herencia o legado.
4. Las ganancias que se obtengan en la sociedad civil o comercial que produzcan los bienes adquiridos por donación, herencia o legado.
5. Las acciones o cuotas sociales del compañero o compañera permanente dentro de la sociedad civil o comercial.”¹⁶⁶

2.9 EL RÉGIMEN PENSIONAL

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuando al pensionado fallecido le sobrevivían tanto su cónyuge como una compañera permanente, en principio era el cónyuge supérstite, por el simple hecho de ostentar tal calidad, el beneficiario primigenio de la pensión del otro consorte, quien perdía tal privilegio especialmente cuando en el momento del deceso del causante no hacía vida en común con él, salvo que se hallare en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía. Ahora, a partir de la Constitución Política de 1991, se dio un giro fundamental en lo que respecta al concepto de “familia”, y de acuerdo con el artículo 42 de la misma, la familia también puede constituirse por vínculos naturales. Dentro de este esquema el nuevo sistema de seguridad social introducido por la Ley 100 de 1993 consagró en su artículo 47, para la compañera permanente, la condición de beneficiaria cuando, habiéndose extinguido la convivencia del pensionado con su cónyuge, aquella reuniese cabalmente las nuevas condiciones para acceder a la pensión de sobrevivientes, y estableció concretamente que es la efectiva vida de pareja durante los años anteriores al deceso del pensionado, la que viene a legitimar la sustitución pensional, por encima de cualesquiera otra consideración¹⁶⁷. Textualmente:

166 *Ibidem*; pp.108.

167 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. *Sentencia de marzo 2 de 1999*.

ARTICULO 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido; (negrillas fuera de texto)

Respecto al artículo anterior, el hecho de haber procreado un hijo durante la relación conyugal, no exime a la cónyuge de cumplir con los demás requisitos exigidos por el artículo 47 del la Ley 100 de 1993. Solamente la exime de acreditar los dos años de convivencia con el causante. Por lo tanto, debe acreditar que mantuvo vida marital con el de cujus por lo menos desde el momento en que este accedió a los beneficios de la pensión. Si por el contrario, es la compañera permanente la que prueba que mantuvo relación marital con el causante a partir de la obtención de sus beneficios pensionales, y además, cumple con los dos años de convivencia, es ella la titular del derecho a la sustitución de la pensión.

En las propias palabras de la Sala Laboral, “con todo, y sin perjuicio de todo lo dicho, debe recordar la Corte que si bien el hecho de haber procreado los cónyuges o compañeros permanentes un hijo, exonerá a quien pretende la pensión de sobreviviente de la obligación de acreditar la convivencia durante los dos años anteriores al fallecimiento del pensionado, en los casos regulados por la Ley 100 de 1993, no la exime de demostrar que hizo vida marital con el pensionado “por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez”, como lo exige el artículo 47. Dado que esa fue la inteligencia del tribunal no erró al interpretar el precepto correctamente aplicado. Conviene rememorar que esta Corporación en sentencia del dos de marzo de 1999 (radicación 11245) había precisado que sólo el requisito de la convivencia durante los dos años anteriores al fallecimiento puede ser suplido con el de haber procreado con el pensionado uno o más hijos, criterio que ahora se reitera”¹⁶⁸.

168 Radicación 11245,. Magistrado Ponente: José Roberto Herrera Vergara.

168 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de julio 18 de 2000 Rad. 14118. Magistrado Ponente: José Roberto Herrera Vergara.

Vale la pena aclarar que de presentarse una convivencia simultánea (cónyuge y compañero permanente), la beneficiaria de la pensión de sobreviviente, en primer término, es la esposa, siempre y cuando cumpla con los requisitos de los artículo 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 dentro de los cuales no se contemplan las circunstancias en que se produjo la ruptura de la convivencia con su cónyuge, vale decir, si ésta se dio por causas imputables al causante o no. Por lo tanto el elemento de “culpabilidad” en la separación no tiene vigencia ni efecto alguno pues ha sido excluido en la normatividad vigente. En efecto, anterior a la Ley 100, el Decreto 1160 de 1989 en su artículo 7º consagraba que el cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho éste que se demostrará con prueba sumaria.

En sentencia de octubre 10 de 2001 radicación No. 16462, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Magistrada Ponente Dra. Isaura Vargas Díaz manifestó que “En este orden de ideas, se tiene que a falta del cónyuge es beneficiario de la sustitución pensional el compañero permanente o compañera permanente según corresponda; entiéndese que falta el cónyuge, según lo dispone el artículo 6º del Decreto (1160) citado, en los siguientes casos: por muerte real o presunta, por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico, y por divorcio; pero también se entiende que falta el cónyuge para efectos de que la compañera o compañero permanente puedan adquirir el derecho a la sustitución pensional cuando aquél, con anterioridad al fallecimiento del causante, ha perdido ese derecho sin que posteriormente lo haya recobrado por haberse restablecido la vida en común de los casados, puesto que el espíritu que orienta las normas que rigen la sustitución pensional a cargo de los empleadores particulares es el de proteger a la persona que en realidad prestó asistencia y compañía al trabajador o a la persona pensionada hasta el momento de su fallecimiento, claro está que sin perjuicio del cónyuge que no lo pudo hacer por culpa del causante”.

Por otro lado, es de especial interés que las manifestaciones (documentos) que el causante suscribió, relativos a quien tiene el derecho a sustituirlo en su pensión como sobreviviente, no exoneran a las interesadas de cumplir los requisitos tipificados en la ley. Estas tan solo demuestra que éste negó el reconocimiento de la sustitución pensional a la cónyuge o a la compañera permanente, pero en ningún momento un mejor derecho para la primera. La negativa que allí consta no es prueba del hecho que favorece a la cónyuge sobreviviente; pero tampoco es prueba de un hecho que pudiera beneficiar a la compañera permanente, por no

ser demostrativo de uno de los que según la ley tenga virtualidad extintiva del derecho a la sustitución de la pensión que la misma ley reconoce a la cónyuge¹⁶⁹. Así mismo, para los casos en los cuales el empleador haya reconocido derechos de pensión de sobreviviente al cónyuge supérstite, el compañero o compañera permanente del finado debe dirigir su demanda en contra no solo del empleador sino también en contra de aquel. De lo contrario no estará completa la legitimación en causa por pasiva, pues de no ser así, se le estaría privando al reconocido beneficiario su derecho de réplica y contradicción dentro del proceso. En sentencia de marzo 12 de 1999 radicación No. 11326 la Corte afirma que: "Como quedó anotado, la sentencia en alusión explicó que, cuando entre los presuntos beneficiarios se presenta controversia, el empleador debe abstenerse de resolver. No se dijo en aquel entonces qué pasa si el empleador se atribuye la facultad de decisión, otorgando el derecho a alguno o algunos de los reclamantes y denegándolo a otro u otros que se dicen titulares del mismo. Bajo tal hipótesis, la solución dada por el empleador puede ser la correcta de acuerdo con la ley; pero también puede no serlo, como en el sub. examine, pues el empleador denegó derecho a quien en principio lo tiene conforme a la ley. En este último evento se presenta una de dos situaciones: 1. Que al beneficiario excluido por el empleador le asista igual derecho que a aquel a quien se hizo el reconocimiento; y 2. Que su derecho descarte el de éste último.

Para definir lo anterior es necesario que la demanda se dirija contra el empleador puesto que éste no se ha liberado de la obligación; y también contra el beneficiario reconocido por el empleador; de lo contrario no estará completa la legitimación en la causa por pasiva; porque no sería razonable que, quien fue satisfecho en su pretensión, aunque resuelta sin autoridad para ello, inusitadamente se vea privado del derecho reconocido, sin que se le haya dado la oportunidad de discutir judicialmente su prerrogativa".

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia aclara que no hay ruptura en la continuidad de la relación cuando por razones de fuerza mayor la pareja de compañeros permanentes se ve forzada a no cohabitar. Así, por ejemplo, en caso en que alguno de los compañeros permanentes se vea en necesidad de permanecer en un centro de salud por tiempo indeterminado, este periodo no suspende los dos años de convivencia continua requeridos para la sustitución de pensión de sobreviviente.

169 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. *Sentencia de junio 2 de 2000, Radicación 13852, Magistrado Ponente: Germán G. Valdés Sánchez.*

De los criterios anteriores, podemos concluir que la normatividad vigente sobre sustitución de pensión de sobreviviente por parte del compañero o compañera permanente se estructura bajo el entendido que se debe proteger en primer lugar a la persona que estuvo al lado del causante desde el momento en que accedió a sus beneficios pensionales y hasta su muerte. Si es la compañera o compañero permanente el que acudió y cuidó al fallecido y se hizo acreedor al beneficio, la Ley 100 de 1993 no exige que se haga el estudio de los requisitos de la Ley 54 de 1990, para saber si existió unión marital de hecho o no. Solamente se exigen aquellos tendientes a demostrar una convivencia durante los años anteriores al deceso del pensionado. La Ley 100 guarda armonía con la Constitución de 1991, al proteger efectivamente la unión de hecho y la familia nacida de vínculo natural. En definitiva, encontramos que en esta materia se accede al derecho de sustitución de pensión, no por la naturaleza de la relación, sino por la demostración del hecho objetivo de la convivencia con el pensionado fallecido.

2.10 RÉGIMEN SUCESORAL

La Ley 54 de 1990 ni la Ley 979 del 2005, no habla de la vocación hereditaria para los compañeros permanentes. No obstante, “(...) algunos doctrinantes consideran que al equiparar los compañeros permanentes a los cónyuges o solicitar que se le reconozca porción conyugal plena o complementaria, con lo cual, ni se causarían perjuicios, ni se desconocerían derechos a terceros, ya que en tales casos, estarían concurriendo con ellos, además de que con la porción matrimonial, se establecería un mínimo de protección económica para el compañero o compañera permanente, en todos los órdenes”.¹⁷⁰

2.11 LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA¹⁷¹

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido la encargada de seguir el proceso en el caso de las uniones libres en favor de la mujer, generalmente la parte más débil de la relación, por factores económicos, culturales y sociales en general. Esta jurisprudencia sentó las bases de una corriente renovadora que condujo a profundas transformaciones legislativas en los años treinta, al otorgar ciertos derechos patrimoniales a las relaciones concubinarias. De estas

¹⁷⁰ MANRIQUE RAMÍREZ, Gilberto. *La unión marital de hecho*. Monografía. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho. P. 19

¹⁷¹ Trabajo realizado con la colaboración de Josué F. García Fernández, estudiante de la Universidad de los Andes.

decisiones aparecieron teorías como la sociedad de hecho, el contrato de trabajo y la *actio in rem verso* en las relaciones concubinarias.

Desde la expedición de la Ley 54 de 1990, la Corte Suprema de Justicia continuó con su desarrollo jurisprudencial, ya que como se mencionó, hasta esta fecha se había encargado fundamentalmente en desarrollar la institución del concubinato logrando concederle ciertos efectos. Luego de la expedición de la ley en 1990, los criterios de la Corte se inclinaron hacia el desarrollo de los puntos establecidos por el legislador, al igual que los parámetros constitucionales y los fallos que sobre el tema la Corte Constitucional había expedido. La jurisprudencia es unánime, en cuanto protege el espíritu del legislador, al igual que establece puntos claros para determinar los casos en los que se da el surgimiento de la institución de la unión marital de hecho y consecuentemente el de la sociedad patrimonial.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 54 de 1990 la Corte Suprema, tanto en su Sala Civil, como en la Sala Laboral, ha continuado su importante labor de definir las pautas de interpretación de esta norma, resolviendo diversos casos en casación dentro de los cuales ha definido los criterios respecto a:
(ver gráfico 15)

A continuación, únicamente se analizarán dos líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, a partir de problemas jurídicos, enfocados hacia temas y cuestionamientos diferentes. El primero de estos problemas es: si el concubinato es equiparable a la unión marital de hecho en sus efectos patrimoniales y jurídicos, y el segundo problema jurídico a tratar será: si es necesario que la unión marital de hecho cumpla con los requisitos de tiempo para que sea considerada como una sociedad conyugal. Este análisis se hará mediante el sistema de línea jurisprudencial¹⁷², ubicando las sentencias proferidas por esta Corte en un gráfico bipolar que tendrá como tronco común el problema jurídico planteado. Posteriormente procederemos a enunciar las subreglas que se infieren de las posiciones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias que consideramos relevantes para dicho análisis.

Para dar inicio al análisis objeto de este texto, deben entonces enunciarse y exponerse brevemente las sentencias y los apartes de las mismas que consideramos relevantes e idóneos para el desarrollo de las líneas jurisprudenciales.

¹⁷² 172 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Ed. Legis, Bogotá D.C. 2002. p.p. 55-60

2.11.1 Primera línea: Plantea el problema de si ¿es para la Corte Suprema de justicia, el concubinato equiparable a la unión marital de hecho en sus efectos patrimoniales y jurídicos?

2.11.1.1 Sentencias de la corte relacionadas con el problema jurídico

Las primeras tres sentencias que utilizaremos, fueron proferidas por la Corte Suprema de Justicia en el año de 1988¹⁷³ y 1990¹⁷⁴. Como grupo, encontramos útil comenzar por los mencionados fallos, ya que, consideramos que a pesar de ser previos a la Ley 54 de 1990 encargada de regular la unión marital de hecho, son una base sólida y fundamental para comenzar la investigación sobre la posición de la corte en el tema que ataña al primer problema jurídico que planteamos.

En estas tres primeras sentencias, se hace evidente con los apartes seleccionados, que la Corte Suprema de Justicia previamente a la vigencia de la Ley 54 de 1990, adoptaba una posición diferenciadora de la unión marital de hecho o lo que se consideraba concubinato, con el matrimonio solemne. Estas diferencias se harán evidentes en las subreglas que enunciaremos una vez hayamos ubicado las sentencias en el grafico bipolar.

Gráfico 15

Áreas	Ejes temáticos
1) Civil	1-Sociedad de hecho entre concubinos 2-Aplicación en el tiempo de la Ley 54 de 1990. 3-Requisitos de la unión marital de hecho. 4-Simultaneidad de unión de hecho y matrimonio (singularidad). 5-Responsabilidad civil extracontractual
2) Laboral	-Sustitución de pensión de jubilación por el compañero permanente.
3) Procesal	1-Conflictos de competencia entre jurisdicción de familia y jurisdicción civil respecto al conocimiento en casación de la existencia, disolución y liquidación de sociedades de hecho y sociedades patrimoniales. 2-Diferencias entre el proceso de existencia y el proceso de disolución y liquidación de sociedades patrimoniales. 3-Declaración judicial como requisito para pedir disolución y liquidación de sociedad patrimonial. 4-Valor del interés para recurrir en casación. 5-Término de un año a partir de la disolución de la sociedad conyugal para la existencia de la sociedad patrimonial.

173 Colombia, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia de 1988 junio 22. Magistrado Ponente: Bonivento Fernández, José Alejandro. Y Colombia, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia de 1988 septiembre 23. Magistrado Ponente: Romero Sierra, Rafael.

174 Sentencia de 1990 febrero 07. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. M. P. Marín Naranjo, Héctor

Sentencia No 1:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 1988 junio 22

Ponente: Bonivento Fernández, José Alejandro

Tesis

“Es cierto que la demandante contrajo matrimonio cuando aún estaba ligado por el matrimonio (...), (...) pero el tribunal no tuvo en cuenta este hecho como determinante de la relación social que reconoce en la sentencia. Apenas, como punto de partida temporal para precisar el momento en que pudo surgir el propósito de asociación. Y es que en forma oportuna advierte la existencia de esa situación pero no encuentra que la vida en concubinato hubiera podido determinar por sí sola el pacto social entre la demandante con (...) Y es que “per se” no se pueden derivar de una unión extramatrimonial las consecuencias viciadas pretendidas o reclamadas por el censor, porque no todo concubinato puede ser el móvil para la existencia de la sociedad de hecho. Además, el tribunal no reconoció el carácter de conyugal a la relación de la demanda para decidir la litis, por lo cual no pudo aplicar las reglas de los artículos 1774, 180 y 1820. Todo lo hizo girar en torno a la sociedad de hecho, que difiere de la conyugal, que emana precisamente, del matrimonio”.

Sentencia No 2:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 1988 septiembre 23

Ponente: Romero Sierra, Rafael

Tesis:

“La doctrina ha considerado que al lado de las sociedades regularmente constituidas o de derecho y de las irregulares o de hecho que nacen de la expresión de un consentimiento manifiesto de las partes, pero que no alcanzan a formarse en la categoría de las sociedades de derecho por ausencia de alguna de las solemnidades requeridas por la ley o de algunos de los factores esenciales para la formación del contrato social, hay también sociedades de hecho originadas en la colaboración de dos o más personas que unan sus esfuerzos en la realización de determinadas operaciones de carácter económico o de explotación pecuniaria, encaminadas a obtener comunes beneficios, y que de tales circunstancias puede deducirse el consentimiento implícito de formar la sociedad. A partir de la sentencia de 30 de Noviembre de 1935, la Corte ha admitido que entre concubinos puede darse la existencia de una sociedad de hecho, de las que se forman a virtud de un consentimiento implícito, pero a condición de que se reúnan no solo los elementos propios del contrato en general y los específicos del de sociedad sino también los que exige la sociedad celebrada por dos sujetos unidos por relaciones sexuales estables y notorias (...)”

Sentencia No 3:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 1990 febrero 07

Ponente Marín Naranjo, Héctor

Tesis

“(...) Igual camino debe seguirse en el presente caso, puesto que aquí también la parte actora ha deprecado, de manera primordial, la declaratoria de existencia de una sociedad de hecho con el demandado, sin que al escrito incoativo del proceso hubiese acompañado prueba, siquiera sumaria, de la misma. No se discute que el procedimiento instituido por el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 627 y siguientes, tiene una fase orientada a controvertir la existencia de la sociedad cuya disolución y liquidación se solicita. Pero mientras que allí el debate, gira en torno a la desvirtuación de las pruebas que, en obedecimiento de lo prescrito en el artículo 628, hubiesen sido acompañadas a la demanda como requisito para su admisibilidad, en el ordinario, aún teniéndose que abordar el mismo tipo de problema, ello se hace ya desde una perspectiva diferente, toda vez que ab initio y en su totalidad la carga de la prueba le ataña a quien persiga el efecto jurídico derivado de la declaratoria de existencia de la sociedad. Se podría objetar que se trata de una diferencia de matiz, la que, por sí sola, no sería bastante para justificar la dualidad de procedimientos. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla como eso, por cuanto, tal como ya se hizo ver en el auto inicialmente trascrito, bien puede suceder que el interesado no cuente con la prueba que se debe adjuntar a la demanda. Esta ausencia de prueba es, con exactitud, la que aquí, al igual que en muchas otras hipótesis, le sirve de causa o motivo al acogimiento de la vía ordinaria, desde luego, que lo perseguido no será otra cosa que la pura declaración del derecho. Como es evidente, otro sería el enfoque del problema si en el ordenamiento positivo se contase con una regla conforme a la cual la prueba de la existencia de la sociedad de hecho fuera de carácter solemne, ya que en semejante hipótesis la ausencia de ésta no podría ser llenada ni aun con la declaración que al respecto se hiciese en la sentencia. Cabalmente porque tal norma no impera es por lo que el artículo 628 del Código de Procedimiento Civil, en su inciso final, autoriza que “tratándose de sociedades no inscritas bastará acompañar prueba siquiera sumaria de su existencia y representación”, siendo este precepto el que, sopesado desde su ángulo negativo, permite arribar a la conclusión que ahora se prohíja.

(...) debe la Sala empezar por recordar que en Colombia, si bien de le han reconocido a la concubina, en su calidad de tal, ciertos y determinados derechos

-sobre todo en el campo de la seguridad social-, esos derechos, en lo que respecta a una sociedad de bienes creada o surgida a raíz de la sola convivencia more uxorio extramatrimonial, no existen. No olvida la Sala que un respetable sector de la doctrina se ha esforzado por extender, analógicamente, la sociedad de bienes que, por el hecho del matrimonio, se crea entre los cónyuges a la relación de concubinato. Mas, en la medida en que aquella sociedad es excepcional, no sólo por su creación legal sino también -y por sobre todo- por su carácter marcadamente universal, esos esfuerzos son vanos, entre otras cosas porque chocan con perentoria disposición legal. En efecto, el artículo 2082 del Código Civil es del siguiente tenor: "Se prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes y venideros o de unos u otros. "Se prohíbe, así mismo, toda sociedad de ganancias, a título universal excepto entre cónyuges. "Podrán, con todo, ponerse en sociedad cuantos bienes se quiera, especificándolos". Todo ello, sin embargo, no ha sido óbice para que la jurisprudencia, consciente de la realidad y presta a enmendar situaciones inequitativas, le haya abierto el paso desde vieja data a un cierto tipo de sociedad que bien puede desarrollarse entre quienes viven en amancebamiento. Se trataría, según la jurisprudencia, de una sociedad surgida de los hechos o por los hechos. Pero, como también ha sido dicho, la evaluación de su realidad se debe llevar a cabo con prescindencia del concubinato para lo cual es indispensable que se tengan en cuenta los siguientes aspectos cuya preterición, de otro modo, crearía confusión, y por ende, podría conducir a la admisión de una sociedad conyugal de bienes de carácter irregular: a) La convivencia entre los amantes no genera, por sí sola, comunidad de bienes, incluso por más prolongada que fuere aquélla; b) Por lo tanto, la razón de ser de la sociedad, no se halla en la mera cohabitación, sino en el aporte de bienes o, más generalmente, en la recíproca colaboración de la pareja en una actividad económica con miras al logro de un propósito común; c) Si el concubinato, por sí solo, carece de la aptitud legal para forjar una sociedad de bienes, tampoco la tiene para hacer presumir su existencia" lo que, a su vez, no quiere decir que, paralelamente a la relación netamente personal o afectiva entre el concubinario y su concubina, no pueda apuntar otra de una neta significación patrimonial; d) En fin, si el concubinato no tiene porqué proyectar ninguna influencia sobre la sociedad, ello sólo lo es en la medida en que ésta no haya surgido, justamente, con el propósito de mantener aquél, pues si es así, viene a ser palmaria la ilicitud de la causa en la sociedad (...) Deteniendo la atención en la affectio o animus societatis, precisa recordar que tal elemento, en el caso de la sociedad de hecho entre concubinos, no tendría una connotación diferente a la que le corresponde en cualquier otro tipo de sociedad, y que, en este orden de ideas, tal ingrediente es el adecuado para diferenciar la sociedad de la mera comunidad, o, en su caso, de la relación laboral, desde luego que allí va implicado el carácter dinámico e igualitario de la participación

de los socios, dirigida ésta a la percepción de unos rendimientos económicos. Dinámico, se dice, por oposición a la actitud pasiva o de simple expectación; ese dinamismo, por supuesto, representa que al fondo social se lleven bienes, o, incluso, la propia energía laboral, pues no de otra manera es posible aspirar a que se obtengan beneficios comunes. Igualitario, porque riñe con la propia esencia de la sociedad el que pueda haber sujeción o sometimiento de uno de los socios hacia otro, en la esfera dentro de la cual la sociedad se desarrolla.

Por otro lado, este ánimo o voluntad de asociarse puede perfectamente desarrollarse y sostenerse dentro de las circunstancias domésticas y laborales en que transcurrió la vida en común de las partes del presente litigio. De hecho, la *affection societatis* no entraña una dedicación exclusiva a la actividad reputada como social, como que, según se vio atrás, lo que en ella urge es su carácter dinámico e igualitario. Por mejor decirlo, la permanencia no debe ser tomada como sinónima de ocupación total del tiempo en los quehaceres destinados a cumplir con el objeto social, pues el ángulo desde donde jurídicamente se la ha de mirar es el de su continuidad, estabilidad o invariabilidad. Como de esta manera lo entendió el Tribunal, su apreciación no merece ser tildada de errónea. En fin, a pesar de que ciertas respuestas aparezcan influidas por el carácter sugestivo adjudicable a las correlativas preguntas, ello no tiene porqué traducirse en la radical ineficacia demostrativa de las atestiguaciones ya que, como lo ha predicado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte, bien puede ser admisible cierto grado de su gestionabilidad cuando él se presenta en personas que por su escasa formación intelectual no son capaces de expresar sus ideas con la debida propiedad; eso sí, siempre y cuando la fuerza persuasiva de la declaración permanezca arraigada en sus restantes notas distintivas, sobre todo en la que tiene que ver con la satisfactoria explicación de la razón de la ciencia del dicho del testigo, como es lo sucedido en este caso, según ya ha sido puesto de presente. En el anterior orden de ideas, se concluye que, aun cuando el Tribunal hubiera incidido en el error de hecho que el recurrente le achaca al suponer la prueba de que la actora empleaba su sueldo en el mantenimiento de su familia, visto ello como una de las formas de participación societaria, al no hacerse ostensible o protuberante esa misma clase de yerro en el aspecto concerniente al aporte brindado por María Dufay en la chatarrería de Juan Aníbal, pues el juicio del *ad quem*, no se halla en contravía de lo que representan la lógica y el sentido común, el fundamento del fallo continúa incólume".

A partir de este punto procederemos a enunciar y exponer brevemente las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y los apartes de las mismas, posteriores a la promulgación de la Ley 54 de 1990.

Sentencia No 4:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 1994 mayo 06

Ponente: Jaramillo Schloss, Carlos Esteban

Tesis

“Como bien lo advirtió el Tribunal de Cali en la sentencia impugnada y se trata sin duda de un aspecto de significativa importancia que inexplicablemente pasa desapercibido a todo lo largo de la censura, desde el año de 1935 la jurisprudencia de esta Corporación, tomando pie en dictados de elemental equidad que en buena medida coinciden con los que inspiran el régimen hoy en día instituido por la Ley 54 de 1990 sobre “Uniones Maritales de Hecho”, reconoció que el concubinato puede ser fuente de legítimos efectos entre quienes a esta forma de vida se acogen, siendo una de esas eventuales secuelas la de abrirlle paso, a través de la “actio pro socio” y cumplidas desde luego las precisas condiciones que en derecho pueden justificar la utilización de instrumento semejante, a la partición por mitad de los bienes fruto del esfuerzo común de los amantes y a la consecuencial distribución de los beneficios económicos por ambos obtenidos. El núcleo de esta doctrina radica en el artículo 2083 del Código Civil y por sabido se tiene, ella se pone de manifiesto en un cuerpo coherente de conceptos de entre los cuales cobran especial relevancia los siguientes: a) En primer lugar y haciendo de lado por supuesto aquellas situaciones de características especiales que deben entenderse regidas en la actualidad por la Ley 54 de 1990 - toda vez que dentro del marco de este estatuto legal el criterio dominante es el opuesto -, se entendió siempre de acuerdo con la doctrina en referencia que la convivencia concubinaria por prolongada que fuere, siendo un estado de hecho y a diferencia de lo que en el matrimonio ocurre, no genera per se régimen económico alguno entre los concubinos;... b) Siendo cierto, entonces, que el concubinato por sí solo no trae consigo la consecuencia de producir la división por iguales partes de un “patrimonio común” susceptible de reputársele formado de modo presuntivo entre los convivientes, también es verdad que ello no excluye la posibilidad de que entre ambos llegue a existir una sociedad regular o de hecho frente a la cual el concubinato, bueno es recordarlo, apenas si juega un papel circunstancial, de mera ocasión si así prefiere expresarse, y jamás puede tenerse como elemento constitutivo del contrato social. En efecto, dentro del desenvolvimiento de la unión concubinaria puede acontecer que la cohabitación y el trato afectivo que la caracteriza, ninguna repercusión tengan en el ámbito patrimonial, pero así mismo es factible que las cosas no se presenten de manera tan sencilla.... c) En este orden de ideas y aludiendo

al segundo de los eventos descritos en el párrafo precedente, la sociedad de hecho entre concubinos, dado que no puede concebírsela sino como nacida de un consentimiento implícito inducido de las circunstancias particulares que cada caso concreto ofrece, demanda de ellos un comportamiento permanentemente activo y voluntariamente buscado cuya manifestación específica debe hallarse en los llamados “hechos asociantes” practicados por los dos (...)".

Sentencia No 5:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 1994 agosto 11

Ponente Marín Naranjo, Héctor

Tesis

“(...)Pues bien, con anterioridad a la Ley 54 de 1990, norma que no es aplicable a este asunto, en forma permanente sostuvo la Corte que por el solo hecho del concubinato no se forma sociedad alguna entre los amantes, pero que puede acontecer que entre ellos surgiera en forma paralela y con identidad propia una sociedad de hecho, caso en el cual debía reunir, además de los requisitos de toda sociedad, otros que la jurisprudencia halló necesarios (...) Luego, si en gracia de discusión se admite que el Tribunal no dedujo de aquellas probanzas la existencia del concubinato, tal yerro sería intrascendente por cuanto que, por ese mero hecho no surge ni se presume la pregonada sociedad de hecho. De otro lado, con justicia le restó credibilidad a la testigo porque reiteradamente insistió en la mentira de haber presenciado la adquisición de los lotes por la demandante, en contraevidencia con otras pruebas y con la propia demanda. Finalmente, se deduce este otro corolario: Que, contrariamente a lo que estima el recurrente, si le incumbe a la actora demostrar la affectio o animus societatis, es decir, la voluntad concreta de los concubinos asociarse y obtener ganancias o pérdidas de la especulación, y no solo el deseo de uno de ellos de obtener tal fin porque no está implícito en la relación concubinaria. Es más, es este elemento el que permite diferenciarlo de la colaboración mutua que suele presentarse entre los amantes (...)”

Sentencia No 6:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 1994 octubre 25

Ponente García Sarmiento, Eduardo

Tesis

“Por tanto, si un cónyuge se encuentra privado de poder exigir las obligaciones al otro por causa de que éste fue muerto por la actitud culposa de una tercero, el sobreviviente está legitimado para reclamar de dicho tercero el resarcimiento del daño padecido por la muerte de su consorte. Aunque no sea exacto el símil, el tercero responsable asume las obligaciones, desde luego asumibles, que tenía a su cargo el cónyuge fallecido. Lo mismo puede predicarse de los herederos del causante cuyo óbito es causado por el hecho culposo de un tercero. La unión marital de hecho no constituye, empero, para el derecho civil una situación o estado sancionado expresamente por la norma positiva, en cuanto un compañero permanente, por esa unión, pueda exigirle al otro precisos comportamientos y determinadas prestaciones, por ejemplo no tiene tutela jurídica para reclamarle alimentos o el cumplimiento del deber de fidelidad. Por consiguientes se pone en duda por lo menos si éstos tienen legitimación para exigir resarcimiento de los daños y perjuicios que el hecho negligente, descuidado o imprudente de un tercero le cause por herir o matar a su compañero permanente”.

Sentencia No 6:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 2000 marzo 07

Ponente Ramírez Gómez, José Fernando

Tesis

“Antes de expedirse la ley 54 de 1990, mediante la cual se reguló la denominada sociedad marital de hecho y la sociedad patrimonial que de ella emerge, en las hipótesis previstas en dicho ordenamiento, la doctrina de la Corte venía sosteniendo que la mera unión extramarital de una pareja carecía de aptitud para generar comunidad de bienes o sociedad de hecho, cualquiera que fuese el tiempo durante el cual se hubiere prolongado, pero apoyada en elementales postulados de equidad, desde la sentencia de 30 de noviembre de 1935, admitió la conformación de sociedades de hecho entre concubinos, reconociendo que, paralelamente a la cohabitación y trato afectivo propios de dicha relación, entre ellos podía gestarse otra de carácter patrimonial dirigida a una meta común, en la cual tuviese venero una sociedad de la naturaleza indicada, nacida de la conjunción de esfuerzos en una actividad económica que les reportase beneficio. De estas circunstancias, se consideró factible inducir la voluntad implícita de constituir una sociedad de esta clase, distinta en todo caso, a la simple relación personal de los concubinos. En la formación de sociedades de tal estirpe, además de concurrir los elementos propios del contrato en general, es necesaria la convergencia de los requisitos específicos del contrato de sociedad, como son, el aporte de los asociados, su intención de lucrarse con las actividades desarrolladas en la empresa común, el “animus o affectio societatis” y la voluntad de repartirse las ganancias o pérdidas resultantes de la actividad social. La affectio societatis o intención de asociarse, es el elemento anímico o psicológico que perfila la sociedad y permite diferenciarla de otras figuras como la comunidad o la relación laboral, habida cuenta que involucra la voluntad de los socios de participar activa e interesadamente en la empresa social, en un plano de igualdad, toda vez que lleva incito su propósito de contribuir, en la medida de sus capacidades, al desarrollo del objeto social, en condiciones de igualdad con los otros asociados, por virtud del ánimo de lucro que los alienta (...) se reitera que la sociedad de hecho entre concubinos, puede nacer de su colaboración en la realización de ciertas operaciones de carácter económico, dirigidas a la obtención de beneficios comunes. Estas circunstancias de las cuales puede inferirse un consentimiento implícito de conformarla, son las que precisamente ofrece el asunto bajo estudio, pues de los actos de cooperación realizados por la pareja en las actividades comercial y agrícola, relatados por los testigos, se vislumbra su ánimo certero de asociarse económicamente con el fin de sacar provecho de ese esfuerzo común”.

Sentencia No 7:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 2000 septiembre 20

Ponente Trejos Bueno, Silvio Fernando

Tesis

“Pero hoy puede afirmarse que la unión marital de hecho tiene jerarquía constitucional, mas únicamente en cuanto la Constitución Política admite que la familia no tiene como único origen el matrimonio, vínculo jurídico, sino también el vínculo natural que se da entre un hombre y una mujer que deciden conformarla de manera libre y responsable; pero la Carta no la equipara al matrimonio, ni señala los requisitos para que se constituya, ni los efectos que produce; todo ello ha quedado para que sea la ley la que los determine, mas no se puede soslayar que el reconocimiento de la unión marital de hecho dentro del ordenamiento jurídico nuestro obedece a la idea de la protección de la familia única, y no a la dispersión de ésta.

Desde esa perspectiva histórica y actual se observa que la ley 54 de 1990 regula los efectos de orden económico, pero a condición de que la existencia de unión de hecho obtenga homologación judicial, lo cual quiere decir que aunque por su naturaleza nace de los hechos y para su iniciación no se requiere cumplir formalidad alguna, esos efectos quedan condicionados a que mediante sentencia se declare su existencia.

(...) el legislador sabedor de que muchas son las uniones de hecho que se integran con personas que son o han sido casadas con terceros, previó que no concurrieran dos sociedades patrimoniales, la conyugal que se conformó por razón del matrimonio anterior y la patrimonial entre compañeros permanentes; igualmente previó que si uno de los compañeros permanentes contrae matrimonio con persona distinta, se disuelve la sociedad marital patrimonial precedente. En ese orden de ideas, resulta perfectamente admisible, lógico y coherente pensar que el legislador no tuvo en mente dar cavidad en cambio, a la coexistencia de sociedades patrimoniales nacidas de la unión marital de hecho,...

(...) para que exista unión marital de hecho debe estar precedida de una comunidad de vida que por definición implica compartir la vida misma formando una unidad indisoluble como núcleo familiar, ello además de significar la existencia de lazos afectivos obliga el cohabitar compartiendo techo; y de carácter permanente, lo

cual significa que la vida en pareja debe ser constante y continua por lo menos durante dos años, reflejando así la estabilidad que ya la Corte reconoció como aspecto fundamental de la relación, reduciendo a la condición de poco serias las uniones esporádicas o efímeras que no cumplen con tal requisito. La explicación de la característica de singular que el citado artículo primero contempla, no es más que la simple aplicación de lo hasta aquí dicho en torno al objetivo de unidad familiar pretendido con la unión marital de hecho, por cuanto la misma naturaleza de familia la hace acreedora de la protección estatal implicando para el efecto una estabilidad definida determinada por una convivencia plena y un respeto profundo entre sus miembros en aplicación de los mismos principios que redundan la vida matrimonial formalmente constituida, pues, como se indicó, se pretendió considerar esta unión como si lo único que faltara para participar de aquella categoría fuera el rito matrimonial que corresponda".

Sentencia No 8:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 2001 noviembre 16

Ponente Ardila Velásquez, Manuel

Tesis

“Un parangón, por simple que él sea, entre lo que señala la censura y el breviario de la sentencia, denota prontamente que el cargo tiene por cimiento una inexactitud. En el fallo jamás se sostuvo, ni de lejos, la teoría jurídica de que a la unión marital obsta el simple hecho de que alguno de sus miembros “comparta” con una tercera persona. Antes bien, el juzgador es del parecer de que lo que impide el éxito de la demanda es la coexistencia de relaciones del mismo género, esto es, cuando hay uniones maritales paralelas. No otra cosa es la que se puede colegir de sus propias palabras, al decir que Otto mantenía simultáneamente dos relaciones “maritales” con diversas señoras, al punto de que en “ambas uniones” hubo descendencia y las sostuvo hasta la hora de la muerte. En todo caso, allí -en dichas palabras- no hay acomodo para la afirmación del censor, en el sentido de que el fracaso de su demanda se debió a que el tribunal entiende que la relación que con un tercero obstruye los efectos de la unión marital es una cualquiera, por intrascendente o anodina que sea. Porque lo que se echa a ver es que para el ad quem la relación de Otto con Fabiola, de cara a todo el caudal probatorio recogido en autos, revistió las mismas características de la que, a un tiempo sostenía también con Margarita; por ello afirmó, entre otras cosas, que con ambas hubo descendientes y que en las dos casas tenía pertenencias y objetos personales. O lo que es lo mismo: el tribunal halló que Otto tenía dos compañeras permanentes, (...) única manera esa, por lo demás, como es comprensible que hablase de simultaneidad de relaciones maritales, pues la expresión de que se valió pone al descubierto que aludía a la coetaneidad de cosas iguales. Por modo que a otras expresiones, que ciertamente aparecen en el fallo, tales como de que Otto tenía otra relación “similar” y que la ley 54 de 1990 exige que ninguno de los compañeros “comparta” con un tercero, no pueden tomarse aisladamente -como lo deja entrever la recurrente- no más que para atribuirles un significado que ni remotamente concibió el tribunal”.

Sentencia No 9:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 2001 diciembre 12

Ponente Santos Ballesteros, Jorge

Tesis

“Bajo la perspectiva y orientación del primer cargo, según lo indicado, estima pertinente la Corte abordar el tema propuesto, tal como lo considera el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 al determinar que “para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular”. Sobre el particular es preciso reiterar que en la Constitución Política de 1991 se reconoce no solo al matrimonio como fuente de la familia que promete proteger el estado, sino también la constituida por un hombre y una mujer con voluntad responsable de conformarla, como lo señala el artículo 42, inciso primero de la Carta. Lo anterior significa que el estado colombiano reconoce y promete proteger tanto la familia matrimonial como la extramatrimonial, siempre que esta última sea formada por un hombre y una mujer que lo hagan de manera responsable y seria y asumiendo las obligaciones que implican formar parte de un grupo familiar, de tal manera que para configurar la familia matrimonial solamente faltara el vínculo conyugal. Esta Corporación puntualizó que, la unión marital de hecho, es una comunidad formada por un hombre y una mujer, sin impedimento para que puedan casarse, (...) La comunidad de vida, o comunidad vital o consorcio de vida, es pues un concepto que como acaba de apreciarse está integrado por elementos fácticos objetivos como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia, y subjetivos otros, como el ánimo mutuo de pertenencia, de unidad y la affectio maritalis, que unidos además a la descendencia común y a las obligaciones y deberes que de tal hecho se derivan, concretan jurídicamente la noción de familia. Destaca la Corte cómo derivado del ánimo a que se ha hecho referencia, deben surgir de manera indubitable aspectos tales como la convivencia de ordinario bajo un mismo techo, esto es la cohabitación, el compartir lecho y mesa y asumir en forma permanente y estable ese diario quehacer existencial, que por consiguiente implica no una vinculación transitoria o esporádica, sino un proyecto de vida y hogar comunes que, se insiste, no podría darse sin la cohabitación que posibilita que una pareja comparta todos los aspectos y avatares de esa vida en común. Por tanto la permanencia referida a la comunidad de vida a la que alude el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 debe estar unida, no a una exigencia o duración o plazo en abstracto, sino concretada en la vida en común con el

fin de poder deducir un principio de estabilidad que es lo que le imprime a la unión marital de hecho, la consolidación jurídica para su reconocimiento como tal. En consecuencia, insiste la Corte, la comunidad de vida permanente y singular, a voces de la ley 54, se refiere a la pareja, hombre y mujer, que de manera voluntaria han decidido vivir unidos, convivir, de manera ostensible y conocida por todos, con el ánimo y la intención de formar una familia con todas las obligaciones y responsabilidades que esto conlleva. El artículo 42 de la Constitución Política señala que la familia es el núcleo esencial de la sociedad y como tal debe protegerse por el Estado, la que puede constituirse por vínculos jurídicos o naturales o por la voluntad responsable de conformarla, disposición que sirve de fundamento al artículo 1º. de la Ley 54 de 1990, norma que como ya se dijo, precisa que la unión marital de hecho es la formada por un hombre y una mujer que sin estar casados hacen comunidad de vida permanente y singular, es decir, que el Estado protege esta unión por cuanto es una de las fuentes de la familia como consecuencia de una decisión libre de la pareja de conformarla, esto es, de compartir la vida mediante una comunidad de vida permanente y singular, con iguales propósitos y fines, a fin de proporcionarse mutuamente ayuda y socorro de manera estable y permanente, para lo cual los compañeros deben compartir los aspectos fundamentales de su vida, dado que la sola unión esporádica no garantiza la permanencia, ni demuestra la intención de conformar una familia”.

Sentencia No 10:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 2002 noviembre 29

Ponente Ardila Velásquez, Manuel

Tesis

“Ahora bien; el contexto de la acusación permite afirmar que la impugnante comparte el criterio del tribunal no sólo en cuanto a que la materia de la unión marital de hecho y de la sociedad patrimonial se encuentran reguladas por la ley 54 de 1990, sino también en lo relativo al entendimiento que a esa Corporación le merece el artículo 2º de esa norma en lo atinente a que “(...) si los compañeros son solteros y conviven maritalmente en el bienio consagrado por la ley, sencillamente, tal maritalidad hace presumir la sociedad patrimonial; si hubiere algún lazo matrimonial de cualquiera de los compañeros permanentes con terceras personas, se hace indispensable para presumir la sociedad patrimonial, que las respectivas sociedades conyugales se hayan disuelto y liquidado en el término reclamado por la ley”. De manera que en punto a la norma aplicable para el caso litigado y a su interpretación por el aludido aspecto, no deja ver la recurrente discrepancia alguna con el juzgador; pues que su inconformidad tiene que ver exclusivamente con el análisis probatorio realizado por aquél, como que le reprocha no otra cosa sino el haber exigido, como presupuesto fáctico de un eventual reconocimiento de la existencia de la sociedad patrimonial, la comprobación de que Mauricio Alberto Díaz Díaz, señalado como compañero permanente de la demandante, era soltero, requiriendo para el efecto la partida de bautismo o la copia del acta de registro civil del mencionado personaje, “sin nota marginal”. Y es este preciso aspecto, se repite, y en realidad sólo éste, el que la acusadora combate: requerimiento demostrativo semejante no venía al caso, alega ella; el hombre nace soltero -aduce- (tanto como nace libre, podría agregarse) y tal estado constituye una presunción natural que obra mientras no se arrime la partida o certificado de matrimonio respectivo. Se equivocó entonces el tribunal, afirma todavía, al exigir como prueba del celibato la partida de bautismo con nota marginal, pues la ausencia de ese documento no “convierte” al aludido caballero en persona casada, desde luego que no se acreditó la celebración de ese acto. Y por si fuera poco, y a modo de añadido, la recurrente dedica el último aparte de su cargo al análisis de los testimonios recaudados, ello en el ánimo de exaltar cómo sí existió la unión marital de hecho reclamada en el escrito introductorio. El yerro pues a que alude el discurso de la impugnadora no constituye en forma alguna un error de juicio o juris in judicando -lo cual correspondería a la vía directa escogida por la impugnante-, sino un error facti in judicando (...).”

Sentencia No 11:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 2003 febrero 12

Ponente Ardila Velásquez, Manuel

Tesis

“(...) Porque, a la verdad, en el fallo no se sostuvo ni con mucho que la unión marital se configura o se equipara con una simple amistad permanente, como tampoco que su subsistencia queda trunca cuando alguno de sus miembros ha tenido relaciones sexuales con una tercera persona. Antes bien, el juzgador fue del parecer de que entre los elementos de fondo de la unión marital se cuentan de un lado, la permanencia marital, que se traduce en estabilidad familiar, y de otro, la singularidad, entendida como la inadmisible presencia “dentro de un mismo lapso temporal, de otra relación marital fáctica”; no de las “intrascendentes, eventuales o fugaces” según palabras del propio tribunal.... De donde se desprende que denegó las pretensiones, no porque haya hecho la equivalencia entre compañera y amiga permanentes, ni porque entendió que la citada ley dispone la absoluta fidelidad sexual so pena de desvirtuar la unión marital de hecho, sino por considerar, con apoyo en las probanzas abastecidas al litigio, que no se cumplieron dos de los elementos de fondo para su conformación”.

Sentencia No 12:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 2003 septiembre 10

Ponente Ardila Velásquez, Manuel

Tesis

“En la base de todo se encuentra el concubinato, que así era uso y costumbre denominarlo, esto es, la convivencia de hombre y mujer, como si de matrimonio se tratara. Hecho social estigmatizado a través de los tiempos, pues se consideró que socavaba en lo más profundo los cimientos de la institución matrimonial. Es así que, con tal parecer, reprobada fue esa forma natural de vida, por el hecho de no observar la forma que el matrimonio apareja. El código civil, sin embargo, muy atento del desenvolvimiento social, trató de mitigar en parte tan deshonroso señalamiento, y no ignoró del todo su realidad ontológica, como que a más de dar una idea de lo que por tal debía entenderse, quiso reconocerle algunos efectos en bien de la prole, llegando incluso a consagrar, con criterio de semejanza de lo que acontece en el matrimonio, la presunción de paternidad de los hijos de la mujer que de tal modo vivía, vale decir, públicamente con un hombre “como si fueran casados” (artículos 328 y 329), y amén de regular lo relativo al cuidado y la crianza de los hijos, permitía, aunque en casos muy reducidos, investigar la filiación natural. Mas el adelantamiento fue pasajero, porque a poco andar el código, tan solo algunos días después de su adopción, fue derogado por la ley 153 de 1887. Allí empezó una etapa caracterizada por un largo silencio legislativo, hasta el punto que la existencia misma del concubinato, equivalía paradójicamente a la nada. Pudiera decirse que en ese ámbito el Derecho era antinómico, porque en vez de recoger la realidad y aprisionarla en normas jurídicas, regulando el caso como mejor le pareciese, prefería callar, tal vez bajo el pretexto de que aludir al tema implicaba favorecer la práctica de lo ilegal, sin percibir que el silencio es terreno abonado para los excesos y las iniquidades, y que el Derecho, en cuanto arrostra lo que existe, antes bien, es orientador de conductas y cumple con sus fines.... Concepción esa de la que buenamente se suelta una característica que bien hace al caso que ahora se decide, y es la naturaleza familiar de la relación. Justamente se ve en la unión un núcleo familiar, pues que la convivencia y la cohabitación no tienen por resultado otra cosa. La pareja se une y hace vida marital.... El Estado entiende así que tutelando el interés familiar tutela su propio interés y que del fortalecimiento de la familia depende en gran parte su suerte. Aun la formada por los “vínculos naturales”, pues que la naciente figura debe su origen, no necesariamente a un convenio, sino a una cadena de hechos. La

voluntad no es indispensable expresarla, va envuelta en los hechos; y aunque se ignorase las consecuencias jurídicas, igual se gesta la figura; total, es la suma de comportamientos humanos plurales y reiterados, sin solución de continuidad en el tiempo. De modo de afirmarse que la unión marital no tiene vida, vale decir, no nace, sino en cuanto que se exprese a través de los hechos, reveladores de suyo de la intención genuina de mantenerse juntos los compañeros; aquí a diferencia del matrimonio, porque al fin y al cabo casarse, no obstante ser uno de los pasos más trascendentales del ser humano, puede ser decisión de un momento más o menos prolongado, la unión marital es fruto de los actos conscientes y reflexivos, constantes y prolongados: es como la confirmación diaria de la actitud. Es un hecho, que no un acuerdo, jurídico familiar.

Y para centrar sin tardanza el análisis que es menester, es muy de notar que la ley preceptuó, como requisito indeficiente, que los compañeros no estén casados. Hay que entender que dicha locución se refiere a que no estén casados entre sí; pues de estarlo, sus relaciones tanto personales como económicas serían las dimanantes del matrimonio; aserto que definitivamente lo apuntala la consideración de que si el casamiento es con terceras personas, no es impedimento para la unión, ni para la sociedad patrimonial con apenas cumplir la condición consagrada en el segundo artículo de la misma ley, o sea, que la sociedad conyugal esté no solamente disuelta sino liquidada. De intento se quisieron traer hasta este punto todas las cosas que referidas quedan, desde luego que es respecto de la última de las sobredichas exigencias que gravita la especie de esta litis. Por cierto, el tema alude a que estando de por medio una sociedad conyugal, la ley dice que no puede surgir la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes si ya no es que aquella está, además de disuelta, liquidada. Y en el caso de ahora, disuelta estaba por el hecho de la muerte de uno de los cónyuges, mas pendiendo su liquidación. Según el espíritu que desde todo ángulo de la ley se aparecía, así de su texto como de su fidedigna historia, en lo que, por lo demás, todos a una consienten, el legislador, fiel a su convicción de la inconveniencia que genera la coexistencia de sociedades -ya lo había dejado patente al preceptuar que en el caso del numeral 12 del artículo 140 del código civil, segundo matrimonio no genera sociedad conyugal, según se previó en el artículo 25 de la ley 1^a de 1976, que reformó el 1820 del código civil- aquí se puso en guardia nuevamente para evitar la concurrencia de una llamada conyugal y otra patrimonial; que si en adelante admitía, junto a la conyugal, otra excepción a la prohibición de sociedades de ganancias a título universal (artículo 2083 del código civil), era bajo la condición de proscribir que una y otra lo fuesen al tiempo. La teleología de exigir, amén de la disolución, la liquidación de la sociedad conyugal, fue entonces rigurosamente económica o patrimonial: que quien a formar la unión marital llegue, no traiga consigo

sociedad conyugal alguna; sólo puede llegar allí quien la tuvo, pero ya no, para que, de ese modo, el nuevo régimen económico de los compañeros permanentes nazca a solas. No de otra manera pudiera entenderse cómo es que la ley tolera que aun los casados constituyan uniones maritales, por supuesto que nada más les exige sino que sus aspectos patrimoniales vinculados a la sociedad conyugal estén resueltos; en lo que no deja de llamar la atención, precisamente, que casos habrá en que la subsistencia del vínculo matrimonial (verbigracia, cónyuges meramente separados de cuerpo o de bienes), no empecé la formación de aquellas uniones, y que así se vea que el adulterio -que no otra cosa es la que allí se ve- resulte generando efectos de la más diversa laya; de un lado, constituye motivo suficiente para dar al traste con el matrimonio mismo, toda vez que está erigido como causal de divorcio, y de otro, permitiendo la gestación de una nueva vida doméstica con ciertos efectos jurídicos; su naturaleza varia es concedida por la gracia que pocas veces se ve: ser a la par, creador y extintor de efectos jurídicos. A no dudarlo, con una función polivalente porque una misma conducta es a la vez objeto de reproche y amparo legal. Empero, el cuestionamiento que se hizo a la permisión de que los casados formen uniones maritales de hecho, cuestionamiento que se fundó en que de ese modo no había voluntad responsable de constituir una familia fue desechado por la Corte Constitucional,... respuesta extraña porque se antoja que el planteamiento del actor apuntaba más a que el hecho de abandonar una familia para constituir otra, ya era de suyo irresponsable, independientemente del comportamiento en el nuevo seno familiar. Lo que dicha respuesta constitucional implicaría es que no importa que se acabe una familia con tal que en la nueva haya un comportamiento responsable. Parece ser el momento propicio para puntualizar que, con arreglo a lo dicho, no es cierto que los viudos, por el hecho de tales, fueron exceptuados por la ley y que frente a ellos no cabe exigir la liquidación de la sociedad conyugal. Porque si lo que se busca es atajar a toda costa la multiplicidad de sociedades, en principio el asunto debe predicarse de todos los eventos en que exista ese riesgo, son que importe averiguar, subsecuentemente, por la existencia de impedimentos para contraer matrimonio, como con desventura pudiera inferirse de las descuidadas voces del segundo artículo de la ley comentada. Y son descuidadas porque de primera intención pareciera que la liquidación de la sociedad conyugal sólo se exige para quienes, además, tuvieran impedimento para casarse, pues que aquel requisito no figura sino en la segunda de las hipótesis de la norma. Pero, lo erróneo está en creer que donde no haya impedimento para casarse, no hay que hablar, por sustracción de materia, de sociedad conyugal, suponiéndose equivocadamente que allí no pueden haber sino solteros, y de ahí que el artículo comentado nada dijese sobre liquidaciones en la primera hipótesis; se olvidó que personas hay como los viudos que, sin tener impedimento para casarse, tuvieron sociedad conyugal, disuelta sí por causa de la muerte del cónyuge, pero aún sin liquidarse.

Lo propio cabe decir frente al caso de nulidad de matrimonio: desaparecido el lazo matrimonial no tienen por este aspecto impedimento para casarse de nuevo, pero pueden cargar ilíquida la sociedad. Para decirlo en breve, pensóse, algo muy cuerdo por demás, en la necesidad de separar las situaciones de los que jamás han tenido sociedad conyugal con los que la tienen o la tuvieron; pero la terminología empleada para ello fue desafortunada. Una interpretación racional y sistemática de la disposición autoriza a decir, así, que en todo evento, sin reserva de especie alguna, anduvo exigiéndose la liquidación de la sociedad conyugal.... Que la mera disolución es lo que a la conyugal pone fin, lo dice el hecho de que justo es en ese momento cuando queda fijado definitivamente el patrimonio de ella, es decir, sus activos y pasivos, y entre unos y otros se sigue una comunidad universal de bienes sociales, administrados en adelante en igualdad de condiciones por ambos cónyuges (o, en su caso, por el sobreviviente y los herederos del difunto). En dicha comunidad apenas sí tienen los cónyuges derechos de cuotas indivisas, y se encuentran en estado de transición hacia los derechos concretos y determinados; como en toda indivisión, allí está latente la liquidación. Pero jamás traduce esto que, en el interregno, la sociedad subsiste, porque, como su nombre lo pone de relieve, la liquidación consiste en simples operaciones numéricas sobre lo que constituye gananciales, con el fin de establecer qué es lo que se va distribuir, al cabo de lo cual se concreta en especies ciertas los derechos abstractos de los cónyuges.... Por todo lo visto, dentro del espíritu de la Constitución no tiene justificación el exigir la tal liquidación de la sociedad conyugal, razón que conduce a afirmar que por causa del tránsito normativo esa parte de la ley 54 deviene insubsistente. Rememórase a este propósito la legendaria regla según la cual la Constitución tiene la virtud “reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente”, de tal suerte que toda disposición legal “anterior a la constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente”; regla esa que con mayor énfasis ha de predicarse hoy por fuerza de que la Carta actual se define como norma de normas”.

Sentencia No 13:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 2003 octubre 28

Ponente Valencia Copete, César Julio

Tesis

“En torno de la sociedad de hecho entre concubinarios, en forma reiterada y uniforme ha venido señalando la doctrina jurisprudencial cómo debe diferenciar el juzgador con total nitidez en lo que consiste esa común actividad patrimonial entre ellos respecto de una determinada empresa, de lo que únicamente es el ámbito de los afectos que los mismos internamente lleguen a prodigarse...Con otras palabras, es claro que quienes, sin estar ligados por vínculo matrimonial alguno, deciden cohabitar como marido y mujer bajo un mismo techo y lecho, esa convivencia por sí misma, al no ir más allá de las manifestaciones íntimas, no alcanza por tanto a constituir comunidad de bienes, ni a configurar ningún tipo de sociedad o compañía de índole pecuniaria. No obstante lo precedente, averiguado está que cuando, a la par con esa vivencia sentimental, ellos deciden aunar esfuerzos encaminados a formar un capital a través de los correspondientes aportes, con el propósito de repartirse entre sí las ganancias o las pérdidas derivadas de la especulación, entonces ahí sí hay lugar a afirmar que aparece estructurada una verdadera sociedad de bienes, formada por los hechos. En esta última eventualidad, por supuesto que le corresponde al interesado acreditar fehacientemente todos los elementos esenciales que estructuran una sociedad, vale decir, el *animus societatis* o sea la intención de asociarse - distinta del interés individual de los socios -, el aporte de los consocios destinado al desarrollo y explotación de la compañía, o en sentido más amplio, “la recíproca colaboración en la pareja en una actividad económica con miras al logro de un propósito común” así como también la pretensión de obtener una utilidad económica repartible o de asumir, de consumo, las pérdidas que puedan originarse de ella. En conclusión, en procesos como el que ahora ocupa la atención de la Corte, resulta absolutamente necesario establecer cómo, amén del concubinato, la vida en común de quienes, sin lazo connubial alguno entre sí pero a semejanza de los casados, se extendió en forma paralela, sin dependencia o subordinación ninguna, hacia la decidida colaboración conjunta de otra actividad de lucro, con la firme intención de obtener las respectivas utilidades”.

Sentencia No 14:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 2004 noviembre 18

Ponente Valencia Copete, César Julio

Tesis

“En principio, ninguna dificultad se ofrece para los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho, cuando entre los compañeros permanentes no media impedimento matrimonial; no obstante, a pesar de no existir ningún impedimento, si alguno de los compañeros - o ambos - ha tenido un vínculo previo, matrimonial o de otra índole, que ha generado consecuencias económicas - como ocurriría tratándose de viudos, divorciados o con sociedad marital antecedente -, surge el interrogante, para el inicio de una sociedad patrimonial, acerca de la necesidad de que el patrimonio anterior esté disuelto y liquidado, o si ello, por el contrario, no hace falta, o si, simplemente, basta lo primero”.

Sentencia No 15:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 2004 noviembre 25

Ponente Munar Cadena, Pedro Octavio

Tesis

“(..) Como es diáfano en ese texto, adopta el constituyente, en lo relativo a su conformación, un criterio abierto y dúctil que se contrapone a los principios férreos y cerrados que otrora caracterizaron el ordenamiento jurídico nacional en el punto; por supuesto que, sin ambages de ninguna especie, se admite que la familia se forma, no solo a partir del vínculo matrimonial, sino, también, por la voluntad libre y responsable de la pareja de conformarla, sin mediar, en este caso, ningún ligamen jurídico de aquellos que surgen para ella cuando está unida por matrimonio. Circulan de ese modo, pues, por cauces constitucionales, los principios orientadores de disposiciones legales de diverso orden, entre ellas, fundamentalmente, la ley 54 de 1990, por medio de la cual se definieron las “uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros”. La unión marital de hecho, al tenor del artículo 1º de la citada ley, es la “formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida, permanente y singular”. Destácase en tal definición que las uniones de esa especie se caracterizan porque: a) son de carácter heterosexual, requisito que salta a la vista y que se aviene con las exigencias constitucionales según las cuales la familia se forma por la decisión de dos personas de sexo opuesto de conformarla; b) por la ausencia de vínculo jurídico de carácter conyugal entre los compañeros, pues el ingrediente fáctico de la institución es evidente, inclusive, en su propio nombre; c) por la comunidad de vida permanente y singular de los compañeros, es decir, que la cohabitación de la pareja - de un hombre con una mujer - no debe ser accidental ni circunstancial, sino que debe estar guiada por un criterio de estabilidad. De todas estas peculiaridades débese destacar acá, porque el asunto así lo exige, el relativo a que los compañeros permanentes no se encuentren casados entre sí, es decir, que la aludida unión marital de hecho no debe estar precedida por un vínculo de naturaleza conyugal entre los compañeros, exigencia esta que, además de ser clara y puntual en el precepto, la impone la naturaleza de esa clase de relaciones. Desde luego que el objetivo de la ley 54 de 1990 no fue otro, que el de regular aquellas relaciones concubinarias (designación peyorativa que cambió con acierto) establecidas al margen de la formalidad del matrimonio. No se ocupa la ley, ni esa es su finalidad, de crear sociedades patrimoniales en aquellos casos en los cuales la ley las proscribe para las uniones matrimoniales. Subsecuentemente, si la pareja contrajo

matrimonio, cualquiera que fuese su naturaleza, queda sustraída del régimen propio de las uniones maritales de hecho, debiendo someterse, por tanto, a la regulación propia del derecho matrimonial; por supuesto que las uniones maritales de hecho están signadas esencialmente por un elemento fáctico consistente en la comunidad de vida permanente y singular de la pareja, en la que, a diferencia del matrimonio, la cohabitación no es una mera finalidad que pretendan satisfacer o el cumplimiento de un deber, o un propósito que bien podría no alcanzarse sin que por ello se afecte la existencia y validez del vínculo; por el contrario, se trata de una realidad palpable y tangible de cuya existencia depende la de la unión marital de hecho. En otros términos, en el matrimonio la cohabitación de los esposos es una consecuencia y un deber recíproco que se desprende de las nupcias, las cuales le preceden, sin que, por supuesto, ella condicione la existencia o validez del vínculo; esa cohabitación, en cambio, es el presupuesto de existencia de la unión marital de hecho. La ausencia, pues, de nupcias, cualquiera que fuese su naturaleza y la indispensable comunidad de vida entre los compañeros permanentes, son dos características de las uniones maritales que las distinguen y divorcian del régimen matrimonial.... El régimen de la ley 54 de 1990, reiterase, aún a riesgo de fastidiar, tuvo por finalidad regular las uniones maritales que no estuviesen precedidas de vínculo conyugal, bajo el entendido de que de existir éste, así no generase sociedad conyugal o estuviese viciado de nulidad, debía sujetarse a las normas que lo reglamentan, las cuales, no sobra decirlo, no fueron reformadas mediante tal estatuto. Habiendo, pues, admitido el casacionista que la demandante y el demandado contrajeron realmente nupcias en la República de Venezuela, matrimonio que el Tribunal invalidó por existir, respecto de él, vínculo conyugal no disuelto, debe concluirse que no hay lugar a la formación entre ellos de unión marital de hecho y que, subsecuentemente, se encuentran sometidos al régimen legal previsto para el enlace matrimonial, incluso, los declarados nulos".

2.11.1. 2 Grafica de la línea jurisprudencial

Ahora que hemos enunciado y expuesto las sentencias y los apartes de las mismas que consideramos relevantes e idóneos para el desarrollo de la línea jurisprudencial, procederemos a graficarla con base en el problema jurídico planteado: (*ver gráfico 16*)

Gráfico 16

SI SON EQUIPARABLES	NO SON EQUIPARABLES
	<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 1988 junio 22. M. P. Bonivento Fernández, José A.
	<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 1988 septiembre 23. M. P. Romero Sierra, Rafael
	<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 1990 febrero 07. M. P. Marín Naranjo, Héctor
	<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 1994 mayo 06 M. P. Jaramillo Schloss, Carlos Esteban
	<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 1994 mayo 06 M. P. Jaramillo Schloss, Carlos Esteban
<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 2000 marzo 07 M. P. Ramírez Gómez, José Fernando	
	<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 2000 septiembre 20 M. P. Trejos Bueno, Silvio Fernando
	<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 2001 noviembre 16 M. P. Ardila Velásquez, Manuel
	<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 2001 diciembre 12 M. P. Santos Ballesteros, Jorge
	<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 2002 noviembre 29 M. P. Ardila Velásquez, Manuel
	<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 2003 febrero 12 M. P. Ardila Velásquez, Manuel
	<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 2003 septiembre 10 M. P. Ardila Velásquez, Manuel
	<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 2003 octubre 28 M. P. Valencia Copete, César Julio
	<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 2004 noviembre 18 M. P. Valencia Copete, César Julio
	<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 2004 noviembre 25 M. P. Munar Cadena, Pedro Octavio

2.11.1.3 Subreglas

Continuando con el orden planteado al comienzo de esta parte del trabajo, procederemos a exponer las subreglas que derivamos de los fallos anotados de la Corte Suprema de Justicia relacionados con el primer problema jurídico planteado.

- No todo concubinato puede ser el móvil para la existencia de la sociedad de hecho.
- Derechos, en lo que respecta a una sociedad de bienes creada o surgida a raíz de la sola convivencia more uxorio extramatrimonial, no existen.
- La sociedad de hecho entre concubinos, puede nacer de su colaboración en la realización de ciertas operaciones de carácter económico, dirigidas a la obtención de beneficios comunes.
- Para que exista unión marital de hecho debe estar precedida de una comunidad de vida que por definición implica compartir la vida misma formando una unidad indisoluble como núcleo familiar, por lo menos durante 2 años
- El Estado protege la unión marital de hecho por cuanto es una de las fuentes de la familia, pero no el concubinato, pues la sola unión esporádica no garantiza la permanencia, ni demuestra la intención de conformar una familia
- Para la unión marital de hecho no necesariamente se necesita de un convenio, sino de una cadena de hechos.
- Si el concubinato, por sí solo, carece de la aptitud legal para forjar una sociedad de bienes, tampoco la tiene para hacer presumir su existencia
- La unión marital de hecho, es una comunidad formada por un hombre y una mujer, sin impedimento para que puedan casarse
- Aunque la ley 54 de 1990, es un texto anterior a la Constitución de 1991, su lectura e interpretación no puede ser extraña a los valores y principios que esta última consagra
- La unión libre entre el hombre y la mujer, también es una forma legítima de constituir la familia, merecedora de toda la protección legal y de la aceptación social.

2.11.2. La segunda línea gira en torno al segundo problema:

¿Es necesario para la Corte Suprema de Justicia, que la unión marital de hecho cumpla con los requisitos de tiempo para que sea considerada como una sociedad conyugal?

Con base en este segundo problema jurídico enunciado debe tenerse en cuenta la subregla derivada en la línea jurisprudencial anterior. Pero para efectos académicos, encontramos interesante hacer un breve análisis sobre como interpreta la Corte el tiempo en las uniones maritales de hecho previas a la promulgación de la ley 54 de 1990.

2.11.2.1 Sentencias de la corte relacionadas con el segundo problema jurídico

Ahora, frente a este segundo problema jurídico, resulta importante para su desarrollo tener en cuenta las siguientes sentencias:

Sentencia No 16:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil
Sentencia de 2001 abril 20
Ponente Ramírez Gómez, José Fernando

Tesis

“No empecé al silencio legislativo, explicable históricamente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia de casación civil de 30 de noviembre de 1935..., orientada por postulados de equidad, empezó a dar respuesta justa, así fuera parcialmente, a esa familia de hecho, al admitir la posibilidad de reconocer la existencia de una sociedad patrimonial de hecho entre los concubinos, pero no como formación necesaria de la relación personal extramatrimonial, sino como un acto jurídico autónomo y con entidad propia, que simplemente hallaba en la comunidad personal el ambiente propicio para su incubación, pero sin que éste pudiera entenderse como un mecanismo de estímulo y fomento de la relación concubinaria. para tal efecto, la doctrina, que desde ese momento empezó a construir la Corporación, sumó a los elementos propios de la sociedad de hecho, otros que estaban destinados a caracterizar esa particular sociedad patrimonial que eventualmente se podía gestar entre quienes estaban unidos por un simple vínculo amatorio: que se tratara de una actividad común de las dos personas, cuyo fin no fuera fomentar el concubinato y que la común explotación de empresa apareciera nítidamente como tal, y no

que simplemente se presentara como una manifestación de la vivienda común extendida al manejo de los bienes de cada uno.

Aunque la ley 54 de 1990, es un texto anterior a la Constitución de 1991, su lectura e interpretación no puede ser extraña a los valores y principios que esta última consagra, esto es, verla como una preceptiva con una vocación de equidad e igualdad, pero sin que necesariamente se pueda concluir en una asimilación absoluta entre matrimonio y unión marital de hecho, porque sin duda alguna lo que sus normas procuran es reconocer, como luego lo hizo el artículo 42 de la Constitución Política, que la unión libre entre el hombre y la mujer, también es una forma legítima de constituir la familia, merecedora de toda la protección legal y de la aceptación social.

La irretroactividad de la ley es el principio que prevalece en la legislación universal. Por regla general se considera que la ley no puede tener efectos hacia el pasado.... Desde luego que el sistema jurídico del país no es ajeno a este postulado, porque la propia Constitución lo consagró como principio general en el artículo 58, donde acudiendo a una de las teorías que sustentan la irretroactividad de la ley, la de los "derechos adquiridos", dejó por sentado que las normas rigen para el futuro cuando expresamente declaró la garantía de "la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores", para seguidamente agregar que, "Cuando de la aplicación de la ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado debe ceder al interés público o social", que es ciertamente una relativización del principio inicialmente concebido. Principio este que igualmente reconoció el artículo 30 de la Constitución de 1886, vigente para cuando se promulgó la ley 54 de 1990. De manera que la retroactividad de la ley, o la retrospectividad o "la aplicación inmediata", según la terminología del recurrente, son excepciones al principio general de irretroactividad, cuya fundamentación está íntimamente ligada con la necesidad de amparar la seguridad jurídica en los términos del inciso 2º del artículo 2º de la Constitución. De ahí, entonces, que la irretroactividad de la ley se torne en una garantía para la protección de los derechos adquiridos, pero también de los intereses legítimos, porque cuando de conductas se trata está de por medio el valor fundamental de la libertad, merecedor de la mayor de las tutelas, que se manifiesta precisamente en la opción de elegir de conformidad con la significación legal que a la misma se le ha dado.

Por su parte, la doctrina con el fin de zanjar la eventual y concreta oposición entre retroactividad e irretroactividad de la ley, ha morigerado el alcance del principio

de irretroactividad acudiendo a dos excepciones, ambas con respaldo legal en el ordenamiento jurídico colombiano: las leyes interpretativas, que se entienden incorporadas a la interpretada y las leyes de orden público, a las cuales además de otorgárseles un carácter imperativo, derogatorio de la convención particular, se les implica directamente con la prevalencia del interés general sobre el particular o privado. Por consiguiente, sendos tipos de leyes se prodigan de un efecto inmediato, como lo es el procurado por el recurrente con respecto a la ley 54 de 1990.

Siendo el acto legal de naturaleza eminentemente constitutiva, pues, se repite, es el que crea o tipifica el nuevo fenómeno jurídico, llamada "sociedad patrimonial entre compañeros permanentes", sujeto a un régimen propio hasta entonces inexistente y con pautas formativas distintas a las de la situación tratada por la jurisprudencia por la vía de la sociedad de hecho, sin necesidad de entrar a hacer un abstracto ejercicio en torno a derechos adquiridos, con lógica jurídica enmarcada en pautas de equidad y justicia, inevitablemente se tiene que concluir en la negación de cualquier efecto retroactivo o retrospectivo de la ley, porque lo cierto es que la única disposición no subsume el factum anterior, por cuanto ella misma lo excluye en el artículo 2º, cuando establece, además de otras condiciones antes no concebidas, los dos años de la unión marital como requisito para que opere la presunción legal de existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, que es claramente el tiempo que la ley señaló para que la norma pudiera ser utilizada como fundamento de una decisión judicial, pues no debe olvidarse que por encima de cualquier consideración atinente al reconocimiento de un hecho social (unión extramatrimonial), lo que de ella resulta trascendente y que es lo que convoca a esta decisión, es el otorgamiento de una tutela jurisdiccional perfectamente identificable, pero diferida en el tiempo a los dos señalados años de unión marital.

Descartado así el carácter imperativo de la ley 54 de 1990, y por contera su naturaleza de orden público, el último resollo argumentativo de la aplicación inmediata queda apagado, porque si la norma es supletoria de la voluntad de los compañeros permanentes, la novedosa ley no puede aplicarse a las relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a su vigencia, por cuanto allí prima la voluntad y la autonomía de las partes, que libremente adecuaron su conducta al régimen jurídico para entonces vigente, pues al fin de cuentas la aplicación o no de la ley que introduce la nueva regulación a las situaciones o relaciones jurídicas preexistentes, tiene que ver con ese específico carácter, porque de él depende que ésta se considere como de orden público, y por ende, con un contenido implicado con el interés general o el "interés público o social", como lo consagra el artículo 58 de la Constitución Política, que es el principio que por prevalecer

sobre el interés individual o privado (artículo 1º Constitución Política) impone de manera excepcional la aplicación inmediata de la nueva ley”.

En esta sentencia, existe un salvamento de voto que resulta bastante interesante, por lo que procederemos a enunciarlo.

Salvamento de voto a sentencia de 2001 abril 20
Autor: Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio

“Con el acendrado respeto que le profeso a los señores Magistrados que integran la Sala, me permito expresar las razones por las cuales debo disentir de los motivos que llevaron a la Corte a concluir que la Ley 54 de 1990 no tiene efectos retrospectivos, razón por la cual, a juicio de mis distinguidos y calificados colegas, los dos años que son necesarios para que se presuma la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, sólo pueden contarse a partir del primero de enero de 1991. Debo señalar, (...) que mi cordial disentimiento no atañe a la decisión desestimatoria del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal, puesto que, en el proyecto que sometí a la consideración de la Sala, propuse la misma determinación, sólo que por razones diferentes, relativas, en materia casacional, a la intrascendencia de la acusación, como quiera que, en cualquier caso, no se habían acreditado en el proceso todos los supuestos necesarios para que la sentencia fuera estimatoria. Mi discrepancia radica, entonces, en la motivación, pues la Corte consideró que el sentenciador había interpretado correctamente la ley aludida, al negarle efectos retrospectivos, criterio que no puedo compartir, toda vez que, además de hipersevero y de no estar en plena consonancia con el texto, ni con el espíritu de la prenotada ley, en mi modesto entender, no está conforme con la centuria de evolución jurisprudencial y doctrinal -nacional e internacional sobre la materia.

Es así, en lo que concierne al Derecho Colombiano, como la ley 54 de 1990, en inequívoca y consecuente respuesta a una realidad que el legislador no pudo -ni quiso- seguir desconociendo (*leges debent usibus humanis accommodari*), terminó otorgándole efectos económicos allamado-hasta entonces-concubinato, denominado por esa normatividad como “unión marital de hecho” -la que emerge en el cosmos jurídico desde el mismo momento en que un hombre y una mujer, por su libérrima decisión, resuelven conformar una familia-, efectos aquellos que, traducidos en el nacimiento de una “sociedad patrimonial entre compañeros permanentes”, quedaron condicionados a la consolidación en el tiempo -dos años- de esa unión...

Ahora bien, tal como lo reconoce la sentencia de la que respetuosamente me aparto, el punto central materia de discusión estriba en establecer si para los efectos jurídico-patrimoniales aludidos, puede tenerse en cuenta el tiempo transcurrido con anterioridad a la promulgación de la ley, concretamente si la relación familiar en comento ha continuado bajo la vigencia de la nueva normatividad. A mi juicio la respuesta es afirmativa,... En primer lugar, si bien es cierto que la Ley 54 de 1990 es anterior al nuevo ordenamiento constitucional, vigente desde el 4 de julio de 1991, en el que se reconoció que la familia podía constituirse “por vínculos naturales o jurídicos”, no debe el intérprete, al momento de establecer la eficacia en el tiempo de las disposiciones de aquella normatividad, fundamentarse en un argumento absolutamente temporal para retraerse de aplicar el mandato constitucional, cuya vigencia y teleología no es posible ignorar.

La Constitución colombiana, en el ámbito interno, simplemente se refirió a algo que, de antaño, ya existía, al paso que tan sólo lo reconoció explícitamente en la esfera constitucional. De ahí que la familia constituida por vínculos naturales goce de protección constitucional, así se haya conformado con anterioridad a la vigencia de la Carta, criterio éste que debe insuflar o permear todo el ordenamiento positivo, incluida por supuesto la ley 54 de 1990, debiendo marginarse entonces aquella interpretación que, aun cuando respetable, deja sin amparo a la familia así conformada, para negarle un efecto patrimonial, a pretexto de que el tiempo de convivencia transcurrido con anterioridad a dicha ley, no debe ser tenido en cuenta para el cómputo de los dos años que en ella se establece para que la mencionada sociedad nazca a la vida jurídica. Antes bien, corresponde a los jueces, como guardianes de la justicia, ahijar un criterio de hermenéutica que privilegie la institución familiar, de suerte que “tratándose, pues, de la unión marital de hecho,... -como lo ha puntualizado esta Corte-, es incuestionable que faltando tan solo la constitución del vínculo conyugal, tiene que recibir un tratamiento jurídico semejante por muchos aspectos al que merece la unión conyugal”... con todo lo que ello significa y supone, a fortiori, cuando no se quebrantan, en rigor, derechos superiores o axiomas informadores y fundantes de la ciencia jurídica.

En otros términos, con anterioridad a la ley 54 de 1990, el simple hecho de la convivencia more uxorio extramatrimonial, no generaba la constitución de una sociedad de bienes, lo cual no fue “óbice para que la jurisprudencia, consciente de la realidad y presta a enmendar situaciones inequitativas, le haya abierto el paso desde vieja data a un cierto tipo de sociedad... surgida de los hechos o por los hechos,...con prescindencia del concubinato”, pues “La convivencia entre los amantes no genera, por sí sola, comunidad de bienes, incluso por más prolongada que fuere”

De ahí que comparta el criterio mayoritario en el sentido de que la ley 54 de 1990, no puede ser aplicada a los vínculos familiares naturales que se extinguieron antes de su entrada en vigencia, pues el legislador, pudiendo hacerlo, no le concedió a esa normatividad, ni expresa ni tácitamente, el “beneficio retroactivo”, como se contempla -para el caso del matrimonio, ad exemplum- en el artículo 21 de la Ley 153 de 1887, norma según la cual dicho contrato puede “declararse celebrado desde época pretérita, y válido en sus efectos civiles”, con las limitaciones que en ella se establecen. Tales uniones, las ya extinguidas, son situaciones jurídicas consolidadas que, a menos que el legislador lo hubiere posibilitado, resultan totalmente ajenas al nuevo régimen, en cuyos supuestos de hecho no pueden enmarcarse, sencillamente porque ya no existen, vale decir, porque tales relaciones quedaron definidas y agotadas bajo la arquitectura jurídica precedente.... Sobre este particular, es adecuado resaltarlo, en orden a evidenciar que la tesis que se prohija en este salvamento está en consonancia con el pensamiento general de esta Corporación trazado desde hace más de una centuria, han sido múltiples los pronunciamientos de la Corte enderezados a reconocer que la restrospectividad de la ley no la torna retroactiva,...

Expuesto lo anterior, es necesario resaltar ahora que cuando una ley, como la 54 de 1990, se expide por razones de interés general, como que atañe -nada menos que- a las relaciones de familia, a la hora de establecer el intérprete el gobierno que ella tiene sobre los vínculos naturales nacidos con anterioridad a su promulgación y que continuaron desarrollándose bajo su imperio, ello es determinante, es necesario contextualizar la regla de irretroactividad de las leyes,...

Por tanto, el hecho de que hubiere estado vedada la “sociedad de ganancias a título universal” entre personas que no fueran cónyuges entre sí, no significa que los compañeros, para evitar los efectos de una nueva legislación habilitante, puedan alegar el derecho a que esa sociedad no nazca con fundamento en la relación familiar que, por vínculo natural, ya venía desarrollándose, ni mucho menos que como parte del derecho de dominio que cada uno tenga sobre bienes habidos en el entretanto, exista el derecho, se reitera, positivo, a que ellos no hagan parte en el futuro de una sociedad de esa estirpe....

(...) En otras palabras, contra el diamantino propósito del legislador, antes reseñado, no es de recibo afirmar que la ley sólo quiso solucionar una problemática social, pero a partir del primero de enero de 1992, cuando se cumplían dos años de la promulgación de la ley. Es incontestable que si ese hubiere sido el objetivo, el legislador habría acudido a la figura de la vacancia legal, señalando un plazo para que ella entrara en vigencia; por el contrario, como el establecimiento de un requisito temporal para la

configuración de la situación jurídica que ella regula: la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, nada tiene que ver con el momento desde el cual la ley es obligatoria, en el artículo final de aquella se señaló que dicha normatividad regía a partir de su promulgación. Bajo este entendimiento, juzgo respetuosamente que la Corte debió concluir que la Ley 54 de 1990, dada su ineluctable vigencia inmediata, se tornaba aplicable a las uniones maritales de hecho existentes al momento en que entró a regir, motivo por el cual, para el cómputo del plazo de los dos años que exige su artículo 2º, como requisito de orden temporal para que se presuma la constitución de una sociedad patrimonial, debía tenerse en cuenta el tiempo anterior a la vigencia de aquella, en tanto correspondiera a una convivencia permanente y singular entre un hombre y una mujer, como ya lo ha manifestado la Corte. Y ello es así, en efecto, porque la ley es retrospectiva, stricto sensu, conforme, se acotó, mas no retroactiva.

Por último resultará bien difícil que los justiciables entiendan que su relación familiar ha sido escindida. Que para darle efectos patrimoniales a los años convividos antes del primero de enero de 1990, deberán probar que entre ellos existió una sociedad de hecho, proceso en el que para nada sirve acreditar la convivencia, el sentimiento familiar, es decir, lo que es primordial en una familia; en cambio, respecto de los años vividos en pareja con posterioridad a esa fecha bastará con probar esa cohabitación en forma permanente por un plazo de dos años y que ninguno de los compañeros tiene otra sociedad de gananciales, para que se abran paso los efectos económicos, pese a que no hubo solución de continuidad".

Sentencia No 17:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia de 2003 marzo 20

Ponente Castillo Rugeles, Jorge Antonio

Tesis

“Con miras a establecer cómo se proyecta la ley nueva sobre una determinada situación o relación jurídica, parece conveniente examinar la cuestión a la luz de los hechos, perspectiva desde la cual se impone inferir que éstos, en relación con aquella (la ley nueva), pueden ser pasados (facta praeterita), pendientes (facta pendentia) o futuros (facta futura), de donde se deduce que las normas legales tendrían efecto retroactivo cuando se aplican a hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior (facta praeterita), o a los efectos ya realizados de situaciones aún en desarrollo (facta pendentia). Por el contrario, si la ley se aplica a consecuencias aún no realizadas, derivadas de una determinada situación fáctica, inclusive preexistente a ella, está actuando de una manera que suele serle propia, o sea, surtiendo efectos inmediatos; y si solamente se aplica a situaciones fácticas futuras, acontecerá que su eficacia es retrasada. Desde esa perspectiva se tiene que las leyes, según sean sus alcances temporales, se pueden clasificar en retroactivas, cuando actúan sobre los efectos ya cumplidos con anterioridad a su vigencia; de aplicación inmediata, cuando gobiernan todos los efectos que se produzcan desde el momento en que entra en vigor, incluidos los que se deriven de una situación surgida de antemano; y de aplicación diferida, cuando rige únicamente las situaciones que se constituyan con posterioridad a su vigencia, lo que presupone la supervivencia de la ley anterior en relación con los efectos emanados de aquellas previamente constituidas.... Puede verse, entonces, que el mencionado estatuto consagra de manera persistente el principio de la no retroacción de la ley como criterio de interpretación general que el juez debe atender, pues aun cuando el artículo 21 prescribe que una ley posterior podrá reputar como celebrado el matrimonio desde época pretérita, fácilmente se advierte que le atribuye esa potestad al legislador, no al intérprete. Síguese, pues, a manera de colofón, que incumbe al legislador fijar en cada ley el ámbito temporal dentro del cual ésta va producir sus efectos, potestad amplia y autónoma que le permite acomodar el ordenamiento jurídico a las condiciones que las nuevas manifestaciones sociales imponen y que solo encuentra valladar irreductible en el artículo 58 de la Constitución Nacional, que le impide proferir preceptos que alteren los efectos ya cumplidos con anterioridad a su vigencia, y que solamente a falta de un señalamiento expreso al respecto, emanado del legislador, compete al intérprete la tarea de determinar

los alcances en el tiempo de esa normatividad, labor que debe ajustarse, de todas formas, a las disposiciones previstas en la predicha ley 153 de 1887, teniendo siempre presente que ésta señala como criterios hermenéuticos generales los de la irretroactividad y la eficacia inmediata de la ley. De ahí que en las reseñadas providencias hubiese puesto de presente la Corte que de la lectura detenida de todo el articulado de la ley 54 de 1990 se infiere que el legislador no consagró reglas específicas encaminadas a extender hacia el pasado los efectos de la aludida legislación, ni puede entenderse que tal hubiese sido su tácito designio, ya que, por el contrario, dispuso en el artículo 9º, que esa ley “rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”, amén de que en el artículo primero fue enfático al señalar que “A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles se denomina unión marital de hecho,...”, enunciado con el cual declara, con cierta vehemencia, que todos los efectos civiles que le atribuye a las relaciones maritales que constituyen su objeto solo surgen desde su entrada en vigor, pues únicamente a partir de este momento esas situaciones tienen reconocimiento legal. Colígese, entonces, que si el legislador a quien, como ha quedado dicho, le incumbía determinar, con sujeción a los imperativos constitucionales, sus efectos temporales, extendiéndolos en el tiempo, si así lo reclamaban las necesidades sociales que intentaba remediar, se abstuvo de hacerlo, no le es dado al juzgador concederle los efectos que aquél se negó a otorgarle, puesto que él se encuentra subyugado al principio general de la irretroactividad que, como quedó visto, gobierna su labor hermenéutica. Síguese, por consiguiente que, inmediatamente entró en vigor la ley 54 de 1990, ella sometió a su imperio toda relación entre “un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen comunidad de vida permanente y singular”, a la que denominó unión marital de hecho, de modo que los vínculos que la relación de compañero o compañera comportan, los derechos y obligaciones familiares que de ella brotan, la protección jurídica y todos los demás efectos civiles que le corresponden, surgieron solamente al momento de su vigencia. Así mismo, cumplidos dos años contados a partir de su vigencia, todas aquellas uniones que reúnan las exigencias de la precitada ley, aún las que se conformaron con anterioridad, darán lugar, por vía de la presunción previstas en el artículo segundo ejusdem, a la “sociedad patrimonial entre compañeros permanentes”, puesto que, como ha quedado dicho, se vulneraría el principio de la irretroactividad de la ley si se admitiese que el aludido estatuto tiene la aptitud de atribuirle a aquellos hechos que de conformidad con la legislación anterior no eran aptos o idóneos para constituir la situación jurídica creada por la nueva ley los efectos constitutivos que ésta les atribuye”..

En esta sentencia, existe de nuevo un salvamento de voto que resulta interesante, pues se repite el pronunciamiento de la Corte en la sentencia

del 20 de abril de 2001 en razón de la irretroactividad de la Ley 54 de 1990, y un salvamento de voto muy similar al de esa misma sentencia, pero esta vez efectuado por un magistrado distinto.

Salvamento de voto a sentencia de 2003 marzo 20

Autor Ardila Velásquez, Manuel

“Aplicar una ley a situaciones que antes no estaban reguladas normativamente, no es aplicarla de manera retroactiva, por supuesto que ello supondría, tiene que suponer por antonomasia, una colisión en que se maltraten derechos surgidos al amparo de las normas cuya vigencia precisamente decae. Cuando esto no sucede, y por ende, con nada se estrella la aplicación de la norma expedida, el fenómeno es muy otro: el de la retrospectividad. Por eso llama potenteramente la atención que la sentencia de hoy, más que en la anterior, cabalgando como cabalga sobre la idea de que anteriormente no existía régimen para los concubinos, y teniendo que admitir por elementales razones de coherencia que no hay lugar para hablar así de derechos adquiridos, arme no obstante un discurso acerca de la retroactividad. Esto justifica aún más la reproducción anunciada de entrada.... Toda ley nueva supone un paso adelante frente a lo que hasta entonces existía. Muchas leyes, particularmente las que tocan con cuestiones de orden público y se encaminan a remediar injusticias sociales existentes, se dictan no sólo con el propósito de evitar que tales injusticias se produzcan en el futuro sino que se eliminan las ya producidas; o, en otros términos, que su aplicación comprenda nuevas situaciones y las anteriores, en cuanto, respecto de éstas, no se viole ningún derecho adquirido. Y cuando menos fuera mezquino alegar en el evento analizado que el derecho adquirido está en que antes de la ley 54 el ordenamiento no lo molestaba en sus bienes por amar extramatrimonialmente; y que justamente por tener garantizado que su hacienda no es repartida fue por lo que decidió convivir con una persona; que de otro modo, no hubiese amado o lo hubiese hecho con las precauciones materiales del caso. Como fue también afrentoso alegar en su momento el padre natural que engendró hijos antes de la ley 45, que nunca creyó que una ley posterior viniese a permitir que lo importunaran con investigaciones de paternidad. Defensas envilecedoras, pues que, entre otras cosas, sería hacer de la lidiabilidad humana un oficio de los más variados rendimientos”.

Sentencia No 17:

Sentencia de 2004 marzo 09

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Ponente Munar Cadena, Pedro Octavio

Tesis

“Parece oportuno recordar cómo esta Corporación ha puntualizado que la ley 54 de 1990 no puede aplicarse retroactivamente....esta Sala ha precisado que incumbe al legislador, en principio, fijar el ámbito temporal dentro del cual cada ley va a producir efectos, facultad amplia y autónoma que le permite acondicionar el ordenamiento jurídico a las circunstancias sociales entonces imperantes, de modo que al amparo de ese mecanismo le es dado remediar, inclusive, de inmediato, las injusticias que un determinado modo de ser de la sociedad ocasiona a ciertos sectores de la misma, potestad que, como es sabido, encuentra insalvable escollo en el mandato imperativo contenido en el artículo 58 de la Constitución Política Nacional, que le prohíbe vulnerar con leyes posteriores los derechos adquiridos. Empero, si el legislador omite un señalamiento explícito al respecto, compete al juez emprender la tarea de precisar las condiciones de aplicación temporal del precepto legal, labor que debe ajustarse a las disposiciones previstas en la ley 153 de 1887, incluyendo, naturalmente, cuando no encuentre dentro de ella regla específica aplicable al asunto, los principios de la irretroactividad de la ley y el de, salvo expresa excepción legal, su eficacia inmediata, los cuales se imponen como ineludibles criterios de interpretación en el punto, pues no cabe duda de que la no retroactividad de las normas legales se ofrece como una expresión cardinal de la seguridad jurídica y como un soporte tangible del estado de derecho.... Trayendo las reseñadas directrices a la aplicación de la ley 54 de 1990, habría que decir que si ésta hubiese dispuesto explícitamente que únicamente gobernaría las uniones maritales que se formasen con posterioridad a su vigencia, tal disposición tendría aplicación diferida, por cuanto regiría exclusivamente hacia el futuro, vale decir, cobijando solamente aquellas situaciones que se constituyesen con posterioridad. Por el contrario, si se dijese, cual lo propone la censura, que ella produce los efectos allí previstos respecto de relaciones consumadas con antelación y relativamente a la época que precede a su vigencia, o, lo que es lo mismo, que pudieron existir uniones matrimoniales de hecho y, por ende, sociedades patrimoniales de esa estirpe con antelación al susodicho estatuto, se le estaría dando aplicación retroactiva, efectos que, reiteradamente, la jurisprudencia de esta Corporación le ha negado. Pero si, como aquí se ha sostenido, se concluye que la aludida reglamentación gobierna no sólo las

uniones que nazcan con posterioridad al día en el que aquella entró en vigor, sino, también a las relaciones que aun cuando nacidas con anterioridad, reúnan las exigencias legales, en cuyo caso comenzaron a llamarse, desde el día en que la referida ley entró en vigor, uniones maritales de hecho, pudiendo dar origen, dos años después, a la sociedad de hecho entre compañeros permanentes, en esa hipótesis, se decía, la ley tiene eficacia inmediata o, según lo denominan algunos, aplicación retrospectiva por proyectarse sobre una situación fáctica que le precede (...)".

Salvamento de voto a sentencia de 2004 marzo 09

Autor Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio

“Puestas así las cosas, los afanes de justicia que inspiraron al legislador de 1990 al expedir la Ley 54, son absolutamente compatibles con lo que la Corte ya predicaba desde la sentencia de 18 de julio de 19564. Entonces, cabe preguntarse por qué la Corte abdica ahora del criterio de justicia que la inspiró en la decisión de 18 de julio 1956 y que reeditó en el fallo de 29 de mayo de 19975, si la Ley 54 de 1990, en el pensamiento del legislador, fue expedida para enmendar evidentes injusticias y la consonancia de esos propósitos se acompaña perfectamente con los argumentos que llevaron a la Corte a hacer de la irretroactividad de la ley un postulado no absoluto. No cabe duda que existen potísimas razones de justicia para aplicar a la Ley 54 de 1990 todos los principios, motivaciones y propósitos que ilustraron los fallos de 18 de junio de 1956 y 29 de mayo de 1997, pues el fin buscado por el legislador en la implantación de un moderno sistema registral en Colombia, si bien de innegable importancia, resulta ser subordinado y más bien de segundo orden, frente a los derechos que conciernen a la familia nacida en los hechos y a la protección debida a los concubinos y a la prole de estos. Es que la protección al núcleo familiar no sólo debe mirarse al momento de la ruptura, por su significación o equivalencia patrimonial, sino que un proyecto de vida común va necesariamente acompañado de una actividad económica conjunta, resultante de una infinita cadena de actos de micro ahorro y sacrificio, cumplidos todos en el silencio de la cotidianidad, los que sumados al trabajo invisible, iluminan con la promesa de bienestar, esperanza y solidaridad las relaciones al interior de la familia, bien sea ésta fruto de la formalidad del matrimonio o de la voluntad responsable de quienes concurren a ese proyecto de vida común. Pero si del horizonte cercenamos la solidaridad, la estabilidad, las expectativas de un futuro mejor y de un tajo minamos el terreno con la incertidumbre, el efecto disolvente sobre el núcleo familiar sería demoledor. La solidaridad es uno de los principios fundantes consignados en el artículo 1º de nuestra Carta Política y tal postulado debió ser el eje interpretativo para

repetir ahora el ejercicio hecho en el fallo de 1997, en el que se apartó la Corte del carácter absoluto del principio de la irretroactividad. Sin abusos retóricos, la Corte debió haber mantenido la tesis de la sentencia de 1997, pues aplazar la vigencia de la Ley 54 de 1990 para dos años después de su expedición, resulta ser incitador de una desbandada general de quienes se sintieran amenazados por la inminencia de entrada en vigor de una nueva legislación, hecha para proteger a las víctimas de esta injusticia social concreta. Si el legislador quería remediar injusticias sociales, no podría entenderse la Ley 54 de 1990 a la manera de una ley de punto final, con liquidación de las viejas sociedades en los hechos, ni como una exhortación al abandono y a la disgregación de los núcleos familiares, para entonces estables y vigentes. Es equivocado entender que la Ley 54 de 1990 creó un singular periodo de prueba para las relaciones vigentes, ni esta singular vacatio legis puede servir al propósito contrario del querido por el legislador, pues así, lejos de proteger la familia nacida en los hechos, se incita a su desintegración”.

2.11.2.2 Gráfica de la segunda línea jurisprudencial

Enunciadas y expuestas las sentencias y los apartes de las mismas que se consideran relevantes e idóneos para el desarrollo de esta segunda línea jurisprudencial, se procede a graficarla con base en el problema jurídico planteado:

¿Es necesario que la unión marital de hecho cumpla con los requisitos de tiempo para que sea considerada como una sociedad conyugal?

Gráfico 17

SI ES NECESARIO	NO ES NECESARIO
<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 2001 abril 20 M. P Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio	<input type="checkbox"/> Salvamento de voto a la sentencia de 2001 abril 20 M. P. Ramirez Gómez, José Fernando
<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 2003 marzo 20 M. P.Castillo Rugeles, Jorge Antonio	<input type="checkbox"/> Salvamento de voto a la sentencia de marzo 20 de 2003 Ardila Velásquez, Manuel
<input checked="" type="checkbox"/> Sentencia de 2004 marzo 09 M. P. Munar Cadena, Pedro Octavio	<input type="checkbox"/> Salvamento de voto a la sentencia de marzo 09 de 2004 M. P. Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio

2.11.2.3 Subreglas

Las subreglas que inferimos de esta segunda línea son las siguientes:

- Los dos años de la unión marital como requisito para que opere la presunción legal de existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, que es el tiempo que la ley señaló para que la norma pudiera ser utilizada como fundamento de una decisión judicial, pues no debe olvidarse que por encima de cualquier consideración atinente al reconocimiento de un hecho social (unión extramatrimonial), lo que de ella resulta trascendente y que es lo que convoca a esta decisión, es el otorgamiento de una tutela jurisdiccional perfectamente identificable, pero diferida en el tiempo a los dos señalados años de unión marital
- La novedosa ley no puede aplicarse a las relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a su vigencia, por cuanto allí prima la voluntad y la autonomía de las partes, que libremente adecuaron su conducta al régimen jurídico para entonces vigente

2.12 CONCLUSIONES

- La entrada en vigencia de la Ley 54 de 1990, reconoció derechos patrimoniales a los anteriores concubinos que no habían tenido reconocimiento legal. Por medio de esta ley se reconocieron los efectos patrimoniales de las uniones de hecho, los cuales se conforman a partir de la existencia de la sociedad patrimonial. El desarrollo legislativo se produjo como la culminación de un proceso que había iniciado la Corte Suprema de Justicia y que buscaba dar reconocimiento a una realidad social. La Constitución política, por su parte, otorgó reconocimiento constitucional a la familia que se conforma por medio de vínculos naturales, generando de esta manera un cambio fundamental para una institución que había sido desconocida por varios años. Como factor determinante, es primordial resaltar la labor de la jurisprudencia en torno al desarrollo que le ha dado a la legislación vigente para las uniones de hecho.
- La institución de la unión marital de hecho, reconocida por la Constitución Política de 1991 y cuya consagración legal fue establecida por la Ley 54 de 1990, ha tenido un tratamiento jurisprudencial a lo largo de estos últimos quince años, el cual ha otorgado parámetros fundamentales para la aplicación de la mencionada ley.
- La jurisprudencia ha desarrollado una labor armonizadora en torno a la ley 54 de 1990, por medio de la promulgación de fallos unánimes que han logrado dar coherencia a aspectos sobre los cuales no se pronunció la ley. En este sentido factores fundamentales como la irretroactividad, ha sido uno de

los temas que ha establecido la jurisprudencia sentando un precedente claro. En aspectos esenciales como los que determinan.

- A pesar de las similitudes de la unión marital con el matrimonio en cuanto a los aspectos económicos se refiere, estas instituciones son completamente diferentes tanto en su naturaleza jurídica, como en sus efectos personales y en determinados aspectos procesales. Así, aunque ambas instituciones son fuentes generadoras de familia y aunque algunos artículos del código civil son aplicables a la liquidación y disolución de la sociedad patrimonial de hecho, no puede desconocerse que la fuente generadora de cada institución es distinta.
- La unión marital de hecho genera únicamente efectos patrimoniales, no efectos personales, a diferencia del matrimonio, por medio del cual cambia el estado civil de las personas.
- Sin los requisitos exigidos por la ley para la existencia de la unión marital de hecho nunca podrá pensarse en existencia y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. La existencia de la unión marital de hecho por un término no inferior a dos años.
- En los casos en que uno o ambos compañeros tengan impedimentos legales para contraer matrimonio, deben haber disuelto y liquidado sus sociedades conyugales anteriores.
- De conformidad con lo establecido por el artículo 3º de la ley 54 de 1990, a la sociedad patrimonial ingresará el mayor valor que produzcan los bienes propios durante la unión marital de hecho. La jurisprudencia ha precisado en este aspecto, que es indispensable para poder hablar de que un bien ha producido un mayor valor es necesario que se pueda constatar un incremento material de la riqueza de su propietario.
- La sociedad patrimonial de la unión marital de hecho está compuesta por un activo y por un pasivo. Este último elemento ha recibido por parte de la doctrina la diferenciación entre un pasivo interno y un pasivo externo, los cuales se encuentran integrados por diversos elementos similares al pasivo de la sociedad conyugal.
- La unión marital de hecho admite la estipulación de capitulaciones antes de su iniciación. Serán aquellas relativas a los bienes que serán aportados a la sociedad patrimonial. Debe tenerse en cuenta que esta estipulación deberá hacerse por medio de escritura pública, en el caso en el que entre los bienes objeto de las capitulaciones se encuentren bienes raíces.

- La administración de la sociedad patrimonial corresponde a ambos cónyuges, son éstos los libres administradores de sus bienes.
- Cuando la causa de la disolución y la liquidación sea la muerte de uno o de ambos compañeros permanentes, la liquidación podrá hacerse dentro del respectivo proceso de sucesión. Pero la declaración de existencia de la unión marital no podrá realizarse dentro de este proceso, sino dentro de un ordinario que es el que señala la ley para estos casos.
- En los procesos de declaración de existencia de la unión marital de hecho es procedente la medida cautelar de la inscripción de la demanda, por tratarse de procesos ordinarios, para los cuales es procedente esta medida cautelar.

2.13 ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

2.13.1. Preguntas de reflexión

Aspectos personales de la unión marital de hecho

1. *¿Cuál es el régimen legal de las uniones maritales de hecho en Colombia?*
2. *¿Cuáles son las diferencias y semejanzas entre matrimonio y uniones maritales de hecho?*
3. *¿Cuáles son los elementos para la existencia de las uniones maritales de hecho?*
4. *¿Cuál es el efecto de la ley 54 de 1990, según la interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia?*
5. *¿Cómo se configura legalmente la unión marital de hecho?*
6. *¿Cuál es la finalidad de la unión marital de hecho?*
7. *¿Quiénes pueden ser compañeros permanentes?*
8. *¿Cómo puede entenderse el término de permanencia, referido a la unión marital de hecho?*
9. *¿Cómo puede entenderse el término singular?*



10. *¿Cuáles son los derechos y los deberes entre los compañeros permanentes?*
11. *¿Qué sucede en el caso de que alguno de los dos, el hombre o la mujer, estando casado y separado de hecho, forme una unión marital de hecho?*
12. *¿Cuándo la ley 54 se refiere a "impedimento legal para contraer matrimonio", se refiere sólo a la existencia de un matrimonio anterior o existen otros impedimentos legales?*
13. *¿Qué tipo de presunción es la consagrada por el artículo 2 de la ley 54 de 1990?*
14. *¿Puede una unión marital de hecho producir efectos legales entre un hombre y mujer de 14 años?*
15. *¿Puede constituir unión marital de hecho un hombre con una mujer que ha sido declarada interdicta?*
16. *¿Pueden existir dos uniones maritales de hecho simultáneas?*
17. *¿Qué obligaciones existen entre un hombre y una mujer que forman una unión marital de hecho?*
18. *¿Se deben alimentos al compañero permanente?*
19. *¿El tener una vida en común, un hombre y una mujer, es suficiente para conformar una sociedad patrimonial de hecho?*
20. *¿Puede formarse la unión marital de hecho cuando existen algunos de los impedimentos que establece la ley civil para contraer matrimonio?*
21. *¿Qué sucede si una pareja que vive en unión marital de hecho resuelve contraer matrimonio entre sí?*
22. *¿La unión marital de hecho es fuente de estado civil?*
23. *¿Quiénes no tengan uniones maritales de hecho, por no cumplir los requisitos de ley, pueden acudir al régimen de las sociedades de hecho entre concubinos?*

Ap

24. *¿Puede el compañero permanente reclamar indemnización respecto de responsabilidad civil extra contractual?*
25. *En materia de filiación, ¿existe la presunción de paternidad, cuando los hijos habidos dentro de la unión marital de hecho se procrean dentro de la unión?*
26. *Aspectos patrimoniales de la unión marital de hecho*
27. *¿Pueden los compañeros permanentes realizar capitulaciones?*
28. *¿Cuáles son los requisitos para la celebración de las capitulaciones matrimoniales?*
29. *¿Cuáles son los requisitos para que se forme la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes?*
30. *¿Qué bienes entran a formar parte del patrimonio de la sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes?*
31. *¿Cuáles son las causales de disolución de la sociedad patrimonial de hecho?*
32. *¿Existen diferencias entre la sociedad conyugal formada por el matrimonio y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes?*
33. *¿Puede existir sociedad marital de hecho sin sociedad patrimonial?*
34. *¿Debe la sociedad patrimonial de hecho, ser declarada judicialmente antes de liquidarse por el procedimiento notarial?*

2.13.2. Talleres

2.13.2.1. Taller 1: Matrimonio y unión marital de hecho. Semejanzas

De acuerdo con la legislación en la materia y la jurisprudencia analizada, identifique las semejanzas entre el matrimonio y la unión marital de hecho.

Gráfico 18

2.3.2.2. Taller 2: Matrimonio y unión marital de hecho. Diferencias

De acuerdo con la legislación en la materia y la jurisprudencia analizada, identifique las diferencias entre el matrimonio y la unión marital de hecho.

Gráfico 19

2.14 AUTOEVALUACIÓN

Ae

A continuación se presentan un caso, con el fin de que Usted identifique:

- 1. El problema jurídico*
- 2. La resolución del caso a partir de las fuentes jurídicas relacionadas con la institución jurídica objeto de estudio en este módulo.*

CASO : La señora Consuelo Fonseca Zamora mantuvo unión marital de hecho con el señor Olmedo Díaz Rueda por más de 28 años, constituyéndose una sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes la cual no ha sido liquidada por ningún medio y que se mantuvo vigente, hasta el mes de diciembre de 1992, cuando el compañero decidió abandonar el hogar para hacer vida marital con la señora Laura Escobar Rodríguez. Al irse del hogar el señor Díaz Rueda en el mes de diciembre de 1992, no aclaró la situación respecto de los bienes conseguidos con la actora y de la sociedad patrimonial constituida entre ellos en razón de la convivencia permanente, por lo que en el mes de febrero de 1993 y en previsión de que el demandado la dejara sin bienes, la demandante inició proceso de declaratoria de existencia de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y su posterior disolución y liquidación. La pareja llega a un acuerdo y la demandante desiste de las pretensiones de la demanda, para que amigablemente se repartieran los bienes de la sociedad patrimonial. Libre de los problemas jurídicos, el señor Díaz Rueda, cedió a título de venta en favor de la señora Laura Escobar Rodríguez y de la menor Angélica Rocío Díaz Escobar, concubina actual e hija extramatrimonial del demandado, respectivamente, el inmueble de la carrera 4^a. C No. 26-42 de Ibagué que es uno de los varios bienes conseguidos dentro de la sociedad patrimonial de hecho del demandado y la actora. La señora Consuelo Fonseca demanda la simulación de la compraventa del inmueble reseñado alegando ser éste parte de la sociedad patrimonial.¹⁷⁵

¹⁷⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de 27 de agosto de 2002. Expediente No. 6926. Magistrado Ponente: JORGE SANTOS BALLESTEROS.

2.15. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

B

LEGISLACIÓN

COLOMBIA. *Constitución de 1991*. Bogotá, Legis, 2006.

CODIGO CIVIL. Editorial Legis, Bogotá, 2007.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 54 de 1990 (diciembre 28), "por el cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes". Diario Oficial No. 39615 del 31 de diciembre de 1990.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 979 del 2005 (julio 26), "por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes". Diario Oficial No. 45.982 de 27 de julio de 2005.

DOCTRINA

LECTURA BASICA

CORAL BORRERO, María Cristina y TORRES CABRERA, Franklin. *Régimen de la sociedad conyugal*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda... 2002.

LAFONT PIANETTA, Pedro, *Derecho de Familia- Unión marital de hecho*, Tercera Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 2001.

LECTURA COMPLEMENTARIA

GUZMAN ALVAREZ, Martha Patricia. *El régimen económico del matrimonio*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario. Colección de textos de jurisprudencia, 2006.

QUIROZ MONSALVO, Aroldo. *Manual Civil Familia. Sociedad conyugal y patrimonial de hecho*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2007. 3 edición.

B

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. *Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez. Bogotá, (10) de septiembre de dos mil tres (2003). Referencia: Expediente 7603*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sala de Casación Civil. Sentencia de septiembre 4 de 2006. Expediente 1998-00696. MAGISTRADO PONENTE: Edgardo Villamil Portilla.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. *Sentencia de veintiocho (28) de octubre de dos mil cinco (2005). Ref: Expediente No. 08001-31-10-004-2000-00591-01 Magistrado Ponente: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. *Sentencia de nueve (9) de marzo de dos mil cuatro (2004). Ref. Expediente No. 6984. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. *Sentencia de 20 de marzo de 2003. Expediente 6726. MAGISTRADO PONENTE: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Tema: capitulaciones matrimoniales y capitulaciones entre compañeros permanentes.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 20 de abril de 2001. Expediente No. 6014. Magistrado Ponente: MANUEL ARDILA VELASQUEZ. Tema: sociedad de hecho en relación concubinaria.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 5 de noviembre de 1998. Expediente No. 5002. Magistrado Ponente: RAFAEL ROMERO SIERRA. Tema: responsabilidad civil extracontractual para actividades peligrosas.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 10 de noviembre de 1995. Expediente No. 5798. Magistrado Ponente: RAFAEL ROMERO SIERRA. Tema: dictamen pericial*

B

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 30 de octubre de 2000. Expediente No. 5830. Magistrado Ponente: MANUEL ARDILA VELÁSQUEZ. Tema: sociedad patrimonial.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 4 de abril de 2001. Expediente No. 6439. Magistrado Ponente: SILVIO FERNANDO TREJOS. Tema: Sociedad patrimonial entre concubinos. Daño Emergente; Lucro Cesante; Daño Moral Subjetivo.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 20 de abril de 2001. Expediente No. 5883. Magistrado Ponente: JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ. Tema: Limitación en el tiempo para la presunción de la Unión marital de hecho*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 20 de Septiembre de 2000. Expediente No. 6117. Magistrado Ponente: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO. Tema: singularidad de la unión marital de hecho.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 4 de febrero de 2003. Expediente No. 6940. Magistrado Ponente: JORGE SANTOS BALLESTEROS. Tema: Diferencia entre concubinato y sociedad marital de hecho. Sociedad de hecho; concubinato; haber social.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 22 de Septiembre de 2003. Expediente No. 7877. Magistrado Ponente: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO. Tema: Constitución de unión marital de hecho, elementos que deben presentarse para su conformación. Sociedad Patrimonial de hecho.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 4 de abril de 2001. Expediente No. 6439. Magistrado Ponente: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO. Tema: sociedad patrimonial*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 29 de noviembre de 2001. Expediente No.*

6696. *Magistrado Ponente: MANUEL ARDILA VELASQUEZ. Tema:
Cesión de gananciales en sociedad patrimonial*

Unidad 3 | ASPECTOS PROCESALES DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO

Qg

Explicar los aspectos procesales de la unión marital de hecho.

Qe

- *Identificar los procesos que se relacionan con la declaración de existencia, liquidación de la sociedad patrimonial ante la vía administrativa notarial y ante la jurisdicción de familia.*
- *Identificar las diferencias y semejanzas entre el matrimonio y la unión marital de hecho, desde un enfoque procesal.*

3. LA UNIÓN MARITAL DE HECHO. ASPECTOS PROCESALES

3.1. INTRODUCCION

La presente unidad se dirige a precisar los aspectos procesales relacionados con las distintas actuaciones que se originan en relación con la unión marital de hecho. Actuaciones tales como declaración de existencia, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho, entre otros, a partir de los procedimientos procesales que regulan esta institución jurídica.

3.1.1 la aplicación de la Ley en el tiempo

En torno a la vigencia temporal, cabe advertir que el artículo 9 de la Ley 54 del 28 de diciembre de 1990, establece que “rige a partir de la fecha de su promulgación”, la cual se llevó a cabo en el Diario Oficial No. 39615 del 28 de diciembre de 1990, fecha en la cual comenzó su vigencia, de conformidad con el numeral 1 del artículo 53 del Código de Régimen Política y Municipal. Por ello no puede aplicarse a las relaciones concubinarias que existieron y terminaron antes de la vigencia de la ley, ni aquellas que comenzaron antes de su vigencia y se mantuvieron durante ésta por un lapso inferior a dos años, pues, de afirmarse lo contrario, ello implicaría darle a dicha ley un efecto retroactivo que ella no previó, con violación del artículo 58 de la Constitución Política que garantiza los “derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”.

La mencionada ley creó una situación jurídica hasta entonces inexistente. De allí que no pueda tener efectos retroactivos. Sólo podrán considerarse como uniones maritales de hecho, con repercusiones patrimoniales, las existentes a partir del 1 de enero de 1991, fecha de promulgación de la ley que les dio entidad jurídica. Y como es pertinente que subsistan por un lapso superior a dos (2) años, sólo se configurarán si persisten hasta el 31 de diciembre de 1992.

Se tendrán en cuenta, por tanto, únicamente los bienes adquiridos por los compañeros permanentes a partir de la vigencia de la ley, no los habidos con anterioridad, así la comunidad concubinaria hubiere persistido varios años atrás.

Por otra parte, es evidente que la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes no pudo disolverse antes de entrar en vigencia la Ley 54, que la creó como tal, porque mal podría disolverse lo que no existía.

3.1.2 Las Acciones

La reforma introducida por la Ley 979 del 2005, y sin perjuicio de lo previsto en el numeral 40 de la Ley 640 del 2001, permitió a los compañeros declarar por escritura pública o en acta de conciliación la existencia de la sociedad patrimonial, sin cambiar ni el objeto ni los medios de prueba. Solo invierte la carga probatoria que deberá asumir quien pretenda invalidar el acto de los compañeros. “Se trata de una concesión del legislador en procura de materializar el principio de autonomía de la voluntad de los compañeros permanentes con la simple exigencia de formalizarla a través de un instrumento público, previa declaración de los compañeros que se eleva a escritura pública y protocoliza. Si lo consignado allí no es cierto, subsisten los procedimientos y recursos judiciales para intentar su invalidez”.¹⁷⁶

3.2 DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL COMO REQUISITO PARA PEDIR DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD PATRIMONIAL

La sociedad patrimonial entre compañeros permanente se presume si concurren los requisitos contemplados en la Ley 54 de 1990, sin embargo esta debe ser declarada antes de su disolución y liquidación. Esta declaración judicial es la que legitima al compañero o compañera permanente para iniciar cualquier acción en contra de los actos de disposición celebrados por el otro compañero. Es así como los intereses de los compañeros pueden ser protegidos y concretados con la conformación de la relación jurídico – procesal que toma forma con la admisión de la demanda y con la notificación de esta al demandado.

Así lo consideró la Corte Suprema, cuando manifestó en sentencia del 27 de agosto de 2002 que “En el evento de uno de los compañeros permanentes, ese interés se concreta cuando se conforma la relación jurídico-procesal que inicia el actor con la presentación de la demanda tendiente a obtener la declaración de la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, y perfecciona el demandado cuando se le vincula formalmente al proceso mediante la notificación de la demanda, porque desde dicha época puede afirmarse que el demandante posee el interés a que se hizo alusión, pues con este proceder se evidencia una clara manifestación de la intención de querer disolver y liquidar, una vez declarada, la sociedad patrimonial conformada

¹⁷⁶ LEMOS SANMARTIN, Matilde. *La familia de hecho. ¿Hacia la igualdad familiar?*. Bogotá, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2007. P. 121

en virtud de la unión marital de hecho, interés que no puede sujetarse, por consiguiente, a una declaración judicial posterior.”¹⁷⁷

La unión marital de hecho solo produce efectos jurídicos en la medida en que sea declarada por escritura pública, en acta de conciliación o por declaración judicial. Este tipo de uniones constituyen hechos jurídicamente objetivados y reglados, que por ello solo pueden constituirse jurídicamente por medio de declaración judicial, así exista mutuo acuerdo desde el primer día entre los compañeros, y así se tenga toda la intención de mantener la unión por toda la vida. La ley denomina a esta pareja compañeros permanentes, y ellos pueden hablar de su unión como marital de hecho. Sin embargo, sólo después de dos años el Estado les reconoce tal situación y habrá lugar a pedir su declaratoria ante las autoridades judiciales. Ahora bien, cuando la sentencia declara la unión marital, pero no se refiere a la sociedad patrimonial esta existirá de todos modos, debido a una presunción de derecho, tal y como se aplica a las uniones matrimoniales en donde no se menciona la sociedad conyugal, mas sin embargo, esta se presume y por lo tanto tiene vida jurídica.

La declaratoria de la unión marital reconoce unos supuestos de hecho y como consecuencia de ello reconoce la sociedad patrimonial. Supone mayor importancia la declaración judicial en aquellos eventos en los cuales se pretenda la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial. Es lógico que aquello que no existe jurídicamente no se puede desvanecer, pues nunca ha tenido vida. La única manera de hacerlo es que previo al trámite de la disolución y liquidación se haya declarado la existencia de la sociedad patrimonial.

La Ley 54 quiso solucionar el grave conflicto que se presentaba anteriormente entre compañeros permanentes, quienes para demostrar una sociedad de hecho dentro de su relación debían probar no solo su convivencia, sino la affectio societatis implícita en ella. Hoy en día la declaración judicial de la existencia de la unión marital de hecho presupone la existencia de la sociedad patrimonial, eliminando la carga probatoria que anteriormente se debía demostrar.

La declaración de existencia de la unión de hecho, es un requisito formal para que adquiera certeza y tenga efectos jurídicos la sociedad patrimonial. Al respecto el Dr. Pedro Lafont Pianetta considera que la declaración judicial es un requisito absolutamente necesario; “Tiene este carácter aquella exigencia de dicho requisito que de ninguna manera puede exonerarse y que, por lo tanto,

¹⁷⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia agosto 27 de 2002. Expediente No. 6926. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

resulta indispensable para que adquiera certeza y eficacia jurídica. Porque “los efectos de orden económico nace de los hechos y para su iniciación no requiere cumplir formalidad alguna, esos efectos quedan condicionados a que mediante sentencia se declare su existencia (casación 20 de septiembre de 2000)”.¹⁷⁸

Por lo mismo, podemos concluir que la escritura pública que contenga la voluntad de las partes respecto a su unión marital, en ningún caso puede suplir la declaratoria judicial de la misma. Solo puede constituirse como un elemento probatorio para la declaratoria de la unión marital de hecho y la presunción de la sociedad patrimonial.

Igualmente, es posible que se presente el caso en el que el juzgador de primera instancia decrete la disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial, donde ya nada adiciona el de segunda instancia al declarar la existencia de la unión marital de hecho, pues es lógico que si es decretada la disolución y liquidación de tal sociedad es porque implícitamente se reconoce la misma existencia de ella.

Así lo considera la Corte Suprema de Justicia en sentencia de junio 8 de 1998 “Porque nada novedoso declaró el sentenciador de segundo grado al decir que “adicionaba” la sentencia; también el de primer grado halló configurada la sociedad patrimonial que germina a causa de la unión marital de hecho, no sólo porque así se desprende del discurrir jurídico plasmado en el cuerpo de la providencia, cuanto porque la más elemental dialéctica informa que si decretó la disolución y liquidación de esa sociedad, es porque implícito va el reconocimiento de la existencia misma de sociedad semejante. Apenas obvio que sólo es susceptible de finiquito lo que existe. Obsérvese que la decisión de decretar la disolución y liquidación no es inopinada por parte del juzgado de familia, sino que es el fruto de haber encontrado acreditado, en el juicio ordinario mismo, la unión marital con la condigna secuela patrimonial.”¹⁷⁹

Por lo tanto, si se declara la existencia de la unión marital, se presume la de la sociedad patrimonial, y viceversa, si se declara la disolución y liquidación de la sociedad, implícitamente se entiende la existencia de la unión marital.

178 LAFONT PIANETTA, Pedro, *Ob. Cit.*, página 292.

179 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de junio 8 de 1998. Expediente No. 7165. Magistrado Ponente: Rafael Romero Sierra.

3.3. DIFERENCIAS ENTRE EL PROCESO DE EXISTENCIA Y EL PROCESO DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES PATRIMONIALES

Si bien los procesos de existencia, disolución y liquidación de sociedades patrimoniales son complementarios, pues el primero antecede al segundo y éste solo puede darse evacuado el primero, vale la pena analizar a si sea de forma somera las diferencias entre ellos. Fundamental en cuanto ha de saberse que de la declaratoria judicial de existencia de la sociedad patrimonial solo se da existencia jurídica a ella y nada más. La disolución y liquidación del haber social debe darse en proceso separado y bajo las normas propias del Código de Procedimiento Civil referentes a la liquidación de sociedades. El proceso mediante el cual se declara la existencia de la unión marital de hecho es meramente declarativo, y el de liquidación, valga la redundancia, liquidatorio. Es en este último donde se determinan los derechos correspondientes a cada uno de los compañeros y por lo tanto se puede concluir que el objeto de cada uno de los procesos es diferente, más no independientes ya que del resultado del primero depende el trámite del segundo.

Al tenor de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia expresa: "Como salta a la vista, el proceso a cuyo origen dio nacimiento la demanda mencionada, esencialmente persigue la declaración de existencia y disolución de una sociedad patrimonial entre concubinos, luego de lo cual, habrá de liquidarse, pero, en manera alguna puede confundirse la controversia ordinaria sobre la declaración de existencia y disolución de dicha sociedad, de aquel asunto (...) de liquidación donde deberá determinarse el alcance de los derechos de cada uno de los compañeros permanentes. Pues mientras aquella controversia constituye el objeto de este proceso ordinario, el otro asunto es objeto del otro proceso (liquidatorio). De allí que cuando en aquel proceso ordinario la resolución desfavorable versa sobre todo el objeto del proceso, cual es el de la declaración de existencia y disolución de una sociedad patrimonial, será el valor actual de ese patrimonio social el que se tenga en cuenta para determinar si se reúne o no el requisito de la cuantía para la procedencia del recurso extraordinario de casación (art. 366, numeral 2 C.P.C. y párrafos 1 y 2)"¹⁸⁰

A partir de la Ley 640 de 2001, que reglamento la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad para algunos procesos, permitió que en ella los compañeros permanentes la reconocieran, con plenos efectos jurídicos (art. 31).

¹⁸⁰ Corte Suprema de Justicia sentencia de noviembre 10 de 1995 expediente 5798 Magistrado Ponente Dr. Rafael Romero Sierra.

Reconocida la existencia de la sociedad patrimonial de hecho, cualquiera de ellos, o sus herederos, pueden impetrar su liquidación, como consecuencia de la terminación de la unión marital de hecho.

3.4. PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL.

Los compañeros permanentes pueden de común acuerdo terminar la sociedad patrimonial y liquidarla, sea mediante la declaración judicial sobre su existencia, mediante proceso ordinario, ante los jueces de familia, o aceptarla en conciliación provocada por uno de ellos, ante los centros de conciliación o autoridades administrativas y judiciales autorizadas para ello, al tenor de la Ley 640 de 2001.

El miembro de la pareja que estime vulnerados sus derechos patrimoniales tendrá que intentar proceso ordinario para demostrar la existencia de la sociedad de hecho y los bienes adquiridos dentro de ella. Y ello por cuanto el proceso establecido en el Título XXX del C. de P.C., supone la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, judicialmente declarada, según lo prevé el inciso 2 de la Ley 54 de 1990.

El artículo 7º de la Ley 54 de 1990 y la Ley 979 regulan lo concerniente a la liquidación de la sociedad patrimonial. Los procesos de existencia y disolución y liquidación de las sociedades patrimoniales son complementarios, pues para poder llevar a cabo el segundo, es requisito haber realizado el primero. El proceso de disolución y liquidación de la sociedad patrimonial debe efectuarse en proceso separado del primero y siguiendo los lineamientos establecidos por el Código de Procedimiento Civil.

Frente a este tema la Corte Constitucional estableció:

“Es evidente que el proceso establecido en el Título XXX, Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, supone que la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes haya sido declarada judicialmente, como lo prevé el artículo 2º de la ley. Nadie podría, lógicamente, suponer que si los artículos 625 y 626 exigen una sentencia eclesiástica o civil en relación con el matrimonio, según el caso, tal exigencia no tuviera lugar en tratándose de la sociedad a que se refiere la ley 54. También cuando la causa de la disolución sea la muerte de uno de los compañeros permanentes, y exista la sentencia que prevé el artículo 2º de la ley, que declare la existencia de la sociedad patrimonial, la liquidación podrá hacerse en el respectivo proceso de

sucesión, como lo determina el artículo 60. Pero, al proceso de liquidación sólo podrá llegarse después de haberse declarado judicialmente la existencia de la sociedad patrimonial. Tal declaración, por no existir un trámite especial, deberá hacerse en un proceso ordinario. Hay que entender, además, que si la sociedad patrimonial se ha disuelto por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública, como lo prevé el literal c) del artículo 50., también podrá seguirse el procedimiento del título XXX del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. Finalmente, nada obsta para que los compañeros permanentes, siendo capaces civilmente y estando de acuerdo, liquiden la sociedad patrimonial por sí mismos, por escritura pública.”¹⁸¹

En cuanto al aspecto procesal de la liquidación de la sociedad patrimonial, es importante tener en cuenta el tipo de proceso pertinente para su realización. Para ello, se cita una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que establece los criterios específicos frente al tema:

“Como salta a la vista, el proceso a cuyo origen dio nacimiento la demanda mencionada, esencialmente persigue la declaración de existencia y disolución de una sociedad patrimonial entre concubinos, luego de lo cual, habrá de liquidarse, pero, en manera alguna puede confundirse la controversia ordinaria sobre la declaración de existencia y disolución de dicha sociedad, de aquel asunto (...) de liquidación donde deberá determinarse el alcance de los derechos de cada uno de los compañeros permanentes. Pues mientras aquella controversia constituye el objeto de este proceso ordinario, el otro asunto es objeto del otro proceso (liquidatorio). De allí que cuando en aquel proceso ordinario la resolución desfavorable versa sobre todo el objeto del proceso, cual es el de la declaración de existencia y disolución de una sociedad patrimonial, será el valor actual de ese patrimonio social el que se tenga en cuenta para determinar si se reúne o no el requisito de la cuantía para la procedencia del recurso extraordinario de casación (art. 366, numeral 2 C.P.C. y párrafos 1 y 2)”. (Auto de 23 de octubre de 1995).¹⁸²

3.4.1 Términos

La acción con acumulación de pretensiones puede instaurarse desde que se cumplan los requisitos de existencia de una y otra institución (unión y sociedad

181 Corte Constitucional. Sentencia C-239/94.

182 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil.

Sentencia, noviembre diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995). Referencia: Expediente No. 5798. Magistrado Ponente: Dr. Rafael Romero Sierra.

patrimonial), durante el tiempo de su vigencia, y aún después de ocurrido cualquier hecho que cause su disolución, pues, los alcances de la sentencia son declarativos.

El artículo 7 inciso 2, al referirse al trámite de los procesos de disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, incurre en una imprecisión, puesto que el trámite previsto en el título XXX, artículos 626 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se refiere al de liquidación, mientras que el de disolución es un trámite declarativo, razón por la cual se plantea la posibilidad de esta pretensión con las de su misma naturaleza, que necesariamente son previos al de la liquidación.¹⁸³

Cuando la causa de la disolución sea la muerte de una o uno de los compañeros, o de ambos, la liquidación podrá hacerse en el respectivo proceso de sucesión, al tenor de lo previsto en el artículo 6 de la Ley 54. Para ello es importante contar con la declaración de existencia de común acuerdo o contar con la declaración judicial de la sociedad patrimonial que implica la de unión marital.

3.4.2 Medidas cautelares

Tratándose de la sociedad patrimonial, como la declaración de su existencia está sujeta a un proceso ordinario, son procedentes las medidas cautelares previstas para esos procesos, concretamente las señaladas con las reglas primera a quinta del artículo 690 del estatuto procesal civil, habida cuenta que con la acción respectiva se busca que los bienes adquiridos conforme al artículo 3 de la Ley 54 de 1990 sean considerados integrantes del activo de la sociedad patrimonial (universalidad de bienes de hecho), y por tanto deben asegurarse en tanto se adelanta el proceso de conocimiento para luego continuar con el trámite liquidatario.

La competencia para el trámite liquidatorio la tiene el juez de familia que dictó la sentencia declarativa, tal como ocurre con la competencia para la liquidación de la sociedad conyugal que la tiene el juez que sentenció la disolución.

En cuanto a las medidas cautelares en estos procesos, el Tribunal Superior de Bogotá, ha dicho:

“En primer término se tiene que, en el presente proceso, la pretensión principal consiste en la declaratoria de la existencia de la unión marital de hecho entre la demandante y el demandado, y como consecuencia, la disolución y liquidación

¹⁸³ CORAL BORRERO, María Cristina y FRANKLIN TORRES, Cabrera. *De la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2002. P. 289

de la sociedad patrimonial que eventualmente se haya conformado entre compañeros permanentes, adjudicándose entonces, a cada uno de ellos, el porcentaje correspondiente sobre los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad patrimonial. La ley 54 de 1990 estatuyó el proceso ordinario como el mecanismo procedimental para obtener la declaración de existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes y su posterior liquidación. Las medidas precautelares o cautelativas, cuando de procesos ordinarios se trata, se encuentran autorizadas expresamente en el artículo 690 del Código de procedimiento Civil (...) la medida cautelar que se permite en esta clase de procesos ordinarios, concretamente consiste en la inscripción de la demanda en cuanto a los bienes sujetos a registro, lo cual no pone los bienes fuera del comercio, pero quien los adquiera está supeditado a los efectos de la sentencia en el correspondiente proceso declarativo puro.¹⁸⁴

En los procesos de declaración de existencia de la unión marital y de liquidación de la sociedad patrimonial, procede la medida cautelar de la inscripción de la demanda, por ser la determinada por la ley para este tipo de procesos.

El artículo 9 de la Ley 959 de 2005, establece que cuando la declaración, disolución o liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se solicite por vía judicial, el demandante podrá pedirle al juez decretar medidas cautelares en la forma indicada en el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil y teniendo en cuenta las reglas del artículo 691 del mismo Código.

3.4.3 Competencia del juez

La Ley 54 de 1990 atribuyó la competencia para conocer de todos los trámites relacionados con la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial al juez de familia, en primera instancia, atribución de competencia reiterada en el parágrafo 1 del artículo 26 de la Ley 446 de 1998. En tal sentido, debe entenderse adicionado el artículo 5 del Decreto 2272 de 1989. Sin embargo, el legislador no previó el factor de competencia en razón del territorio. En todo caso, deben aplicarse las normas generales sobre competencia territorial previstas en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, en cuyo caso estaría radicada en el juez de familia del domicilio del demandado.

¹⁸⁴ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Familia. Sentencia de 28 de Junio de 1995. Magistrado Ponente: Luis Antonio Montañez.

3.4.4 Titulares de la acción

El artículo 6 de la Ley 54 reconoce legitimación en la causa para demandar la liquidación de la sociedad patrimonial a los compañeros permanentes, sin distinguir o limitar su titularidad al compañero o compañera que no dio lugar a la disolución de la unión y de la sociedad. Por ende, es de entender que tratándose de proceso contencioso, ambos están legitimados para intentar la acción.

Igualmente reconoció legitimación para interponer la acción de liquidación a los herederos del compañero fallecido, en el evento en que la causa de la disolución de la sociedad hubiese sido la muerte de uno o ambos compañeros permanentes. Ahora bien, en el evento en que la muerte del compañero sucediese durante el proceso de una liquidación de una sociedad disuelta por otra causa diferente a la muerte, sus herederos, como continuadores de la personalidad jurídica del causante entran ocupar el lugar de éste como sucesores procesales.¹⁸⁵

3.4.5 Prescripción

Finalmente, el artículo 8 de la ley 54 de 1990 establece el término de la prescripción de la acción enderezada a obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. El término de prescripción de la acción es de un año, el cual se empieza a contar a partir del hecho que dio lugar al rompimiento de la unión marital de hecho.

Frente a la Constitucionalidad de este artículo se pronunció La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-014 de 1998. El problema jurídico planteado en esta sentencia establece si es violatorio del derecho a la igualdad el término de caducidad planteado por la ley 54 para la disolución y liquidación entre compañeros permanentes, frente al término de liquidación y disolución planteado para la sociedad conyugal. El punto de partida de la Corte es que no existe una igualdad absoluta entre ambas instituciones, ni tampoco en su liquidación y disolución. Por esa razón, concluye que el término de un año consagrado en el artículo octavo de la ley 54 de 1990 no viola el derecho a la igualdad, ni busca ser discriminatoria, ya que de conformidad con lo establecido por la Corte, resulta ser un tiempo prudente para la declaración y consecuente disolución y liquidación de la sociedad patrimonial, a diferencia de la sociedad conyugal, que al surgir del matrimonio tiene supuestos distintos de existencia, razón por la cual no pueden tener una regulación igual.

¹⁸⁵ CORAL BORRERO, María Cristina y FRANKLIN TORRES, Cabrera. *De la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2002. P. 291.

El artículo 8 de la Ley 959 de 2005, modificó el término de prescripción señalado en la Ley 54 de 1990, y estableció que las acciones para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, prescriben en dos años, a partir de la separación física y definitiva de los compañeros, del matrimonio con terceros o de la muerte de una, de uno o de ambos compañeros. Lo cual modifica el régimen anterior de la ley 54 de 1990.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 10 de septiembre de 2003, expediente 7603, consideró insubsistente el literal b) del artículo segundo de la Ley 54 de 1990, al afirmar que la falta de liquidación de una sociedad conyugal anterior no impide el nacimiento de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. Según la corporación con la simple disolución del vínculo matrimonial se pone fin a la sociedad conyugal previa. Sustento tal conclusión interpretando el espíritu de la Constitución, que consagró el derecho a la creación de la familia por vínculos naturales y por tal no es de recibo exigir para la conformación de la sociedad patrimonial la liquidación de la sociedad conyugal.

Analógicamente la Corte Suprema considera que si para contraer segundas nupcias la ley exige, con el fin de proteger los intereses de los hijos menores, que se haga un inventario solemne, pero no ordena que la sociedad conyugal este liquidada sino a penas disuelta, nada impide que la misma situación se de para el nacimiento de la sociedad patrimonial. Además, si la ley civil permite que la sociedad conyugal nazca sin necesidad de liquidar la patrimonial, tal y como lo expresa el artículo 5º de la Ley 54 de 1990, no puede sujetar el nacimiento de la sociedad patrimonial a la liquidación de la sociedad conyugal.

En propias palabras de la Corte Suprema, “Cuando ocurre cualquiera de las causales legales de disolución, la sociedad conyugal termina sin atenuantes. No requiere nada más para predicar que su vigencia expiró. En adelante ningún signo de vida queda (...). Demandar más compromete el trato igualitario al que aspira la Constitución”. En efecto, con la disolución de la sociedad conyugal queda fijado definitivamente el patrimonio de la sociedad, formándose una comunidad universal de bienes sociales que será administrada por ambos cónyuges en igualdad de condiciones. De ahí en adelante no puede subsistir tal sociedad, pues lo que resta en el proceso son meras operaciones aritméticas para establecer la distribución de los bienes y determinar las gananciales.

Al no exigir la ley que la liquidación deba cumplirse en tiempo determinado, esta queda al arbitrio de los cónyuges, y por consiguiente no puede alegarse la falta de liquidación de la sociedad conyugal para eludir las obligaciones propias de la unión marital de hecho.

Al quedar insubsistente el requisito de liquidar la sociedad conyugal para formar la patrimonial, este no aplica ni a quienes tienen impedimentos legales para casarse ni a aquellos que sin tenerlos tuvieron una sociedad conyugal.

3.4.6 Valor del interés para recurrir en casación

La Corte considera que cuando se interpone el recurso de casación y no se encuentre determinado el valor del interés para recurrir, debe el tribunal designar un perito para que se pronuncie sobre ese aspecto; la experticia así rendida es inobjetable -sin perjuicio, por supuesto, de que se solicite su aclaración y adición-, y constituye la única prueba para precisar este valor. La Corte queda ligada por la decisión que de la cuantía tome el ad quem con apoyo en el dictamen.

El valor de la cuantía para recurrir debe tomar en cuenta la totalidad de los bienes correspondientes a la supuesta sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, y no solo la cuota correspondiente al actor en una futura liquidación de la misma. Si el avalúo realizado es inferior a lo legalmente solicitado, el recurso de queja no prospera y se niega el de casación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil.¹⁸⁶ Por lo tanto, si dicho avalúo arroja un monto inferior a 425 salarios mínimos legales mensuales vigentes, el recurso de casación no procede.

En este mismo sentido se pronunció la Corte Suprema cuando expresó: "Como salta a la vista, el proceso a cuyo origen dio nacimiento la demanda mencionada, esencialmente persigue la declaración de existencia y disolución de una sociedad patrimonial entre concubinos, luego de lo cual, habrá de liquidarse, pero, en manera alguna puede confundirse la controversia ordinaria sobre la declaración de existencia y disolución de dicha sociedad, de aquel asunto (...) de liquidación donde deberá determinarse el alcance de los derechos de cada uno de los compañeros permanentes. Pues mientras aquella controversia constituye el objeto de este proceso ordinario, el otro asunto es objeto del otro proceso (liquidatorio). De allí que cuando en aquel proceso ordinario la resolución desfavorable versa sobre todo el objeto del proceso, cual es el de la declaración de existencia y disolución de una sociedad patrimonial, será el valor actual de ese patrimonio social el que se tenga en cuenta para determinar si se reúne o no el requisito de la cuantía para la procedencia del recurso extraordinario de casación (art. 366, numeral 2 C.P.C. y párrafos 1 y 2)".¹⁸⁷

¹⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, y Agraria. Sentencia de 10 de noviembre de 1995. Expediente No. 5798. Magistrado Ponente: Rafael Romero Sierra.

¹⁸⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Auto de 23 de octubre de 1995.

3.4.7 Legitimación del compañero o la compañera permanente para reclamar en casos de responsabilidad civil extracontractual

El desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia frente al tema de las relaciones extramatrimoniales ha tendido de manera clara y expresa hacia la protección de las mismas, de acuerdo con lo consagrado en la correspondiente Ley 54 de 1990 y en la Constitución Política de 1991. Desarrollo tal se ha dado en varios temas y en especial, en la reclamación del compañero o compañera permanente en casos de responsabilidad civil extracontractual.

Encontramos pues, que el compañero o compañera permanente que pierde por muerte a su pareja por culpa de un tercero, y ésta prestaba la correspondiente ayuda económica a su familia (constituida por vínculos naturales) y desempeñaba visiblemente el papel de padre o madre de familia, obsta para que la Corte reconozca un daño que debe ser resarcido por el tercero.

Lo anterior con base en que “a diferencia de lo que ocurría en el pasado, ante el criterio de la vigente Constitución, puede la Corte tomar una posición con suficiente certeza, puesto que del artículo mencionado aparece claro entonces que el Estado colombiano reconoce y promete proteger tanto la familia matrimonial como la extramatrimonial, siempre que ésta según el constituyente sea formada por un hombre y una mujer que lo hagan de manera responsable, seria y asumiendo las obligaciones que implican formar parte de un grupo familiar. Es decir la Carta protege la familia extramatrimonial en cuanto llene las características de la familia matrimonial, pudiendo afirmarse que para serlo solamente faltaría el vínculo conyugal, debiendo ser tratada de manera semejante, en un plano de igualdad. Por manera que el concubinato, que hoy puede llegar a estructurar la unión marital de hecho a la luz de la Ley 54 de 1990, existente bajo los supuestos de licitud de la unión de un hombre y una mujer, o diciéndolo de otra manera no contrariando prohibiciones de ley ni las buenas costumbres, y siendo permanente y estable, o sea en cuanto constituye una familia, una sociedad así formada tiene la protección jurídica a la que semejantemente se le brinda a la alianza matrimonial, punto sobre el que advirtió tajantemente la Corte que no se está protegiendo una relación repudiada por la ley ni una vinculación transitoria que no tenga el propósito de conformar una familia”¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 5 de noviembre de 1998,. Expediente 5002. Magistrado Ponente: Rafael Sierra Romero.

En efecto, los compañeros permanentes que viven en unión marital de hecho tienen por esa situación unos derechos adquiridos, y aunque en la jurisprudencia penal y contencioso administrativa se toman en cuenta de manera exclusiva el daño efectivo que reclaman las personas en los casos de indemnización por perjuicios, la legislación civil ha dispuesto que la naturaleza del vínculo marital (tanto conyugal como de hecho) tiene gran importancia en este tipo de reclamaciones.

La semejanza entre la unión marital de hecho y el matrimonio, y sus efectos de orden personal respecto de la familia, ha sido el eje para que las altas Cortes consideren que los derechos adquiridos dentro de esta relación puedan ser protegidos al amparo de acciones de responsabilidad civil extracontractual. “Así que bajo los supuestos de licitud de la unión de un hombre y una mujer, o diciéndolo de otra manera no contrariando prohibiciones de ley ni las buenas costumbres, y siendo permanente y estable, o sea en cuanto constituye una familia, una sociedad así formada tiene la protección jurídica, a la que semejantemente se le brinda a la alianza matrimonial. De manera que no se protege de modo alguno una relación repudiada por la ley ni una vinculación transitoria, que no tenga el propósito de conformar una familia... empero si bien se examina el propósito del legislador al imponerle a quien causa daño la obligación de indemnizarlo en su integridad, reconociéndole correlativamente el derecho al damnificado a la indemnización integral, tiene que decirse que no es realmente el vínculo de parentesco o conyugal el factor determinante de la legitimación activa para reclamar la indemnización”¹⁸⁹.

Aunque las Cortes reconocen que la unión marital como núcleo familiar goza de la misma protección que el matrimonio mismo, este vínculo no constituye causal única y suficiente para solicitar el reconocimiento por daños sufridos por el compañero o compañera permanente. Deberá acreditarse, para poder incoar la acción de reclamación, además del vínculo marital, la dependencia económica del reclamante respecto de la persona que murió o resultó físicamente afectada, que exista certeza sobre la imposibilidad de dicha persona para seguir prestando la ayuda y que de no haber ocurrido el agravio, la ayuda hubiera permanecido en el futuro. Adicionalmente la reclamación no debe hacerse con el ánimo de obtener una ventaja contraria a la moral y la ley.

Lo anterior lleva a concluir que si bien la unión marital de hecho es la base para corroborar los supuestos de hecho necesarios para invocar la acción civil por responsabilidad extracontractual, no es por sí misma suficiente. Es

189 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de octubre 28 de 1994. Expediente 3000. Magistrado Ponente Eduardo García Sarmiento.

necesario, demostrar los demás elementos para que exista legitimación en la reclamación. La naturaleza del vínculo necesita del apoyo de prueba efectiva de un daño causado.

3.4.8 Conflictos de competencia entre jurisdicción de familia y jurisdicción civil respecto al conocimiento en casación de la existencia, disolución y liquidación de sociedades de hecho y sociedades patrimoniales.

La Corte Suprema de Justicia reitera que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 54 de 1990, coexisten como sociedades de hecho la comercial, la civil y la que se desprende de la existencia de la unión marital entre compañeros permanentes. La misma ley define la competencia de los jueces de familia para conocer de la existencia, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial como consecuencia de la existencia de la unión marital de hecho. La competencia de la sociedad de hecho de carácter civil corresponde a los jueces civiles como lo señala el artículo 16-4 del Código de Procedimiento Civil. De esta manera, la competencia legal está perfectamente delimitada tanto para las sociedades comerciales y civiles de hecho, como para las uniones maritales de hecho.

La naturaleza del asunto sobre el cual recaen las pretensiones y hechos de la demanda, determina el juez que debe conocer y resolver el litigio. Si la demanda instaurada se encuentra encaminada a la declaratoria, disolución y liquidación de una sociedad de hecho, pero como fundamento de hecho se invoca la relación concubinaria preexistente entre los supuestos socios quienes conjuntamente procrearon varios hijos, y se citó en diversos acápitres la Ley 54 de 1990, debe entenderse lógicamente que el actor pretende que se declare la existencia de una unión marital de hecho de acuerdo con los presupuestos de la Ley anteriormente citada, y por ello, el juez competente para conocer y resolver el caso es el juez de familia y sus correspondientes jerárquicos.¹⁹⁰

Como el artículo 4º de la Ley 54 de 1990 dispone que la declaratoria de existencia de la unión marital será realizada por jueces de familia en primera instancia, es entendible que la declaración judicial mencionada en el artículo segundo de la misma ley, el cual hace referencia a la declaración judicial de la sociedad patrimonial entre compañeros, también se refiere a los jueces de familia. Lo anterior se puede entender así, debido a la dependencia de la sociedad patrimonial con respecto a la unión marital de hecho, ya que la primera es consecuencia de la segunda, y

¹⁹⁰ En igual sentido: Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de junio de 1995 expediente 5557. Magistrado Ponente: Héctor Marín Naranjo, Sentencia de 26 de abril de 2001 Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Sentencia de mayo 22 de 1998 expediente 7151 Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Sentencia de octubre 17 de 1995 expediente CJ-5665 Magistrado Ponente: Javier Tamayo Jaramillo.

constituye el efecto económico principal de este tipo de vínculo. Esta especialidad jurisdiccional es reiterada por la ley 446 de 1998, la cual consagra en su artículo 26 que son los jueces de familia los encargados sobre la declaración, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial surgida de la unión marital de hecho.

Al respecto, el doctor Pedro Lafont Pianetta dice que “consecuencia obligada a esta atribución jurisdiccional, es la inoponibilidad de que en el proceso correspondiente pueda acumularse (artículo 82, numeral 1 del C.P.C.) la pretensión civil de existencia y disolución de la sociedad de hecho que es de competencia civil (Supra N. 74-IV-2-B)”.¹⁹¹

Como puede observarse, el tema sobre la competencia en materia de sociedades de hecho y sociedades patrimoniales como producto de la unión marital, es bastante claro debido a que las propias normas lo resuelven. El conflicto surge cuando en la demanda el actor sustenta su pretensión de declaratoria de sociedad de hecho en las normas sobre uniones maritales de hecho. Sin embargo, la Corte Suprema ha aclarado, que si se verifican los requisitos de la Ley 54, habrá lugar a declarar la existencia de la unión marital de hecho pues se entiende que el actor desea esto y no el amparo de una sociedad de hecho. Si no se verifican los requisitos de ley, el caso deberá ser resuelto por el juez civil, quien deberá estudiar el caso y decidir respecto a la existencia de la sociedad de hecho.

3.4.9 Conclusión

La Ley 959 de 2005, por medio del cual “se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes”, si bien modifica algunos aspectos procesales, esta ley no realiza un cambio sustancial de la institución de las uniones de hecho en Colombia, ni brinda soluciones relevantes a problemas que ha tenido que resolver la jurisprudencia y que sin duda alguna continuarán.

¹⁹¹ 191 LAFONT PIANETTA, Pedro, *Ob. Cit. Página 384.*

3.5. ACTIVIDADES PEDAGOGICAS

Ap

3.5.1. Preguntas de reflexión

1. *¿Debe la sociedad patrimonial de hecho, ser declarada judicialmente antes de liquidarse por el procedimiento notarial?*
2. *¿Pueden los compañeros permanentes de común acuerdo liquidar y disolver la sociedad patrimonial de hecho?*
3. *¿Cuándo puede liquidarse la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes?*
4. *Si se ha disuelto la sociedad conyugal pero ésta no se ha liquidado, ¿se puede declarar la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes?*
5. *¿Qué bienes no entran a formar parte de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes?*
6. *¿Cómo se prueba la existencia de la unión marital de hecho y sociedad patrimonial entre compañeros permanentes?*
7. *¿Es lo mismo unión marital de hecho que sociedad patrimonial entre compañeros permanentes?*
8. *¿Cómo se prueba que la sociedad o sociedades conyugales anteriores fueron disueltas y liquidadas?*
9. *¿Qué tipo de procedimiento se utiliza para solicitar la declaración de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes?*
10. *¿Es procedente la medida cautelar de embargo y secuestro de bienes sujetos a registro en los procesos de declaración de existencia de la unión marital de hecho?*
11. *¿Le corresponde al compañero permanente algún derecho en la sucesión del causante?*

3.5.2. Talleres

3.5.2.1. Taller 1: Sociedad conyugal y sociedad patrimonial de hecho. Diferencias.

Identifique las diferencias entre sociedad conyugal y sociedad patrimonial de hecho

Gráfico 20

3.5.2.2. Taller 2: Sociedad conyugal y sociedad patrimonial de hecho. Semejanzas.

Identifique las semejanzas entre sociedad conyugal y sociedad patrimonial de hecho

Gráfico 21

Ap

3.5.2.3. Taller 3: Liquidación de sociedad patrimonial de hecho por el procedimiento notarial.

Identifique los pasos para realizar una liquidación de la sociedad patrimonial de hecho por el procedimiento notarial.

Gráfico 22

Número	Actividades

3.5.2.4. Taller 4: Procedimiento de liquidación de sociedad patrimonial de hecho ante la Jurisdicción de Familia

Identifique los momentos procesales que se identifican en el proceso de liquidación de la sociedad patrimonial de hecho ante la jurisdicción de familia

3.6. AUTOEVALUACION

Ae

A continuación se presentan un caso, con el fin de que Usted identifique:

1. El problema jurídico

2. La resolución del caso a partir de las fuentes jurídicas relacionadas con la institución jurídica objeto de estudio en este módulo.

CASO 1 : El litigio versa sobre la declaración judicial de existencia de la unión marital de hecho que conformaron Blanca Cecilia González y

Ae

Gráfico 23

Número	Momentos procesales

José Humberto Cepeda Figueroa, hasta la muerte de que ocurrió el 16 de abril de 1996; y el reconocimiento de la sociedad patrimonial derivada de aquélla, su disolución y liquidación.

La demandante y el causante vivieron en unión marital en forma permanente, ininterrumpida y singular en el municipio de Santa Rosa de Viterbo, desde el 14 de marzo de 1985 hasta el 16 de abril de 1996 fecha ésta en que falleció el compañero permanente; del trato marital se enteró "el vecindario en general", y del mismo fue fruto Leidy Fanory Cepeda González. Como consecuencia de dicha unión marital se formó la sociedad patrimonial integrada por dos bienes inmuebles que fueron incluidos como patrimonio hereditario en el proceso de sucesión de Cepeda Figueroa, el cual fue iniciado por John Alí Cepeda Rincón. La demanda fue dirigida inicialmente contra el heredero mencionado, John Alí, quien la respondió por fuera del término de traslado; y los herederos indeterminados, cuyo curador ad litem dijo atenerse a lo que se pruebe; después compareció al proceso Edward Steven, invocando su condición de hijo del causante, quien se opuso a las pretensiones tras de aducir que la demandante tiene sociedad conyugal vigente con el señor Segundo Eduardo Flechas desde el 1º de enero de 1973, a raíz de lo cual formuló las excepciones de "ausencia de los requisitos legales para que la actora pretenda obtener unos derechos", e "impedimento de uno de los compañeros permanentes para actuar como tal", por no reunir los requisitos exigidos por la ley 54 de 1990".

Ae

En primera instancia se profirió sentencia estimatoria que declaró la existencia de la unión marital entre el 26 de julio de 1992 y el 16 de abril de 1996; dicha sentencia fue al tribunal para que se surtiera el grado de consulta, por cuyo resultado se mantuvo la declaración de existencia de la unión marital de hecho pero señalando como fecha de iniciación de la misma el 31 de diciembre de 1990, y se revocó la decisión sobre reconocimiento de la sociedad patrimonial y los ordenamientos consecuentes.¹⁹²

CASO 2: La señora Consuelo Fonseca Zamora mantuvo unión marital de hecho con el señor Olmedo Díaz Rueda por más de 28 años, constituyéndose una sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes la cual no ha sido liquidada por ningún medio y que se mantuvo vigente, hasta el mes de diciembre de 1992, cuando el compañero decidió abandonar el hogar para hacer vida marital con la señora Laura Escobar Rodríguez. Al irse del hogar el señor Díaz Rueda en el mes de diciembre de 1992, no aclaró la situación respecto de los bienes conseguidos con la actora y de la sociedad patrimonial constituida entre ellos en razón de la convivencia permanente, por lo que en el mes de febrero de 1993 y en previsión de que el demandado la dejara sin bienes, la demandante inició proceso de declaratoria de existencia de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y su posterior disolución y liquidación. La pareja llega a un acuerdo y la demandante desiste de las pretensiones de la demanda, para que amigablemente se repartieran los bienes de la sociedad patrimonial. Libre de los problemas jurídicos, el señor Díaz Rueda, cedió a título de venta en favor de la señora Laura Escobar Rodríguez y de la menor Angélica Rocío Díaz Escobar, concubina actual e hija extramatrimonial del demandado, respectivamente, el inmueble de la carrera 4^a. C No. 26-42 de Ibagué que es uno de los varios bienes conseguidos dentro de la sociedad patrimonial de hecho del demandado y la actora. La señora Consuelo Fonseca demanda la simulación de la compraventa del inmueble reseñado alegando ser éste parte de la sociedad patrimonial.

¹⁹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 22 de Septiembre de 2003. Expediente No. 7877. Magistrado Ponente: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO*

3.7. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

B

LEGISLACIÓN

COLOMBIA. *Constitución de 1991*. Bogotá, Legis, 2006.

CODIGO CIVIL. Editorial Legis, Bogotá, 2007.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Editorial Legis, Bogotá, 2007.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 54 de 1990 (diciembre 28), “por el cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”. Diario Oficial No. 39615 del 31 de diciembre de 1990.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 979 del 2005 (julio 26), “por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes”. Diario Oficial No. 45.982 de 27 de julio de 2005.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 962 DE 2005 (julio 8), por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 640 DE 2001. Ministerio de justicia. decreto no. 1681 de 19996 (Septiembre 16 de 1996),

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 446 DE 1998

DOCTRINA

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil, Parte Especial*. Bogotá, Dupre Editores, 2004. 8 Edición. Capítulo XI: De los procesos de liquidación (P. 633-709). Capítulo II: de los procesos declarativos o de conocimiento. (P. 45-127)

B

LECTURA COMPLEMENTARIA:

ALVARO VALLEJO, Juan Álvaro y ECHEVERRY C., Julio César. *La unión marital de hecho y el régimen entre compañeros permanentes*. Bogotá, Biblioteca Jurídica Díke, 2000.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-114 del 21 de marzo de 2006*. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. Tema: prescripción

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 17 de octubre de 1995*. Expediente No. CJ -5665. Magistrado Ponente: JAVIER TAMAYO JARAMILLO. Tema: Conflicto de competencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 10 de noviembre de 1995*. Expediente No. 5798. Magistrado Ponente: RAFAEL ROMERO SIERRA. Tema: valor del interés para recurrir en Casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 20 de abril de 2001*. Expediente No. 6014. Magistrado Ponente: MANUEL ARDILA VELASQUEZ. Tema: sociedad de hecho en relación concubinaria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 5 de noviembre de 1998*. Expediente No. 5002. Magistrado Ponente: RAFAEL ROMERO SIERRA. Tema: responsabilidad civil extracontractual para actividades peligrosas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 10 de noviembre de 1995*. Expediente No. 5798. Magistrado Ponente: RAFAEL ROMERO SIERRA. Tema: dictamen pericial

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 30 de octubre de 2000*. Expediente No. 5830. Magistrado Ponente: MANUEL ARDILA VELÁSQUEZ. Tema: sociedad patrimonial.

B

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 4 de abril de 2001. Expediente No. 6439. Magistrado Ponente: SILVIO FERNANDO TREJOS. Tema: Sociedad patrimonial entre concubinos. Daño Emergente; Lucro Cesante; Daño Moral Subjetivo.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 20 de abril de 2001. Expediente No. 5883. Magistrado Ponente: JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ. Tema: Limitación en el tiempo para la presunción de la Unión marital de hecho*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 20 de Septiembre de 2000. Expediente No. 6117. Magistrado Ponente: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO. Tema: singularidad de la unión marital de hecho.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 4 de febrero de 2003. Expediente No. 6940. Magistrado Ponente: JORGE SANTOS BALLESTEROS. Tema: Diferencia entre concubinato y sociedad marital de hecho. Sociedad de hecho; concubinato; haber social.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 12 de febrero de 2003. Expediente No. 7465. Magistrado Ponente: MANUEL ARDILA VELASQUEZ. Tema: requisitos necesarios para la constitución de la unión marital de hecho. Causales de casación.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 22 de Septiembre de 2003. Expediente No. 7877. Magistrado Ponente: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO. Tema: Constitución de unión marital de hecho, elementos que deben presentarse para su conformación. Sociedad Patrimonial de hecho.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 4 de abril de 2001. Expediente No. 6439. Magistrado Ponente: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO. Tema: sociedad patrimonial*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Sentencia de 29 de noviembre de 2001. Expediente*

B

No. 6696. Magistrado Ponente: MANUEL ARDILA VELASQUEZ.
Tema: *Cesión de gananciales en sociedad patrimonial*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Auto 0252 de 1997. Expediente No. 6798/19 de septiembre de 1997. Magistrado Ponente: JORGE SANTOS BALLESTEROS. Tema: *procedencia del recurso de casación.*

4. BIBLIOGRAFIA GENERAL

LEGISLACIÓN

Legislación internacional

NACIONES UNIDAS. Recopilación de instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos Ginebra. 1988.

NACIONES UNIDAS. Carta Internacional de Derechos Humanos. Folleto infomativo No. 2. Centro de Derechos Humanos. De la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

Legislación nacional

COLOMBIA. Constitución de 1991. Bogotá, Legis, 2007

Código Civil, Editorial Legis, Bogotá, 2007

Ley 28 de 1932 (noviembre 12), sobre reformas civiles -régimen patrimonial en el matrimonio-. Diario oficial número 22139, de 17 de noviembre de 1932.

Ley 45 de 1936 (marzo 5), sobre reformas civiles (filiación natural). Diario oficial número 23147, de 30 de marzo de 1936.

Ley 90 de 1946 (diciembre 26), por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Diario oficial número 26322, de 7 de enero de 1947.

Ley 75 de 1968 (diciembre 30), por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Ley 12 de 1975 (enero 16), por la cual se dictan algunas disposiciones, sobre régimen de pensiones de jubilación. Diario Oficial No 34245, del 29 de enero de 1975.

Ley 1^a de 1976 (enero 19), por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil y se regula la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, y se modifican algunas disposiciones de los códigos civiles y de procedimiento civil en materia de derecho de familia. Diario oficial No. 34483, del 5 de febrero de 1976.

Ley 29 de 1982 (febrero 24), por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios. Diario Oficial 35961, del 9 de marzo de 1982.

Ley 113 de 1985 (diciembre 16), por la cual se adiciona la Ley 12 de 1975 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 37283, del 20 de diciembre de 1985

Ley 71 de 1988 (diciembre 19), por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 38.624, del 22 de diciembre de 1988.

Ley 54 de 1990 (diciembre 28 de 1990), por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Diario Oficial No. 39615, del 31 de diciembre de 1990.

Ley 48 de 1993 (Marzo 3), por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización. Diario Oficial No. 40.777, de 4 de marzo de 1993.

Ley 100 de 1993. (Diciembre 23), por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial No. 41.148, de 23 de diciembre de 1993.

Ley 447 de 1998 (julio 21). Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones.

Ley 599 de 2000 (julio 24). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No 44.097 de 24 de julio del 2000

Ley 797 de 2003 (enero 29), por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales. Diario Oficial No. 45.079 de 29 de enero de 2003.

Ley 979 DE 2005 (julio 26), por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

ANALES DEL CONGRESO.

- Anales del Congreso, No. 79 de 1988, miércoles 31 de agosto de 1988.
- Anales del Congreso, No. 139 de 1988, lunes 24 de octubre de 1988.
- Anales del Congreso, No. 204 de 1988, miércoles 14 de diciembre de 1988.
- Anales del Congreso, No. 80 de 1989, martes 19 de septiembre de 1989
- Anales del Congreso, No. 140 de 1990, martes 4 de diciembre de 1990.
- Anales del Congreso, No. 353 de 2003, lunes 21 de julio de 2003.
- Anales del Congreso No. 677 DE 2003, viernes 12 de diciembre de 2003.
- Proyectos de Ley en Colombia

CONGRESO DE LA REPUBLICA. Proyecto de ley No. 107, Cámara de 1988, "Por el cual se legisla sobre régimen patrimonial entre compañeros permanentes. En: Proyectos de Ley. Anales del Congreso, miércoles 31 de agosto de 1988. Parlamentaria: María Isabel Mejía Marulanda.

CONGRESO DE LA REPUBLICA. Proyecto de Ley 43 de 2002, Senado, "por el cual se reconocen las uniones de pareja del mismo sexo, sus efectos patrimoniales y otros derechos". Parlamentaria: Piedad Córdoba Ruiz. Gaceta del Congreso 325

Historia de las leyes. Legislatura de 1985. Tomo V. Senado de la República, 1987. P. 378 y 379. Senador Gerlein. (Ley 113 de 1985)

Historia de las leyes. Legislatura de 1985. Tomo V. Senado de la República, 1987. P. 381. Senador Luis Antonio Escobar

JURISPRUDENCIA.

Corte Constitucional

- Sentencia T-190 de 1993, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-553 de 1994. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo
- Sentencia T-202 de 1995 Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia T-018 de 1997 Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

- Sentencia T-266 de 1997 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz
- Sentencia T-566 de 1998, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sentencia T-660 de 1998, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia T-1103 de 2000, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia T-286 de 2000, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.
- Sentencia T-1098 de 2002, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia T-783 de 2003, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia T-326 de 1993, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia T-491 de 1993, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-042 de 1994, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.
- Sentencia T-517 de 1993, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara
- Sentencia T-090 de 1994, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara
- Sentencia T-122 de 1994, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara
- Sentencia T-165 de 1994, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara
- Sentencia T-132 de 1996, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara
- Sentencia T-358 de 1996, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-482 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-152 de 2002, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia C-174 de 1996, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía
- Sentencia C-239 de 1994, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.
- Sentencia C-1033 de 2002, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia C-014 de 2004, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C-102 de 2004, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-105 de 1994, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.
- Sentencia C-239 de 1994, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

- Sentencia C-114 de 1996, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.
- Sentencia C-533 de 2000, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C-237 de 1997, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-909 de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.
- Sentencia C-014 de 1998, Magistrado Ponente: Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-014/98. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C 154 de 1996.. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell
- Sentencia C388 de 1996. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz
- Sentencia C-75 del 7 de febrero de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-098 de 1996. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; Salvamento de voto de José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia SU-623 del 2001
- Sentencia C-814 DEL 2001
- Sentencia T-349 del 2006
- . Sentencia T-163 de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre.
- Sentencia C-814 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia SU-253 de 1998. Magistrado Ponente: Marco José Gregorio Hernández.
- Sentencia T-523 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.
- Sentencia C-068 de fecha febrero 10 de 1999. MAGISTRADO PONENTE: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Suprema de Justicia

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Noviembre 30 de 1935, Proceso Porto Carreño Vs. Arango. Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Zuleta Ángel.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 5830. Bogotá D. C., treinta (30) de Octubre de dos mil (2000). Magistrado Ponente Dr. Manuel Ardila Velásquez.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 5798. Bogotá, D.C., noviembre diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995). Magistrado Ponente Dr. Rafael Romero Sierra.
- Corte Suprema de Justicia Expediente No. 6696. Bogotá, D.C; noviembre veintinueve (29) de dos mil uno (2001). Magistrado Ponente Dr. Manuel Ardila Velásquez.
- Corte Suprema de Justicia Expediente No. 6660 Bogotá D. C., trece (13) de diciembre de dos mil dos (2002). Magistrado Ponente Dr. Jorge Santos Ballesteros.
- Corte Suprema de Justicia Expediente No. 5947 Bogotá D. C., veinticinco (25) de Septiembre de dos mil uno (2001). Magistrado Ponente Dr. Nicolas Bechara Simancas.
- Corte Suprema de Justicia Expediente No. 6984 Bogotá D. C., nueve (9) de marzo de dos mil cuatro (2004). Magistrado Ponente Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.
- Corte Suprema de Justicia Expediente 6439. Bogotá, D. C., cuatro (4) de Abril de dos mil uno (2001). Magistrado Ponente Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.
- Corte Suprema de Justicia Expediente No. 6117. Bogotá D. C., veinte (20) de Septiembre de dos mil (2000). Magistrado Ponente Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.
- Corte Suprema de Justicia Expediente No. 5002. Bogotá, D. C., cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). Magistrado Ponente Dr. Rafael Romero Sierra.
- Corte Suprema de Justicia Expediente No. 7877. Bogotá D. C., veintidós (22) de Septiembre de dos mil tres (2003). Magistrado Ponente Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.
- Corte Suprema de Justicia Auto 0252 de 1997 Expediente No. 6798 / diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Magistrado Ponente Dr. Jorge Santos Ballesteros.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de octubre de 1998. Expediente No. 4920. Magistrado Ponente: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Tema: simulación-lesión enorme.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de julio de 1992. Gaceta Judicial No. 2458. Tema: simulación-lesión enorme).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de julio de 1990.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de julio de 1990.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de octubre de 1982. Magistrado Ponente: Alberto Ospina. Tema: simulación.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 11 de junio de 1991. Magistrado Ponente: Rafael Romero Sierra. Tema: simulación – prueba de indicios.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de diciembre de 1990. Magistrado Ponente: Alberto Ospina. Tema: ocultación de bienes (art. 1824).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de septiembre de 1993. Magistrado Ponente: Héctor Marín Naranjo.Tema: simulación.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de junio de 1991. Magistrado Ponente: Alberto Ospina Botero. Tema: contratos de compraventa de bienes muebles entre cónyuges.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de marzo de 1996. Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta. Tema: renuncia de gananciales de la sociedad conyugal disuelta.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de octubre de 1953. Magistrado Ponente: Pablo Emilio Manotas. Tema: lesión enorme.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de octubre de 1969. Magistrado Ponente: Flavio Cabrera Duzán. Tema: lesión enorme.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de octubre de 1976. Magistrado Ponente: Ricardo Uribe Holguín. Tema: rescisión por lesión enorme.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 23 de octubre de 1981. Magistrado Ponente: Ricardo Uribe Holguín.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia. En: Gaceta Judicial tomo LVII. Julio 12 de 1994.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 461 del 14 de diciembre de 1990. Magistrado Ponente: Héctor Marín Naranjo.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia octubre 14 de 1976. Magistrado Ponente: Ricardo Uribe Holguín. En: Gaceta Judicial. Tomo CLII, diciembre de 1976. Número 2393.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 461 del 14 de diciembre de 1990. Magistrado Ponente: Héctor Marín Naranjo.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de junio de 1991. Tema: compraventa entre cónyuges no divorciados.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de marzo de 1939. Tema: compraventa entre cónyuges no divorciados.

Tribunal superior de bogota

- Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala de Familia Radicación No. 3970; Bogotá, D. C., treinta (30) de Agosto de dos mil cuatro (2004). Magistrado Ponente Dr. Jaime Omar Cuellar Romero.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial Radicación No. 3171; Bogotá, D. C., veintisiete (27) de Agosto de dos mil tres (2003). Magistrado Ponente Dr. Jasael Antonio Giraldo.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala de Familia Radicación No. 3070; Bogotá, D. C., treinta (30) de Septiembre del dos mil cuatro (2004). Magistrado Ponente Dr. Jasael Antonio Giraldo.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala de Familia Radicación No. 3159; Bogotá, D. C., veintisiete (27) de Agosto de dos mil tres (2003). Magistrado Ponente Dr. Jasael Antonio Giraldo Castaño.

DOCTRINA NACIONAL

AMAYA OSORIO, Juan Camilo y RUIZ TREJOS, Juan Manuel. La unión marital de hecho en Colombia. Estudio general y análisis de jurisprudencia antes y después de la Ley 54 de 1990. Monografía de grado. Trabajo de Investigación profesoral. Universidad de los Andes, Bogotá, 2003.

ARCINIEGAS, Ana María. La evolución del concepto de unión marital de hecho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Monografía de grado. Trabajo de Investigación profesoral. Universidad de los Andes, Bogotá, 2005.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Régimen de los concubinos en Colombia. Editorial U. de A, 1962.

CANON RAMÍREZ, Pedro Alejo. Sociedad conyugal y concubinato. Editorial ABC, Bogotá, 1983.

Cepeda Espinosa, Manuel José. Los Derechos Fundamentales y la Constitución de 1991. Bogotá, Editorial Temis, 1997.

COLOMBIA DIVERSA. Voces excluidas. Legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia. Bogotá, 2005.

CORAL B, María Cristina y Torres C, Franklin. Instituciones de Derecho de Familia. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2002

CORAL B, María Cristina y Torres C, Franklin. Régimen de la sociedad conyugal. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2002

ECHEVERRY de Ferrufino, Ligia (1984): La familia de hecho en Colombia (Constitución, características, y consecuencias socio-jurídicas). Ediciones Tercer Mundo. Bogotá, 1987.

ESCOBAR VELEZ, Edgar Guillermo y LOPEZ HUTADO, Beatriz. La unión marital de hecho. 2 edición, Medellín, editora jurídica colombiana, 1997.

ESCOBAR VELEZ, Edgar Guillermo, La unión marital de hecho, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 1997.

Estudios ocasionales del cijus. Observatorio legal de la mujer, el legado de la Constitución. Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, diciembre de 1998.

Estudios ocasionales del cijus. Opinión pública y Corte Constitucional. Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, mayo de 1996.

GARCÍA RESTREPO, Álvaro Fernando Y ROCA BETANCUR, Luz Stella. Unión marital de hecho y sociedad patrimonial. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2001.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. Elementos de Derecho de Familia. Bogotá, Editorial Facultad de Derecho, 1999.

GATTI, Hugo E. Tendencias actuales en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges. Madrid, editorial Reus, 1959. Número 223.

Jordán González, Marcela. La familia: concepto y nuevo alcance constitucional, trabajo de grado, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Bogotá, 1997. LAFONT PIANETA, Pedro. La familia natural. En. Revista Facultad de Derecho. Universidad nacional, Bogotá, 1978.

LAFONT PIANETTA, Pedro, Derecho de Familia- Unión marital de hecho, Tercera Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 2001.

LEMOSSANMARTIN, Matilde. La familia de hecho. ¿Hacia la igualdad familiar? Tratamiento legal y jurisprudencial de las uniones maritales de hecho y de las uniones homosexuales. Bogotá, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2007.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces, Editorial Legis, Bogotá, 2001

MADRID-MALO GARIZABAL, Mario. Derechos fundamentales. Bogotá, 3R Editores, 1997. ISBN: 958-96137-4-8. Capítulo VIII: El Derecho al matrimonio. P. 127-139.

MONTOYA MEDINA, Luis Eduardo. El derecho de no casarse. Bogotá, 1991.

MONTEALEGRE OLAYA, Adriana. Análisis de la legislación de la unión marital de hecho a partir de la expedición de la Ley 54 de 1990. Monografía

de grado. Trabajo de Investigación profesoral. Universidad de los Andes, Bogotá, 2005.

MARTINEZ GONZALEZ, Margarita. Régimen patrimonial de la unión marital de hecho. Monografía de grado. Trabajo de Investigación profesoral. Universidad de los Andes, Bogotá, 2005.

NEIRA TOBON, María. La pensión de sobrevivientes bajo el régimen de la unión marital de hecho. Monografía de grado. Trabajo de Investigación profesoral. Universidad de los Andes, Bogotá, 2005.

PRECIADO AGUDELO, Darío. De la sociedad de hecho y entre concubinos. Editorial Jurídica de Colombia, Medellín, 1985.

QUIROZ MONSALVO, Aroldo. Manual de Familia: Matrimonio (civil y religioso) y unión marital de hecho. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1999.

QUIROZ MONSALVO, Aroldo. Manual civil de Familia: Sociedad conyugal y patrimonial de hecho. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2007. 3 edición.

RAMÍREZ GÓMEZ Clara, Fresneda Oscar, La Familia Colombiana, ¿crisis o renovación?, Observatorio de Coyuntura Socio Económica, Centro de investigaciones para el desarrollo, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Colombia, UNICEF- Bogotá, 1998.

RODRÍGUEZ RAMOS, Antonio Manuel. Vuelve el concubinato. Colección Ensayos de Derecho Privado No. 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

RUEDA Ricardo, Origen y evolución de la Unión Marital de Hecho, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, Noviembre 19 de 2000.

SÁNCHEZ MERCADO, Cristina, Unión marital de hecho, Editorial Jurídica Equidad, Cali, Colombia, 1995.

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo I. Régimen de las personas. 9 edición. Bogotá, Librería Temis, 2006.

SUÁREZ M., Hellmut F. Teoría y práctica del Derecho de familia y protección al menor. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Bogotá: ediciones Doctrina y Ley, 1995.

VALENCIA ZEA, Arturo, MONSALVE ORTIZ, Álvaro, Derecho Civil: Derecho de Familia, Tomo V, Editorial Temis S.A, Bogotá, Colombia, 1995.

VALLEJO, Juan Alvaro, ECHEVERRI, Julio César, PALACIO, Rodrigo León, La unión marital de hecho y el Régimen Patrimonial entre Compañeros Permanentes, Editorial DIKE, Bogotá, Colombia, 2000.

VILLAREAL OSORIO, Martha Liliana. La libertad de conformar una unión marital de hecho y su real protección a través de la jurisprudencia. Monografía de grado. Trabajo de Investigación profesoral. Universidad de los Andes, Bogotá, 2005.

Doctrina Extranjera

AZNAR GIL, Federico R. Uniones matrimoniales irregulares. Doctrina y pastoral de la Iglesia. Salamanca. Universidad Pontificia de Salamanca, 1993. ISBN 84-7299-306-X.

CONSEJO PONTIFICIO PARA LA FAMILIA. La Familia, matrimonio y “uniones de hecho”. Madrid, Palabra, 2000. ISBN: 8482395017.

ESTRADA ALONSO, Eduardo. Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1986, 2 edición.

GARCIA CANTERO, Gabriel. El concubinato en el Derecho civil francés. Roma-Madrid, CSIC, 1965.

GONZALEZ BEILFUSS, Cristina. Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea. Madrid, Marcial Pons, 2004.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004. ISBN 84-9768-111-8.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. Acuerdo entre convivientes more uxorio. Revista de Derecho Privado. 2001. pp 841 y ss (y AAMN XL, 2003, PP 201 Y SS).

Martínez de Aguirre, Carlos. Diagnóstico sobre el Derecho de Familia. Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia No. 21, Pamplona (España), Ediciones Rialp, 1996.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. Las uniones de hecho: Derecho aplicable (1). En: Revista Actualidad Civil. No. 36 Semana 4 al 10 de octubre de 1999. P. 1095-1109.

MEDINA, Graciela. Los homosexuales y el Derecho a contraer matrimonio. Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, 2001.

MESA MARRERO, Carolina. Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos. 3 edición, Editorial Aranzadi, 2006. ISBN 84-9767-583-5

JACOME BARRETO, Julia María. Unión Marital de Hecho y Compañeros Permanentes: Orígenes, desarrollo jurisprudencial y modificaciones legales. Trabajo de investigación bajo la dirección de Faridy Jiménez. Monografía de Grado. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 2005.

TALAVERA FERNANDEZ, Pedro A. La unión de hecho y el derecho a no casarse. Granada (España), Editorial Comares, S.L., 2001

PEREZ URENA, Antonio Alberto. Uniones de hecho: estudio práctico de sus efectos civiles. Madrid, Edisofer, S.L., 2000. P. 42.

REINA, Víctor y MARTINELL, Joseph M. Las uniones matrimoniales de hecho. Madrid, Marcial Pons, 1996.

Páginas en Internet

<http://www.acci.gov.co/acci/novedades/manual.pdf>

<http://www.acci.gov.co/acci/InteresGeneral/ABC.pdf>

www.banrep.gov.co

www.lexbase.com

www.ramajudicial.gov.co

www.senado.gov.co

ANEXOS

ANEXO 1: CASO INTEGRADOR

Título: Una familia extramatrimonial ¹⁹³

Desde el año de 1986, José Robin Guerra Hernández y Leonor Cecilia Morales hacen vida marital, como compañeros permanentes. En noviembre de 2000, el hijo de Leonor Cecilia Morales, Luis Alejandro Ninco Morales, afilió al señor José Robin Guerra Hernández a la E.P.S. Salud Total, como su beneficiario. En tal momento, el señor Luis Alejandro Ninco adujo que el demandante era su padre.

Luego de un trámite de tutela, en la cual se ordenó a la demandada que atendiera las dolencias coronarias del demandante, la E.P.S. Salud Total requirió a Luis Alejandro Ninco para que remitiera la documentación que acreditaba la calidad de padre del demandante.

Mediante comunicación del día 4 de abril de 2002, la E.P.S. Salud Total informó al señor Luis Alejandro Ninco Morales que procedería a desafiliar al demandante. En la comunicación expresó que el decreto 806 de 1998 establece que el grupo familiar del afiliado cotizante estará constituido por “a falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de éste” (Art. 34). La E.P.S. señaló que estaba probado que el demandante no es padre del señor Luis Alejandro Ninco Morales, razón por la cual no hacía parte de su núcleo familiar y, por lo mismo, no podía ser beneficiario del afiliado cotizante. Con base en estos criterios, la E.P.S. adoptó la decisión de desafiliar al demandante.

Por su parte, la Superintendencia Nacional de Salud, ante derecho de petición elevado por la señora Leonor Cecilia Morales Saavedra, preciso que la Ley 100 de 1993 únicamente autoriza afiliar a los padres del cotizante. Como quiera que el demandante no es padre, el señor Luis Alejandro Ninco Morales no lo podía afiliar.

El demandante interpuso acción de tutela por los anteriores hechos. En su concepto, la E.P.S. demandada violó sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la familia y al debido proceso. En relación con el primero, indica que de los artículos 48 y 365 de la Carta se desprende el principio de continuidad del

¹⁹³ Corte Constitucional. Sentencia T-163/03 (26 de febrero). Magistrado Ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL.

servicio. Aduce que este punto fue resuelto por el Tribunal Superior de Familia en el proceso tutela que por la negativa de prestar el servicio de salud inició el demandante en contra de Salud Total E.P.S., cuando señaló que si ésta tenía dudas sobre la filiación, tal asunto debía ser resuelto por las autoridades competentes.

En relación con el debido proceso, estima que su afiliación implicaba que existía una situación jurídica consolidada que impedía a la E.P.S. modificar unilateralmente la relación contractual, sin iniciar previamente una acción de lesividad.

La representante legal de Salud Total E.P.S. informó al a quo que la decisión de desvincular al demandante no fue producto de una decisión arbitraria o caprichosa. Explica que al estudiar los documentos recopilados en un proceso de tutela anterior, aparecieron datos que permitían dudar de la paternidad del demandante respecto de Luis Alejandro Ninco. Por tal motivo, le solicitó que suministrara la documentación que acreditaba el parentesco. Ante la manifestación hecha por el señor Ninco en marzo de 2002 sobre la calidad de padrastro del demandante, la E.P.S. dio aplicación al numeral 7 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, que expresamente autoriza a las E.P.S. cancelar unilateralmente la afiliación cuando el afiliado solicite u obtenga “la prestación de servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud a personas que legalmente no tengan derecho a ellos”, cuando suministre “a las entidades promotoras o prestadoras de servicios, en forma deliberada, información falsa o engañosa” y cuando utilice “mecanismos engañosos o fraudulentos para obtener beneficios del sistema”.

Mediante sentencia del 6 de agosto de 2002, la Juez Primero Penal Municipal de Bucaramanga concedió la tutela. En su concepto, la E.P.S. estaba frente a una situación jurídica consolidada y que si consideraba errada tal situación, debía intentar una acción de lesividad, tal como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia T-618 de 2000.

Impugnada la decisión, el Juez Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga revocó la decisión del a quo y negó la tutela. En su concepto el demandante busca que, mediante tutela, se revoque un acto administrativo. Para ello podía acudir a las acciones contenciosas administrativas. Considera, por otra parte, que, tal como lo indicó la Superintendencia Nacional de Salud en la comunicación dirigida a la compañera permanente del demandante, si éste no era padre (biológico o adoptante) del afiliado cotizante, no puede obligarse a la E.P.S demandada a que lo afilie. En todo caso, precisa, el demandante puede acudir al sistema de seguridad en salud subsidiado, a fin de ser vinculado al régimen de salud subsidiado.

Teniendo en cuenta el caso anterior, reflexione en torno a los siguientes problemas jurídicos que se identifican en el presente caso, y a partir de los principios constitucionales:

- ¿para efectos de la afiliación al régimen de seguridad social en salud, puede considerarse como padre al compañero permanente de la madre del cotizante cuando tal relación ha durado 15 años o, por el contrario, la calidad de padre únicamente se predica de quien legalmente ostenta dicha calidad?
- ¿la desafiliación de una persona del sistema de seguridad social en salud, debido a debates jurídicos sobre la calidad de padre de un cotizante, puede ser decidida por las E.P.S., por tratarse de un asunto administrativo o, por ser un debate jurídico relativo al goce de derechos, debe ser resuelto por una autoridad judicial?

ANEXO 2: GLOSARIO

Affectio : locución latina que significa afecto y que da a entender la amistad auténtica, el afecto recíproco entre compañeros, el origen espontáneo de la solidaridad y responsabilidad de los convivientes.

Capitulaciones matrimoniales: es el acto jurídico mediante el cual los futuros esposos acuerdan efectuar modificaciones al régimen patrimonial o que ellos pacten la exclusión de bienes que puedan hacer parte del régimen.

Capitulaciones maritales de la sociedad patrimonial: es el acto jurídico mediante el cual los futuros compañeros permanentes acuerdan efectuar modificaciones al régimen patrimonial o la sociedad patrimonial o excluirlo.

Cohabitación: significa hacer vida marital entre un hombre y una mujer.

Convivencia more uxorio: la relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistemas de fuentes del Derecho.

Familia: en un sentido antropológico, la familia se conforma por la totalidad de las personas conectadas por lazos de parentesco o por vínculos jurídicos (matrimonio) o de hecho (unión marital de hecho). Desde una perspectiva sociológica, la familia es el conjunto de personas relacionadas que viven bajo

el mismo techo y que participan en común de actividades ligadas al sostén cotidiano del hogar o comunidad doméstica. En sentido jurídico, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Derecho de Familia: es el conjunto de disposiciones legales que regulan la familia y sus miembros en los aspectos personales y patrimoniales resultantes del vínculo familiar, así como sus efectos legales en relación con terceros.

Derechos de las familias: los derechos de la familia son aquellos que protegen a un grupo de individuos, sin desvirtuar o subsumir en el conjunto los derechos de sus integrantes (niños/as, adolescentes, mujeres, ancianas/os). ¹⁹⁴

Gráfico 24

Declaración de existencia de la unión marital de hecho: es el acto mediante el cual la ley exige a los compañeros permanentes se realice la existencia de la unión de hecho teniendo en cuenta el tiempo de convivencia, la permanencia y la singularidad.

Tipo de derecho	Derechos Mínimos
Demográficos	Derechos Reproductivos Derecho a la unidad de la familia ante situaciones de separación forzosa
Culturales	Derecho a la identidad cultural Derecho a definir las formas de constitución, organización y funcionamiento familiar
Sociales	Derecho al Trabajo Derecho a la salud, la educación y la vivienda
Políticos	Derecho a participar en las decisiones que la involucran
Económicos	Derecho a un patrimonio familiar inalienable Tratamiento fiscal especial durante la época de crianza y educación de los hijos Seguro de desempleo para los padres durante la época de crianza y educación de los hijos
Ambientales	Derecho a condiciones mínimas de espacio en la vivienda Derecho a espacios públicos cercanos a la vivienda Derecho a no tener que vivir en situaciones de riesgo ambiental

¹⁹⁴ Clasificación propuesta por la investigadora Norma Rubiano y Lucero Zamudio. (1994) *Las familias de hoy en Colombia*. Citado en *Mujeres, Familia y Derechos Humanos. Una vía hacia el empoderamiento*. Cartilla No. 4, Fundación Foro Nacional por Colombia. Bogotá, Diciembre de 2001: 49

Disolución de la sociedad conyugal: es la finalización de la sociedad conyugal, a partir de algunas situaciones previstas por la ley, tales como: la muerte de uno o ambos esposos, el divorcio o la nulidad matrimonial.

Disolución de la sociedad patrimonial: es la finalización de la sociedad conyugal, a partir de algunas situaciones previstas por la ley, tales como: la muerte de uno o ambos compañeros permanentes, por el matrimonio de un compañero o compañera o de ambos compañeros permanentes con personas distintas a quienes forman parte de la sociedad patrimonial y por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública.

Deber marital: se refiere a un deber familiar especial en la heterosexualidad marital de la comunidad de vida.

Deber de socorro: se entiende el deber de sostenimiento a cargo de las mismas partes, mediante la cooperación de esfuerzos, llamado tradicionalmente "socorro y ayuda mutua".

Fidelidad marital: representa un deber familiar sobre la creencia personal en la comunidad de vida, fundada en la confianza mutua del hombre y la mujer.

Liquidación de la sociedad conyugal: se entiende como el negocio jurídico mediante el cual se da por terminada definitivamente, la comunidad indivisa de la sociedad conyugal.

Liquidación de la sociedad patrimonial de hecho: se entiende como el negocio jurídico mediante el cual se da por terminada definitivamente, la comunidad indivisa de la sociedad patrimonial de hecho.

Protección integral: Es el reconocimiento que hace la ley, a los niños, las niñas los adolescentes y las adolescentes como sujetos de derechos, la garantía y el cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su re establecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

Parentesco: es la relación o conexión existente entre dos personas unidas por los vínculos de sangre. El parentesco al mismo tiempo que vincula a los miembros de una familia, también origina derechos y deberes entre los miembros de

un determinado grupo familiar. El parentesco varía según sea parentesco por consanguinidad, por afinidad o el civil (adopción). En el ordenamiento civil colombiano existen tres grados de parentesco, a saber: parentesco de consanguinidad, parentesco de afinidad y el parentesco civil. El parentesco por consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidos por los vínculos de la sangre (art. 35 del C.). Es parentesco por afinidad el que existe entre una persona que está o ha sido casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer; este parentesco se llama de afinidad legítima, hoy afinidad (art. 47 del C.C.). Es también parentesco por afinidad el que existe entre una de las personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas, y los consanguíneos ilegítimos de la otra (art. 48 del C.C.). Es esta la afinidad ilegítima. Es parentesco civil el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer, y el adoptivo, se encuentran entre sí respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo (art. 50 del C.C.).

Las normas constitucionales han tenido en cuenta el parentesco para reconocer el derecho fundamental a no ser obligado a declarar, y para instituir diversas inhabilidades.

Pareja: conjunto de dos personas que tienen alguna correlación o semejanza entre sí. Se emplea la palabra para referirse al conjunto formado por hombre y mujer en el matrimonio y en la unión hecho. También, denota el término a las personas del mismo sexo (parejas homosexuales) que comparten una relación estable. La Constitución consagra que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derecho y deberes de la pareja.

Protección a la familia: la protección comprende tanto el aspecto material como el moral y la armonía familiar, indispensables para su subsistencia y necesarios para la convivencia pacífica dentro del entorno social. La protección, se extiende a cualquier unidad social cuyos miembros estén vinculados por relaciones análogas a las de índole conyugal o parental.

Principio de igualdad: es el derecho a la no discriminación y al tratamiento similar frente a otros. En el ámbito del derecho de familia este principio comprende la igualdad entre los cónyuges y entre los compañeros permanentes en su caso, así como la igualdad entre los hijos.

Persona: individuo de la especie humana, cualquier que sea su origen, etapa biológica de desarrollo, edad, sexo, raza, estado de salud u otra condición. Todo

ser humano es persona. Todas las personas tienen unos derechos inherentes e inalienables –los derechos humanos–cuya primacía reconoce el Estado.

Personalidad: conjunto de los rasgos peculiares del ser y del obrar de cada persona, que le permiten caracterizarse y ser distinta de los demás seres humanos. La Constitución reconoce que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad.

Personalidad jurídica: es la aptitud de la persona para ejercer derechos, contraer obligaciones, cumplir deberes y ser representada. La personalidad jurídica es la expresión de la juridicidad esencial del ser humano. La Constitución reconoce a toda persona el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Presunción de la sociedad patrimonial: se refiere a la presunción que establece la ley del hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinadas por la ley, la presunción se llama legal.

Sociedad civil: es un conjunto de asociaciones y agrupaciones voluntarias de carácter privado relativamente espontáneos que descubren los problemas más sensibles de la sociedad y les dan relevancia política. “Se trata de un estilo asociativo para manejar asuntos de interés general en un espacio público cada vez más complejo que se vigoriza con el tejido de diversas perspectivas. Es una reserva de opiniones y participantes que proceden de círculos privados y que se potencian frente a intereses generales e influyen así en los mismos medios de comunicación y en la esfera pública.

Sociedad conyugal: “...es una institución de orden público y de carácter accesorio porque se forma por el hecho del matrimonio y no puede subsistir sin él (...).”¹⁹⁵

Sociedad patrimonial de hecho: es “una comunidad patrimonial especial de ganancias, amparada por la ley para los compañeros permanentes. Como tal, tiene una duración efímera, con un poco de mayor inestabilidad que la sociedad conyugal, que se entiende especial desde su nacimiento hasta su disolución, a la cual generalmente se sigue en estado de indivisión indiferente”¹⁹⁶. La sociedad patrimonial de hecho surge de la existencia de la unión marital de hecho

195 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 5 de noviembre de 1960.

196 MANRIQUE RAMÍREZ, Gilberto. *La unión marital rehecho*. Monografía. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. 1995. P. 132-139.

entre compañeros permanentes, siempre y cuando la unión haya tenido una duración mínima de dos años.

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

Unión de hecho: la unión constituida por dos personas que conviven bajo el mismo techo sin haber contraído matrimonio. “(...) la relación efectiva de una pareja con independencia de su sexualidad, que comparte un proyecto de vida en común, con intención de permanencia y que, sin ningún tipo de formalidad en su constitución, desarrollan la convivencia en el mismo hogar de forma semejante a la conyugal”.¹⁹⁷

Uniones de hecho homosexuales: son uniones de dos personas del mismo sexo que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida que es conocida públicamente.

Unión de personas: la unión de personas fuera del matrimonio se denomina de diferentes maneras: unión de hecho, convivencia fuera del matrimonio, convivencia extramatrimonial, unión libre, concubinato, familia de hecho, familia extramatrimonial, matrimonio de hecho, uniones maritales de hecho, parejas no casadas, compañeros no matrimoniales y convivencia more uxorio.

Unidad familiar: es el equilibrio entre la libertad de los cónyuges o compañeros permanentes y las exigencias concretas de la misma unidad, que hace que se privaticen las relaciones familiares, en el estado de convivencia o en el de la separación.

Solidaridad familiar: es un valor social equivalente de todos los miembros de la sociedad y comprende el ideal de la pertenencia plena de todos los miembros de una comunidad y de su participación en lo que cada sociedad considera una forma idónea de vida.

Mujer cabeza de familia: mujer que por cualquier circunstancia tiene a su cargo la familia cuando en ésta no hay una pareja que asuma conjuntamente la dirección del hogar. El Estado debe, por mandato de la Carta, darle un apoyo especial.

¹⁹⁷ MESA MARRERO, Carolina. *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2006. 2ed. P. 46.

Niño(a): persona menor de 18 años. Sus derechos fundamentales son reconocidos expresamente por la Constitución y prevalecen sobre los derechos de los demás. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño(a) para garantizar el desarrollo armónico e integral de sus derechos. El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajo riesgoso. Todo niño(a) menor de un (1) año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tiene derecho a recibir, según las reglamentaciones legales de la materia, atención gratuita en todas las instituciones del Estado.

Finalmente es importante resaltar que la corporación ha extendido los derechos fundamentales de los niños al nonato o “nasciturus”, esto es, al niño que está por nacer. Al respecto la Corte ha afirmado que “Es incuestionable la indefensión del niño que está por nacer (...) se tienen derechos desde la concepción.”¹⁹⁸ Así pues entran en la categoría de niños, como titulares de derechos fundamentales prevalentes, los nasciturus, los infantes, los impúberes, y queda abierta la discusión en torno a las menores o los menores adultos o adolescentes en términos de hacer extensivo o no la aplicación del artículo 44 o circunscribirlos al artículo 45.

Vida en común: “(...) es la convivencia entre un hombre y una mujer en todas las manifestaciones posibles, bien sea a nivel territorial, es decir, en la misma ciudad, domicilio y habitación; a nivel personal, es decir en lo físicosíquico; y familiarmente, es decir, en la convergencia del hogar el trato familiar. Todo con el objetivo de facilitar la integración comunitaria de vida marital, así mismo la dirección del hogar, posibilitando el uso del derecho a la patria potestad sobre los hijos comunes”¹⁹⁹

Violencia intrafamiliar: es la acción de maltrato físico, psíquico o sexual que recae sobre cualquier miembro, hombre o mujer, del núcleo familiar.

Sistema Nacional de Bienestar Familiar: es un conjunto de instituciones, actividades, que bajo la coordinación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- tienen a su cargo la articulación de las entidades responsables de la garantía de los derechos, la prevención de su vulneración, la protección y el restablecimiento de los mismos, en los ámbitos nacional, departamental, distrital, municipal y resguardos o territorios indígenas.

¹⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T- 179, MAGISTRADO PONENTE: Alejandro Martínez Caballero.*

¹⁹⁹ VALLEJO T., Juan Álvaro y otros. *La unión marital de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.* Bogotá, Dike Biblioteca Jurídica, 2000. P. 86-87

ANEXO 3: LEGISLACION RELEVANTE EN RELACIÓN CON LAS UNIONES MARITALES DE HECHO EN EL DERECHO COLOMBIANO

Ley 54 de 1990
(diciembre 28)

Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho. Nota: La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de este artículo en la Sentencia C-239 del 19 de mayo de 1994 y C-098 del 7 de marzo de 1996.

Artículo 2o. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio; (Nota: Este literal fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-098 del 7 de marzo de 1996.)

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inicio la unión marital de hecho.

Artículo 3o. El patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por partes iguales a ambos compañeros permanentes.

Parágrafo. No formarán parte del haber de la sociedad, los bienes adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, ni los que se hubieren adquirido

antes de iniciar la unión marital de hecho, pero sí lo serán los réditos, rentas, frutos o mayor valor que produzcan estos bienes durante la unión marital de hecho. (Nota: Las expresiones señaladas con negrilla en este parágrafo, fueron declaradas exequibles condicionalmente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-014 del 4 de febrero de 1998.)

Artículo 4o. La existencia de la unión marital de hecho se establecerá por los medios ordinarios de prueba, consagrados en el Código de Procedimiento Civil y será de conocimiento de los jueces de familia, en primera instancia. Nota: Este artículo fue demandado parcialmente ante la Corte Constitucional y está pendiente de sentencia. R-5737 de marzo 28 de 2005.

Artículo 5o. La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se disuelve:

- a) Por la muerte de uno o de ambos compañeros;
- b) Por el matrimonio de uno o de ambos compañeros con personas distintas de quienes forman parte de la sociedad patrimonial;
- c) Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública;
- d) Por sentencia judicial.

Artículo 6o. Cualquiera de los compañeros permanentes o sus herederos, podrán pedir la liquidación de la sociedad patrimonial y la adjudicación de los bienes. Cuando la causa de la disolución y liquidación sea la muerte de uno o de ambos compañeros permanentes, la liquidación podrá hacerse dentro del respectivo proceso de sucesión, siempre que exista la prueba de la unión marital de hecho, en la forma exigida por el artículo 2o. de la presente Ley.

Artículo 7o. A la liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, se aplicarán las normas contenidas en el Libro 4o., Título XXII, Capítulos I al VI del Código Civil.

Los procesos de disolución y liquidación de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, se tramitarán por el procedimiento establecido en el Título XXX del Código de Procedimiento Civil y serán del conocimiento de los jueces de familia, en primera instancia. (Nota: La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de este inciso en la Sentencia C-239 del 19 de mayo de 1994.)

Artículo 8o. Las acciones para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, prescriben en un año, a partir de la separación física y definitiva de los compañeros, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o de ambos compañeros.

Parágrafo. La prescripción de que habla este artículo se interrumpirá con la presentación de la demanda. (Nota: Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-114 del 21 de marzo de 1996.)

Artículo 9o. La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Dada en Bogotá, D.E., a 28 de diciembre de 1990.

El Presidente del honorable Senado de la República, Aurelio Iragorri Hormaza.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes, Hernán Berdugo Berdugo.

El Secretario General del honorable Senado de la República, Crispín Villazón de Armas.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes, Silverio Salcedo Mosquera.

REPUBLICA DE COLOMBIA-GOBIERNO NACIONAL
Publíquese y ejecútese.

Bogotá, D.E., 28 de diciembre de 1990.

CESAR GAVIRIA TRUJILLO

El Ministro de Justicia, Jaime Giraldo Ángel.

LEY 979 DE 2005
(julio 26)

Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 2º de la Ley 54 de 1990, quedará así:

Artículo 2º. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;
- b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios:

1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo.

2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo.

Artículo 2º. El artículo 4º de la Ley 54 de 1990, quedará así:

Artículo 4º. La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:

1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.
2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.
3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia.

Artículo 3º. El artículo 5º de la Ley 54 de 1990, quedará así:

Artículo 5º. La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se disuelve por los siguientes hechos:

1. Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a Escritura Pública ante Notario.
2. De común acuerdo entre compañeros permanentes, mediante acta suscrita ante un Centro de Conciliación legalmente reconocido.
3. Por Sentencia Judicial.
4. Por la muerte de uno o ambos compañeros.

Artículo 4º. El artículo 6º de la Ley 54 de 1990, quedará así:

Artículo 6º. Cualquiera de los compañeros permanentes o sus herederos podrán pedir la declaración, disolución y liquidación de la Sociedad Patrimonial y la adjudicación de los bienes.

Cuando la causa de la disolución y liquidación de la Sociedad Patrimonial sea, la muerte de uno o ambos compañeros permanentes, la liquidación podrá hacerse dentro del respectivo proceso de sucesión, siempre y cuando previamente se haya logrado su declaración conforme a lo dispuesto en la presente ley.

Artículo 5º. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

El Presidente del honorable Senado de la República,
Luis Humberto Gómez Gallo.

El Secretario General del honorable Senado de la República,
Emilio Ramón Otero Dajud.

La Presidenta de la honorable Cámara de Representantes,
Zulema Jattin Corrales.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,
Angelino Lizcano Rivera.

REPUBLICA DE COLOMBIA-GOBIERNO NACIONAL
Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 26 de julio de 2005.
ÁLVARO URIBE VÉLEZ
El Ministro del Interior y de Justicia,
Sabas Pretelt de la Vega.

Impreso en los talleres de
Grafi-Impacto Ltda
Diciembre de 2007

