

LAS IMPLICACIONES DEL CONCUBINATO EN EL DERECHO
CIVIL COLOMBIANO

LESLIE ESTHER DE VEGA MEZA

Trabajo de Grado presentado,
como requisito para optar al
título de ABOGADO.

Director de Tesis: Dr: Raúl
Díaz Cárdenas. (ABOG.)

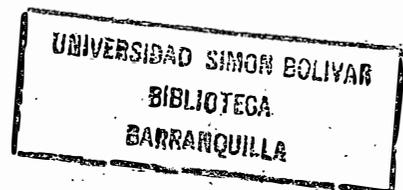
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DERECHO

BARRANQUILLA

1.987



10

TTR
#0763



UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

BIBLIOTECA

FRANQUILLA
4034310

No. INVENTARIO 378

PRECIO

FECHA 21 FEB 2008

CANJE DONACION

TRABAJO DE INVESTIGACION

"LAS IMPLICACIONES DEL CONCUBINATO EN EL DERECHO
CIVIL COLOMBIANO"



LESLIE ESTHER DE VEGA NEZA

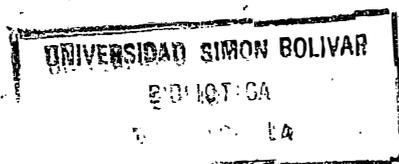
ASESOR JURIDICO:

Dr: PEDRO SOCARRAS RIVERA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR.

Comenzado : Enero 1.987

Concluido : Junio 1.987



- BARRANQUILLA -

T
346.016 861
D278

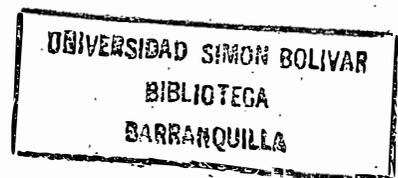
Nota de aceptación

Presidente del Jurado.

Jurado.

Jurado.

BARRANQUILLA, JULIO de 1.987.



CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO:
SIMON BOLIVAR

Rector: Dr: JOSE CONSUEGRA H.

Secretario General: Dr: RAFAEL BOLAÑO MOVILLA

Decano Facultad Derecho: Dr: CARLOS LLANOS SANCHEZ

Presidente de Tesis: Dr: RAUL DIAZ CARDENAS

Jurado: Dr:

Jurado: Dr:

BARRANQUILLA, JULIO de 1.987.

EL TRABAJO DE INVESTIGACION
DIRIGIDA

Es en Derecho, un análisis Jurídico que nos lleva a estudiar en sí, los diferentes Marcos, como son: el Histórico, Social, Legal Analítico, encerrando la importancia del tema. Es una inquietud que en sus conclusiones busca solucionar adecuadamente un proceso informativo; enmarcando así un cuadro de contenido el cual es de libre discusión .

AGRADECIMIENTOS

A todas aquellas personas que en una u otra forma me ayudaron a realizar este Trabajo de Investigación Dirigida, prestándome la Documentación Científica y suministrándome la información necesaria para este tipo de trabajo.

A los Doctores:

RAUL DIAZ CARDENAS, PEDRO SOCARRAS RIVERA, CARLOS LLANOS, Decano de la Facultad, quienes en una u otra forma, con su buena enseñanza y empeño me motivaron conduciendome así por el buen camino del estudio y dedicación a mi carrera profesional.

CALIDAD DEL ABOGADO

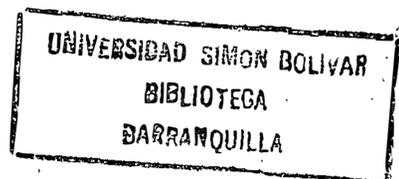
Debe ser fiel interprete de la ETICA PROFESIONAL, con enamorado criterio de servicio; debe ser altivo en la Defensa, prudente en la Acusación, noble en el Triunfo y sin rencor en los reveses; persona de acrisolada conducta moral, respetable y respetado.

Leslie E.de Vega Meza.

DEDICATORIA

Dedico este triunfo a:
Mi abnegada Madre y Abuela
que con tantos sacrificios
hoy ven laureados sus es-
fuerzos, regocijándose con
el triunfo que acabo de ob-
tener.

Mi esposo y mis hijos, que
han sabido esperar con pa-
ciencia este reto de la vi-
da, para poder obtener lo
deseado y anhelado por to-
dos.....



Barranquilla, junio 11 de 1.987

Señor Dr:

Carlos D. Llanos Sánchez

Decano Facultad Derecho

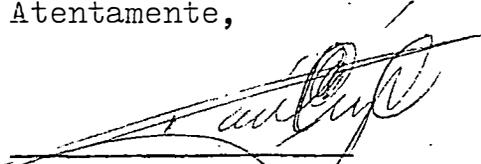
Universidad Simón Bolívar.

E. S. D.

Habiendo recibido de su despacho el honor de ser nombrado Director del TRABAJO de INVESTIGACION " LAS IMPLICACIONES DEL CONCUBINATO EN EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO ", me permito manifestar a usted que he leído este trabajo y analizado paso a paso su desarrollo, encontrando en él muy interesantes estudios que ponen de presente la capacidad de la egresada LESLIE E. DE VEGA MEZA.

Por lo tanto le informo mi decisión de aprobar en todas sus partes el trabajo en mención, con destino a la opción de grado de su autora.

Atentamente,



RAUL DIAZ CARDENAS
DIRECTOR

T A B L A D E C O N T E N I D O

	Págs.
INTRODUCCION.....	12
OBJETIVOS.....	14
JUSTIFICACION.....	14
MARCO HISTORICO	
1. EL MATRIMONIO COMO PRIMERA SOCIEDAD HUMANA.....	15
1.1. EL CONCUBINATO.....	15
1.2. ORIGEN DE LA TRIBU.....	16
1.3. LOS GRUPOS FAMILIARES.....	16
1.4. FUNCION DE LA UNION LIBRE.....	18
2. EPOCA ANTE GRECO-EGIPCIA.....	19
2.1. DESARROLLO EN CHINA E INDIA.....	19
2.2. DESARROLLO EN ISRAEL Y CALDEA.....	20
2.3. DESARROLLO ENTRE LOS BARBAROS.....	20
2.4. RESEÑA HISTORICA DE GRECIA.....	20
2.5. LA GENS GRIEGA.....	23
2.6. EL CONCUBINATO DE LA GRECIA DECADENTE.....	24

	Págs.
3. DESARROLLO DE LA ERA GRECO ROMANA.....	26
3.1. LA SOCIEDAD CONYUGAL ROMANA.....	26
3.2. ENFOQUE DE LA DOMUS.....	27
3.3. EL CRISTIANISMO.....	28
3.4. EL CONCUBINATO ROMANO.....	28
4. EL MATRIMONIO POLITICO.....	32
4.1. EL MATRIMONIO MORGANATICO.....	33
4.2. LA ESCLAVITUD EN AMERICA.....	33
4.3. SIGNIFICADO DEL MATRIMONIO EN ROMA.....	33
4.4. LA UNION LIBRE EN EL MUNDO ACTUAL.....	34
 MARCO SOCIAL	
5. LA IGLESIA Y EL CONCUBINATO.....	36
5.1. DESPRECIO DE LA UNION LIBRE.....	37
5.2. UNION LIBRE Y CONCUBINATO.....	38
5.3. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL.....	38
5.4. SOCIEDAD COMERCIAL EN EL CONCUBINATO.....	39
5.5. CONTRATO LABORAL EN EL CONCUBINATO.....	40
 MARCO LEGAL	
6. ARTICULOS PERTINENTES.....	43
6.1. ARTICULO 411 DEL C.C.....	43
6.2. LEY 45 DE 1.936. ARTICULO 1o.....	44
6.3. LEY 20 DE 1.974.....	46

MARCO ANALITICO

7. COMENTARIO ARTICULOS PERTINENTES..... 48

7.1. ARTICULO 411 DEL C.C. INCISO 5o..... 48

7.2. LEY 45 DE 1.936. INCISO 1o..... 49

7.3. CASACIONES..... 49

CONCLUSIONES..... 59

BIBLIOGRAFIA..... 61

INDICE..... 63

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

I N T R O D U C C I O N

En el presente trabajo investigativo la aparente intromisión del concubinato como fenómeno social en la estructura jurídica del país. No que nuestro Estatuto Civil haya hecho del Concubinato un cuerpo de derecho, sino que, dadas las implicaciones que la Unión Libre tiene en las relaciones cívicas de la sociedad, creo indispensable que esa Unión Libre o Concubinato sea declarada por la ley como un fenómeno jurídico. Y es precisamente a lo que me dedico en esta investigación, como única solución a los muchos problemas que la dejadez de la Ley ha causado en el normal desenvolvimiento de la sociedad, si tenemos en cuenta que la Unión Libre es un hecho natural, en tanto que el Matrimonio es una ficción de la Ley, aunque ésta sea divina.

Para el desarrollo de mi investigación he dividido el trabajo en Marcos así:

MARCO HISTORICO, sección en la cual presento un cuadro panorámico de este fenómeno, a partir de la primera antigüedad discurriendo a travez de los siglos en el desarrollo que

con altos y bajos ha tenido esta modalidad del acto social.

MARCO SOCIAL, esta sección comprende una serie de consideraciones que la sociedad presenta acerca del " Concubinato ", consideraciones peyorativas todas, pero que al fin y a la postre deben ser revaluadas según los dictados de la justicia natural.

MARCO LEGAL, en esta parte citamos los artículos del Código y las leyes pertinentes al fenómeno que investigamos; traemos a colación los criterios de los Doctrinantes respecto a algunos puntos, la jurisprudencia de la Corte y los Comentarios propios que hacemos, entrando en la parte de las discusiones. Es de advertir que solo transcribimos las piezas legales que consideramos discutibles, pues de su análisis formamos el

MARCO ANALITICO, en el cual hacemos un análisis detallado de las deficiencias halladas en tales piezas legales, y anunciamos allí las soluciones que creemos necesarias.

En las conclusiones presentamos las soluciones a que hemos aludido, y las sustentamos, por ser deducciones de nuestra investigación.

OBJETIVOS

Como ya lo manifesté en el preámbulo de mi trabajo, la finalidad que me propongo es poner de manifiesto la necesidad de que el Concubinato o Unión Libre sea incorporado al Estatuto Legal de la familia, y para ello pido una distinción que debe hacer la Ley entre Unión Libre y Concubinato.

JUSTIFICACION

Me motiva a esta investigación el considerar los muchos problemas que acarrea actualmente la marginación, tanto de la Unión Libre como del Concubinato, y de esta especialmente de las normas que establece el Código Civil para el tratamiento del Régimen Conyugal-Matrimonial.

M A R C O H I S T O R I C O

1. EL MATRIMONIO COMO PRIMERA SOCIEDAD HUMANA

En la primera antigüedad, del hombre, o sea, desde su aparición sobre la tierra, la unión sexual le fué un hecho conatural, vale decir, propio de su naturaleza humana, pues a esta unión debió la continuación de su especie. No así el Matrimonio, que es, y fué desde entonces, una reglamentación que la ley hizo de esa unión. La primera sociedad humana, o sea, gruó pensando en común, actuando en convivencia y organizando una relación de mutuidad, fué precisamente esa unión sexual, que por inevitable fundamentación de la continuidad de la especie, bien pronto hubo de ser objeto de una reglamentación que tuvo que darle una autoridad.

¿Cuál fué esa autoridad?. La Religión Mosaica, nos dice que Jhavé, la Prehistoria señala que surgió del orden que toda actividad requiere para su normal funcionamiento sea cual fuere el origen, lo único razonablemente cierto es que bien pronto los primeros hombres le dedicaron a la unión sexual, especial interés concretado talvez en las primeras leyes

o normas sociales que se conocen. A esta unión sexual así reconocida y reglamentada, se le dió el nombre de Matrimonio, palabra que significa don o regalo de la madre (munus igual regalo, y matris, de la madre) lo que nos indica que ya desde entonces y como una de esas leyes de que hablemos, el hombre recibía de la familia de su prometida una dote en especie, que unida a sus propios haberès, formaban el patrimonio conyugal que había de servirle de base al nuevo grupo social para su estabilización.

1.1. EL CONCUBINATO

Al parecer el Matrimonio, o legalidad de la unión sexual, aparece también y simultáneamente, un fenómeno dicidente: La Unión extramatrimonial o concubinato. Esta forma de unión al margen de las disposiciones legales debió tener diferente causas de origen: Ya por la simple pasión erótica de la pareja o ya por que la ley lo prohibiera, o la política de poder entre los jefes o la política económica; pues el ansia de acumular bienes materiales, o codicia, bien pronto surgió entre los primeros hombre. Nosotros creemos que si la unión Libre es un hecho humano connatural, el concubinato, o desobediencia a la ley, es un hecho pasional, no es del caso investigar su naturaleza.

1.2. ORIGEN DE LA TRIBU

Creciendo en la antigüedad el número de familias, y constituyendo cada una una unidad o célula social, comenzaron estas células a agruparse probablemente por tratarse de unidades móviles o nómadas, que se vieron obligadas a la solidaridad, o para defensa común contra los ataques de las fieras o la inclemencia de una naturaleza en muchos aspectos hostil, o simplemente por la necesidad de conseguir alimentos. De estas agrupaciones presentaron las tribus, ordinariamente grupos familiares en que el padre o pater familia de los Romanos, tomó el mando de la tribu con el nombre de patriarca, (del griego Arjé, poder y el Latín Pater, padre o sea poder del padre) lo que dió origen a la patria potestad, o facultad onnimoda VITAE NECISQUE (de vida y muerte) sobre todos sus subditos, según el concepto de los Romanos.

1.3. LOS GRUPOS FAMILIARES

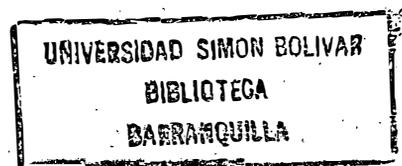
En el decurso del tiempo, al acrecentarse los grupos familiares y tratar de fundirse en actividades diferentes, se fueron creando nuevas organizaciones. El organismo social así configurado, recoge varias influencias, en la que fluye como elemento de formación política, no solo los parientes que provenían de la línea materna, de modo que hermanos uterinos, pero de padres diferentes, eran legalmente herma-

nos, sino también los que traían su ascendencia del vínculo nacidos en ambos troncos de marido y mujer.

La TRIBU, ordenada dentro de ese límite, era una unidad política particular, ya que su constitución no presentaba rasgos comunes. Acercándonos a algunas precisiones, se debe obtener, que tras la imagen difusa de la TRIBU se observa, algunos rasgos comunes, según se trate de poblaciones nómadas o sedentarias, de grupos pastores o agricultores, o de unidades integradas por clanes MATRONIMICOS O PATRONIMICOS.

Todo esto implica, dar una imagen de que el ESTADO TRIBAL, se regía dentro de un medio, en que a unos miembros de la Tribu, no se le consideraban sus recomendaciones, mientras que otros, disfrutaban de garantías ante el TRIBUNUS o Jefe máximo, quien se encargaba de darle solución a los problemas, de acuerdo a las conveniencias del caso, y de las condiciones presentadas valiéndose de formas complejas de un Derecho de Justicia.¹

1 ENGELS, FEDERICO. Origen de la Familia.



1.4. FUNCION DE LA UNION LIBRE

No olvidemos que en el transcurso de la historia del matrimonio, es preciso tener en cuenta que la unión libre tiene una función primigénica: La procreación de la especie, al margen de las disposiciones legales. Y que hay dos clases de esta unión: La libre o transitoria, que no implica estabilidad de hogar; y el concubinato que sí la implica. En ambos casos la función primigénica es la misma, y a investigar esta posición me he dedicado en este trabajo.

2. EPOCA ANTE GRECO-EGIPCIA

Poco hay que añadir a lo dicho, en los milenios que precedieron a la era a que nos referimos. Sin embargo, haremos un repaso sucinto de algunos aspectos notables.

Adviértase que en toda época todos los hombres han pensado y sentido lo mismo acerca de esta unión, es decir, que ella cubre de síyo una finalidad natural, cual es la procreación de la especie, pero que ello implica además el lleno, de una satisfacción sexual, que aunque secundaria, es indispensable para estimular aquella finalidad.

2.1. DESARROLLO EN CHINA E INDIA

Tenemos noticias, más que todo en monumentos de estas naciones, que ya los matrimonios eran solo inter-castas, esto es, de parejas pertenecientes a una misma casta social, sino que además eran en la clase alta, totalmente político, es decir, que se realizaban según la conveniencia de los padres, con objeto de una solidaridad de poder.

2.2. DESARROLLO EN ISRAEL Y CALDEA

En estas antiquísimas regiones la idea política del matrimonio tendió especialmente a mantener una hegemonía racial; en Israel por motivos religiosos, y en Caldea por motivos de aspiraciones a una dirigencia imperial.

2.3. DESARROLLO ENTRE LOS BARBAROS

Los Romanos, como ya antes los Griegos, llamaron "Bárbaros" a todas las gentes no connacionales, que estaban sometidas a su poder. Entre estas gentes los matrimonios, que hasta el momento de la sumisión al nuevo estado, seguían las normas anteriores que acabamos de mencionar, fueron poco a poco cediendo a una nueva orientación: Procreación de nuevos adeptos al régimen imperante.

2.4. RESEÑA HISTÓRICA DE GRECIA

Sus primitivos pobladores fueron los PELASCOS, de origen ario. Los aqueos fueron la clase guerrera de los primeros.

Desde el siglo VIII antes de cristo, los griegos comenzaron a llamarse HELENOS, y aparecen divididos en las razas DORIA EOLIA Y JONICA. En los tiempos llamados heroicos de Grecia se destaca la guerra de Troya. La vida de Grecia, gira al

rededor de Esparta y Atenas, totalmente diversas entre sí, y enemigas. Entre sus legisladores descollaron DRACON, quien propuso un código escrito con sangre, SOLON y posteriormente LICURGO. Esparta fué un estado militarizado; Atenas un estado marítimo, comercial e industrial. No obstante de que Grecia, contara con oradores, arquitectos, escultores, poetas, legisladores y filósofos, considerados como oráculos del mundo, la organización evaluativa de la familia, los llevaba a considerarr estas etapas en un proceso sociológico de repercusión universal como loera:

a. LA EDAD PRIMITIVA. Es cuando aparece el hombre sobre la tierra en distintos ñugares, ya en forma evolucionada de su punto de partida de antropoide, como consecuencia de un larguíssimo proceso de desarrollo.

b. LA GENS. En virtud de las relaciones de producción el hombre se iba integrando en núcleos separados, lo que motivara una agrupación cuyo objeto era protegerse en conjunto, mediante los lazos de sangre que los unía. De aquí, que la Gens se convirtió en ser la primera organización humana de la etapa primitiva, cuyo proceso, era un avance determinante en el desarrollo de la sociedad.

c. LA FRATRIA

Era un tipo de organización social, más desarrollado que la

gens, su Formación era un conjunto de familias en la que funcionaba una asamblea, compuesta de miembros adultos hombres y mujeres, todos ellos, con el mismo derecho de deliberar y aprobar, además de estar obligados a proteger cada uno, la libertad de otros, y lograr el sustento como hermanos.

d. LAS TRIBUS. Surgen cuando entran a concentrarse Gens con FRATRIAS Y FRATRIA con Gens, convirtiéndose en un suceso de mayor envergadura, porque sus proyecciones, eran más solidarias en su estructuración socio-económica y política.

Era una organización humana de mayor contenido, que venía a romper estamentos de la Gens y de la Fratria, por el desarrollo de la fuerza de producción y solidaridad comunitaria.²

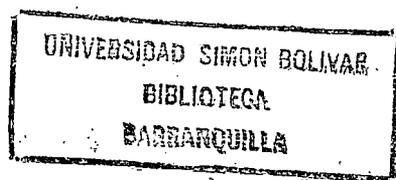
e. LAS GRANDES TRIBUS. Surgen en razón de que una tribu con otra, se iban identificando en sus propósitos, y es cuando entra a funcionar esta complejidad tribal, que vino a alcanzar un sobrante de la producción, lo cual, la hace poderosa al convertirse en dueña de ella, garantizando a

² MEDELLIN, CARLOS. Derecho Romano.

las tribus aliadas, la defensa de los intereses logrados, por lo tanto el Origen de la Propiedad Privada que debía estar amparado por ciertos procedimientos, los que llamaron los cerebros de las tribus dominantes, Normas de Conducta o cosas parecidas de donde se fundamenta, a su vez, EL ORIGEN DEL DERECHO.

2.5. LA GENS GRIEGA

Consecuente pues, con las anteriores etapas procesales, los Griegos estaban constituidos dentro de esta modalidad, con ciertas variedades de Costumbres y de Razas, teniendo en cuenta sobre todo, que la Gens era la Unidad orgánica, y por ello, dominaba el régimen del derecho paterno en la descendencia, y la prohibición del matrimonio dentro de la misma familia. Así en tales circunstancias, constitución Griega de la época heroica, estaba llena de vigor en su organización familiar. Existía una nobleza hereditaria y una monarquía, una clase intelectualizada y de artesanos, una esclavitud, que solo comprendía a los prisioneros de Guerra, sino a los propios conciudadanos, por cobro de deudas y del robo de riquezas, por medio de la violencia. Al frenarse ese proceder inicuo, en virtud de la proyección de las Grandes TRIBUS, que había establecido normas de conducta, castigando o imponiendo el principio de autoridad, es entonces, cuando nace la institución, llamada ESTADO GRIE-



GO O ESTADO ATENIENSE, que en su desembolvimiento histórico, produjo a Pericles, quien cubrió a Atenas de monumentos y la Constituyó en centro de la civilización helénica; pero la Guerra del Peloponeso, ocasionada por la rivalidad entre Esparta, terminó con la Ruina de ésta.

2.6. EL CONCUBINATO DE LA GRECIA DECADENTE

Nos refiere Plutarco, que cuando los Ricos se paseaban por el AGORA; plaza pública en la ciudades de la Grecia en decadencia, se dedicaban a comprar hilazas, flores, perfumes y vino, para luego presentarse a una comilona o convite muy abundante, en donde al amanecer todos embriagados, se refugiaban en brazos de la querida o del querido, depende de las inclinaciones sexuales del individuo, ya que la sociedad, toleraba el concubinato entre personas de un mismo sexo. El propio Solón, reformador de costumbres y dictador de severas reglas morales, pero que no dejaba de disimular sus preferencias, en la época de la otra Grecia heroica, repetía el texto de estos versos.

" Amarás a los muchachos en la Hermosa flor de la edad, deseando sus muslos y su dulce boca;
Amarás a los muchachos hasta que un pelo escaso les cubra la barba;
Hasta entonces, gustarás de su dulce aliento y de sus muslos " .

No obstante, de esos deseos inmoderados de los goces sensuales también podía suceder que aquel hombre rico, en vez de ir a disfrutar de una francachela, con mujeres desnudas, provocativas a la excitación erótica, entre ritos y viejas costumbres amorosas de los pueblos primitivos, se justificaba en comportarse en ser cumplidor de una invitación de amigos, ~~pero a~~ la hora de la retirada, en actos de prudencia, iba a compartir el lecho de su amada, que podría ser su esposa o su concubina estable, situación aceptada por la estructura social operante, o lo que es lo mismo, que EL CONCUBINATO establecido en el pueblo griego, no era en ningún momento criticable, siempre que ese concubinato fuera registrado ante los jueces ejecutivos en tiempo de paz, o ante los Jefes Castrenses, en tiempo de guerra, y que además hubiera hijos, aunque se tratara de familia de esclavos. Así era, en este historial, , la Grecia admirada por el mundo y la Grecia desbaratada de placeres.

3. DESARROLLO EN LA ERA GRECO ROMANA

En la Era Greco Romana la unión sexual tomó un nuevo cariz: Las uniones entre esclavos fueron indiferentes al estado; no fueron reglamentadas por la Ley, que las llamó contubernio, en tanto que llamó concubinato a las uniones entre forasteros, reglamentadas por una sola exigencia: El mutuo consentimiento.

3.1 LA SOCIEDAD CONYUGAL ROMANA

Existió en Roma es estado de esclavitud, de cuyo contubernio ya hemos hablado; el estado de libertad, al cual pertenecían los ciudadanos Romanos y los no ciudadanos o simplemente ~~Pr~~baros.

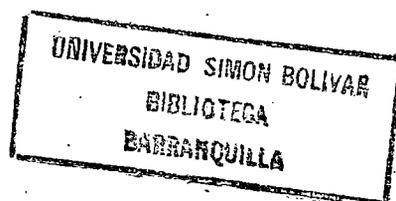
Solo a los ciudadanos Romanos (tener estado de ciudadanía) les era concedido el matrimonio cuyo campo de aplicación se encontraba en la DOMUS, los miembros eran todos ciudadanos Romanos (no incluidos los esclavos, porque estos eran "cosas" y no hombre). Tenían estos ciudadanos Romanos, que eran los descendientes de Rómulo y de los cofundadores de Roma, lla-

maños Quirites; los siguientes derechos: El Derecho de Comercio (solo ellos podían comprar y vender mediante contratos registrados por la ley); el Derecho de Ciudadanía Romana (solo ellos podían heredar); el Derecho de elegir a sus gobernantes, y el derecho de matrimonio.

3.2. ENFOQUE DE LA DOMUS

La Domus era una tribu que comprendía una serie de edificios enclavados en extensos fundos, y que comprendía los siguientes elementos:

La AEDĒS SACRA o templo con sus dioses lares o protectores el pater familias que tenía la potestad VITAE NECISQUE sobre todas las personas uncluyendo los esclavos; la esposa, (los Romanos eran monógamos); los hijos; los clientes (personas extrañas a la familia; pero libres, forasteros o no que trabajaban en los fundos de la Domus, sin salario en dinero pero con todas las protecciones alimentarias y sustentatorias del cliente y su familia); y los parientes, tanto de la esposa (Cognatos) como del pater (Agnato). Entre los ciudadanos Romanos de la Domus se daba el matrimonio por ser ciudadanos Romanos; entre los clientes se daba el concubinato (por ser forasteros) y entre los esclavos se daba el contubernio.



3.3. EL CRISTIANISMO

Así las cosas, apareció en el imperio Romano, la formidable institución del cristianismo, llegado a Roma por el traslado que de cien mil Judíos hizo a Roma el emperador Vespasiano cuando el general Tito destruyó a Jerusalem. Esta religión introdujo un concepto nuevo del matrimonio; lo consideró como institución divina con Derechos Civiles, esto es, era al mismo tiempo sacramento y contrato, creaba pues entre los cónyuges, un vínculo de perpetuidad, destruyendo así el divorcio, y una obligación de mutua asistencia y deber de procreación que lo incluía en el contrato Civil de los Romanos. Con estas características el matrimonio ha llegado hasta nosotros. Y el Concubinato fué rechazado en fáticamente por la iglesia, quien jamás aceptó el concubinato. Este rechazo del concubinato inculcó, especialmente en la sociedad Colombiana, un sentimiento fanático contra esta clase de unión libre, que llegó hasta el punto de considerarlo como un pecado gravísimo que llegaba a la negación de los sacramentos a las parejas incursas en él, lo que ha traído graves consecuencias para los Derechos Civiles en nuestro país.

3.4. EL CONCUBINATO ROMANO

En cuanto a este se refiere, tenían los Romanos una modali-

dad diferente a la de la sociedad de los Griegos, debido a que el hogar se integraba por el sistema del rapto de una mujer, de una tribu diferente a la del raptor, o sea, la práctica de la exogamia, y eso se aprecia en el cuadro de las SABINAS, mujeres de la región ubicada entre UMBRIA Y ETRURIA al sur del Lacio. La leyenda refiere, que las esposas y las hijas de los sabinos, fueron raptadas en una fiesta por los subditos de Rómulo. Cuando los Sabinos iniciaron la batalla contra los raptadores, ellas, las mujeres, se interpusieron presentando sus hijos en brazos, lo cual allude a la fusión violenta de la formación del estado de familias de la Roma naciente.

Esta práctica del rapto de mujeres, se extendió por largo tiempo en el territorio Romano, ya que aprovechándose como botín de guerra para la soldadesca de un hogar, del cual se constituía en una Unión Libre, con la característica de CONCUBINATO CLASICO, o falso matrimonio, una vez fue se aprovechada en el deleite sexual, lo cual daba como resultado ser la querida del momento, y de ello, surgía otra denominación de esa unión escondida, llamado concubinato de acomodo, esto es, si era del agrado para persistir, entonces al continuar, tomaba la figura del referido "Concubinato Clásico".

Todas estas prácticas sexuales, extendidas en la región del

Lacio, distinta al borgo de Roma, eran la manifestación clara, hoy en día, de la vigencia del concubinato en variedad d proceder, aunque para aquellos tiempos, se le daba una interpretación discriminatoria, tanto para la unión marital en los peregrinos, como en la de los esclavos, o contubernio incluyendo la defeción matrimonial de los pater-familia.

Todo esto contribuyó para que el pueblo Romano viera la necesidad de exigir un código escrito, que una vez establecida la República Romana, y opuestos a los patricios, figuraban los plebeyos, quienes estaban representados por los TRIBUNOS, y estos, en estado de protesta, exigían de cómo la mayoría de las leyes no estaban expresadas por escrito, ocurriendo con frecuencia que se les castigaba o aplicaban justicia por quebrantar antiguas costumbres de normas, cuya existencia ignoraban, entonces solicitaron que se expidiera un Código, semejante al antiguo código Babilónico de Hammurabi. Para ello, se nombró una comisión que se trasladó a Grecia, y se encargara de extractar y complementar la conveniente a la aplicación del Derecho en el pueblo Romano. Al regresar la comisión, se elaboró en principio, diez tablas de la Ley, y luego como suplemento le agregaron dos más, que se refería la una, a la prohibición de connubio entre patricios y plebeyos, y la otra, de que los sufragios del pueblo han ordenado en último, que esa sea la Ley, además, eliminar la vejación de los privilegios, para lo cual se hizo pro-

mulgación solemne de las DOCE TABLAS, hacia el año 451-450 a.c. Esas tablas de la Ley, tan deficientes en lo que respecta especialmente al Derecho de Familia, solo trae en la tabla IV - de Jure Patrio, la obligación de matar los parientes monstruosos, poder del padre sobre los hijos, con el derecho de tenerlos presos toda la vida, de azotarlos, de venderlos, o de darles muerte. También se registra, si el padre ha vendido por tres veces al hijo, el hijo resulta libre del padre. Otra cosa que aparece, son las formalidades del Matrimonio y entre esas formalidades, se incrusta el CONCUBINATO, como el matrimonio entre pareja de forasteros, con la aplicación del Derecho de Gente, posteriormente.

4. EL MATRIMONIO POLITICO

En la edad media se reavivó este antiquísimo sistema originado en India y China. Consiste en el arreglo que hacen los padres de familia para un matrimonio entre sus hijos.

Esta clase de Matrimonio tuvo vigencia en la nobleza Europea para asegurar alianzas que fortalecían su poder tanto político como económico y militar. El grave inconveniente de esta unión era el menoscabo o desaparición a veces del primer principio de un contrato: El consentimiento. La pareja se casaba sin amor y voluntad, únicamente porque así lo querían sus padres o porque así lo exigía el Estado.

Fué en esa época la gran carcoma del matrimonio éste fenómeno Jurídico. El concubinato en cambio se fortaleció en proporción inversa, pues los cónyuges seguían secretamente sus propias inclinaciones estableciendo hogares clandestinos, y cuando por motivos socio-políticos ello no era factible, la Unión Libre, la transitoria, la informal, apareció desmesuradamente y en especial, entre los Nobles.

4.1. EL MATRIMONIO MORGANATICO

Tuvo este nombre el Matrimonio evidentemente político que hacían los Nobles entre parejas de niños, impúberes, que así quedaban desde temprano unidos para un futuro desarrollo sexual. Huelgan los comentarios Jurídicos.

4.2. LA ESCLAVITUD EN AMERICA

Fué un período repugnante este de la explotación de negros en América. Mientras los negros no entraron en la Iglesia Católica mediante la obligada Catequización a que los sometían los misioneros Españoles, estos esclavos practicaron el concubinato, o el matrimonio a que estaban acostumbrados en su patria natal, el cual difícilmente les era posible debido a la vigilancia prohibitiva de los colonizadores. Pero la consecuencia de esa posición fué precisamente la Unión Libre, que motivó la prolífica expansión de la esclavitud, la que era necesaria para los amos, y así ayudaban secretamente a su clandestinidad.

4.3. SIGNIFICADO DEL MATRIMONIO EN ROMA

Para la época del año 509 hasta el año 31 a.c. la unión de hombres y mujeres dentro del privilegio de la ciudadanía, estaba el CONNUBIUM en el grado de Justae Nuptiae, que era

lo que el cristianismo, muchos años después le dió el nombre de matrimonio; cuyo significado es el de CARGO DE MADRE. Esa unión de los Romanos, no tenía el carácter permanente, porque podía disolverse por muerte, repudio, divorcio, divorcio por culpa de un cónyuge y por BONA GRATIA..

Pués bien, disolución por muerte, era natural esta causa. Por repudio, tenía que alegarse por desafecto, y se requería la declaración de 7 testigos, que declaraban diferente casos de desavenencias entre los esposos. El repudiante, corría con los gastos del caso. Por divorcio, cuando los esposos se ponían de acuerdo en disolver la unión marital.

Sobre los bienes, cada cual tomaba su patrimonio.

Por divorcio, por culpa de uno de los esposos, era el caso más regular del adulterio, y para ello no había retribución del patrimonio.. Por Bona Gratia, como la resultante de una impotencia, debido a una enfermedad, o como también la reducción a cautiverio prolongado del varón.

4.4. LA UNIÓN LIBRE EN EL MUNDO ACTUAL

Una visión panorámica de Unión Libre en el mundo nos dice claramente que la naturaleza siempre se impone sobre la ley, cuando ésta trata de imponer normas contrarias a los principios de aquellas. No tratamos de oposición alguna

al matrimonio, pero si de buscar una humanización del maltrato que recibe la mujer concubina por parte de la ley, únicamente por cumplir, aunque legalmente, con una misión natural que atológicamente le es impuesta. Tampoco nos vamos a referir al divorcio, sino solamente a la situación Jurídica de la Concubina, que en el aspecto civil es la misma en las legislaciones del mundo civilizado.

MARCO SOCIAL

5. LA IGLESIA Y EL CONCUBINATO

En el estudio de las obras y vidas de los padres de la iglesia, se encuentra el hecho protuberante de condenar el CONCUBINATO, y para subsanar la notoriedad pública de las relaciones carnales continuas o frecuentes que realizara un hombre y una mujer, ilegalmente dispusieron:

" Que el cristiano que vivía fielmente con una concubina , debe repudiarla, si es esclava, o casarse con ella, si es libre ya que de lo contrario, se trata de un delito, pero no penal sino canónico ". La condena del concubinato, se estendió a los legos o religiosos que no son sacerdotes a los que han recibido la sagrada orden (in caris), "porque la convivencia de clérigos con mujeres, sólo es permitida en aquellos casos en que es imposible sospechar, como la madre, la tía, la hermana y aquellas que, a pesar de no guardar ningún parentesco, son de conocida honestidad o de edad avanzada."

Así pues, la doctrina de la Iglesia Católica, mira el acto sexual como derecho exclusivo del matrimonio. Además afir-

ma que las uniones libres atentan contra el amor a los hijos y crea el mal ejemplo que recibe.

Sin embargo a travez de los siglos, el origen de la familia como célula social primaria, aparece con el concubinato, ya que el matrimonio se eleva a la categoría de sacramento cuando cristo dice: " Lo que Dios unió, que no lo separe el hombre"., teniendo muy en cuenta, que en el antiguo testamento, aparece la disolución del matrimonio, o lo que es el divorcio, matrimonio simplemente de nombre, porque al no existir ninguna solemnidad, ni acto formal ceremonioso, excepto una fiesta de anuncio público, calificado como de Bodas, quiere decir, en otras palabras, que se trataba de una UNION LIBRE MANIFESTADA a la sociedad de la época, y por no existir el mútuo consentimiento, eralo que hoy se le conoce como el CONCUBINATO NOTORIO, un falso matrimonio.

5.1. DESPRECIO DE LA UNION LIBRE

Por lo que el concubinato la ha merecido a nuestra sociedad un marginamiento absoluto y aunque practicado clandestinamente por esa misma sociedad, no obstante; tal unión sigue siendo detestable en la brillante aparición de las reuniones de las altas clases. Y no se distingue entre una unión sexual pasajera y una convivencia hogareña, sino sencillamente entre unión santiguada por la iglesia o registrada ,

por el juez, y unión ante el altar de la propia conciencia
osea, ~~entre matrimonio y concubinato.~~

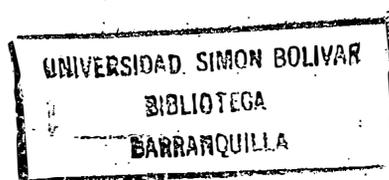
5.2. ~~UNION LIBRE Y CONCUBINATO~~

Yo propongo a la aceptación tanto Social como Jurídica, es
ta diferencia: Llamemos unión libre a la unión sexual clan
destina o pública (como en los lenocinios) a la clandestina,
a la pasajera, en fin, a la que se practica especialmen
te en el campo de las mujeres de vida airada; y llamemos
concubinato, a la usanza Romana, a la unión seria, estable,
honrrada dentro de un hogar organizado, y con intención de
estabilidad perpétua. En este trabajo empleo estas dos a
cepciones como dejo dicho.

5.3. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

Llama así la ley al llamado anteriormente por la iglesia y
por la sociedad, "hijo natural". El cambio de nombre se
debió a la redundancia que éste presenta, pues todo hijo es
producto de la naturaleza.

En este capítulo tratamos de la injusticia que entraña la
no aceptación social de este hijo extramatrimonial. La u
nión sexual es un fenómeno de índole esencialmente natural
que es el fundamento de la familia; la familia es la pri-



mera célula de la sociedad, más todavía, es el origen de la sociedad como causa eficiente, siendo causas concomitantes las necesidades primarias del hombre, que no pueden ser satisfechas sin la colaboración de los demás hombres, y estas causas son todas naturales. De esta Sorites se deduce que tanto el hijo legítimo como el extramatrimonial se hallan naturalmente incluidos en esta arquitectura social. Y altamente fuera de justicia que la estructura jurídica de una sociedad lo excluya de sus códigos. Es verdad que por él se ha venido lentamente haciendo reconocimientos de la inclusión del concubinato en esa estructura, pero en cambio la madre concubina sigue siendo la oveja negra de la sociedad, con muy poco reconocimiento por parte de la ley.

5.4. SOCIEDAD COMERCIAL EN EL CONCUBINATO

³ A caso, y como vía de reparación, la ley en nuestro país ha intentado crearle a la concubina un estatuto de compensación a su marginamiento: La ha hecho un miembro de una sociedad conyugal comercial; pero esta sociedad no es tampoco apetable, pues cuando el código comercial nos habla de sociedad, implica el aporte, esto es, que para la existencia de una sociedad comercial es de fundamento que cada

⁵ BETANCOUR J, CARLOS. El Régimen Legal de los Concubinos en Colombia.

miembro de ella haga una contribución en dinero o en especies para la constitución de un capital; lo que no suele ocurrir en el concubinato, y es por ello que la legislación comercial le hace serios reparos a esa disposición legal. En el marco analítico comentaremos más ampliamente la ley a que nos referimos.²

5.5. CONTRATO LABORAL EN EL CONCUBINATO

No es más aceptable la teoría de algunos doctrinantes, acogida frecuentemente por nuestros jueces, según la cual la sociedad en el concubinato a que se refiere la ley, debe interpretarse como un contrato laboral, en que la concubina desempeña un servicio laboral que debe ser reconocido por su acompañante con calidad de patrono. Es desatinada esta interpretación, porque sería forzar demasiado la hermeneútica para encontrar en esa prestación de servicios los elementos constitutivos del contrato de trabajo, y además porque al margen de los servicios manuales que en un hogar presta la mujer, la concubina presta otros invaluables apreciación monetaria, cuales son afectos, abnegación, coito y concepción y crianza de hijos cuando los hubiera. Según estos argumentos, no es posible aceptar la ley como sociedad comercial ni como prestación Laboral de Servicios.

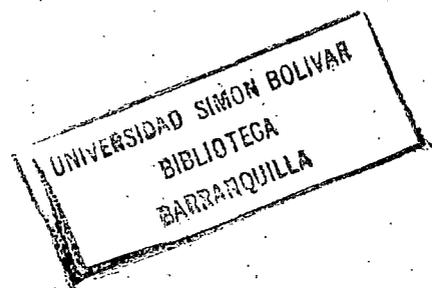
² PRECIADO AGUDELO, DARIO. De la Sociedad de Hecho y entre Concubinos. 1a ed. 1895, Ed. Jurídica.

Al respecto dice; Preciado Agudelo.⁵

"¿Será cierto que se forme sociedad entre dos personas por el solo hecho del matrimonio?. No parece que fuera así por que ¿qué sociedad puede existir entre dos personas que carecen de bienes de fortuna?. En esta hipótesis a lo sumo, se dará una simple virtualidad, o posibilidad de sociedad o una mera expectativa lo que ningún efecto jurídico tiene".

En lo que respecta al Concubinato ha dicho la Jurisprudencia que él, "por sí mismo no crea sociedad de hecho ni comunidad de bienes". Esta premisa tiene el mismo sentido que la expresada para el matrimonio porque, al igual que ésta, las relaciones sexuales estables y notorias no crean, por ese sólo hecho, Sociedad de Bienes. Como tampoco pasa en el matrimonio. Tanto el Concubinato como el matrimonio son solo requisitos (esencial el uno, circunstancial el otro), que unidos a otros forman una sociedad, llámase concubinal o conyugal. Más ocurre que ese principio Jurisprudencial del "Concubinato por sí mismo" ha sido mal interpretado porque en él se ha querido negar toda posible sociedad de características especiales que pueda formarse entre concubinos.

⁵ PRECIADO AGUDELO. Op. Cit. p, 86.



Y continúa el autor⁶ "Estas sociedades, en las cuales se dan los elementos estructurales de todo contrato de ésta naturaleza (personas, aportes, ánimo de asociación con miras a obtener beneficios y reparto de éstos o de las pérdidas, en su casa), guarda una gran similitud con la conyugal, por que todos sus elementos en el fondo y sin excepción son idénticos a los de ésta, porque el Concubinato perfecto y regular no es más que un matrimonio de hecho, matrimonio natural fuente de..... la familia natural".

⁶ PRECIADO AGUDELO. Op. Cit. p. 88.

MARCO LEGAL

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARREROMUELE

6. ARTICULOS PERTINENTES

6.1. ARTICULO 411 DEL C.C.

"Se debe alimentos;..... Inc. 5o. A los hijos naturales (léase actualmente: extramatrimoniales), su posteridad legítima y a los y a los nietos naturales (up Supra)".

En este artículo la Ley dispone la obligación alimentaria, y nosotros nos referimos a este inciso 5o. Según él se debe alimentos a los hijos extramatrimoniales, a los hijos legítimos de éstos y a sus nietos extramatrimoniales. El inciso es confuso porque, no se encuentra razón para que solamente los hijos legítimos del hijo extramatrimonial tenga derecho a estos alimentos y no sus hijos extramatrimoniales. Veamos el caso: Jorge tiene a Esteban como hijo extramatrimonial (al cual le debe alimento) y Esteban tiene a Paula como legítima y a Mercedes como extramatrimonial; muere Esteban, y Jorge, como abuelo de las dos muchachas, debe alimentos a ambas, pues Paula es su posteridad legítima y Mercedes es su nieta extramatrimonial ¿A qué se debe esta

distinción?. Ni se puede tomar a Esteban como abuelo, pues en este caso Paula, su hija legítima tiene alimentos, y Mercedes como extramatrimonial también los tiene.

Inciso 6o. Se debe alimento a los ascendientes naturales. Aquí se fija una obligación alimentaria de los hijos extramatrimoniales para con sus padres; pero al no fijar los grados de ascendencia, y por simple hermenéutica hemos de entender que hasta el cuarto grado, pues en otras disposiciones legales esta es la mayor extensión que se toma en cuenta; de modo que un hijo extramatrimonial debe alimento a sus padres, a sus abuelos, a sus bisabuelos, y a sus trisabuelos.

Un breve comentario hacemos: No pudo el legislador prescindir de la dominante influencia tradicional de menospreciar la condición de extramatrimonial que tiene el hijo de una pareja no casada; y por ello hubieron de hacer la distinción consabido, aún pecando contra la lógica sintáctica y el buen sentido.

6.2. LEY 45 DE 1.936, ARTICULO 1o

"El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en

la presente ley.

También se tendrá esta calidad respecto a la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento".

Según este artículo, y siguiendo la casación (del 10 de julio de 1.942 LIV. 132) los hijos son: Legítimos, cuando a su nacimiento los padres ya estaban casados, Ilégitimos, cuando sus padres no eran casados entre sí, pero que sí son reconocidos a su nacimientos, adquiere la calidad de extra matrimoniales respecto al padre reconocedor, de lo contrario son simplemente ilegítimos; espúrios cuando son bastardos, esto es que han degenerado su honor familiar o naturaleza social.

Este último adjetivo correspondía a edades pasadas, cuando la nobleza era el distintivo de la sociedad. Para nosotros es todavía importante la distinción entre legítimo e ilegítimo, toda vez que el hijo ilegítimo, mediante el reconocimiento de su padre, puede llegar a ser considerado como extramatrimonial, con el siguiente derecho a la participación herencial igual al hijo legítimo, pero aún así, subsiste el problema del hijo adulterino, que es ilegítimo pero que por serlo de padres casados respectivamente en distinto matrimonio, no pueden ser legitimados, es decir, no pueden ser reconocidos como hijos extramatrimoniales. Y no sólo, sino que siendo la mujer la única casada y nó el padre, tampoco

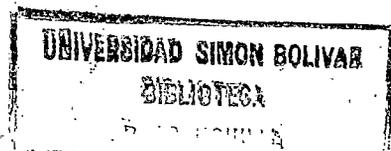
puede ser reconocido como extramatrimonial a no ser que el esposo de la madre reconozca a este hijo de otro. Esta situación que brevemente contemplamos, y que declaramos inaceptable es como se ve, proveniente del concubinato; por ello hemos dedicado nuestra investigación al solo concubinato.

Añadimos sin embargo una consideración: Los hijos ilegítimos, si sus padres por subsecuente matrimonio los reconocen y mediante escritura pública, pueden llegar a ser legitimados, o simplemente legítimos; pero para los hijos adulterinos no existe esta posibilidad, sino solo la de llegar a ser extramatrimoniales. (Casaciones 31 de Mayo de 1.944 , LVII, 837 y casación 20 Sep. de 1.945 LIX, 929).

6.3. LEY 20 DE 1.974

"Esta Ley llamada Concordataria", es en efecto la que aprueba el "Concordato" entre la República de Colombia y la Santa Sede".

Esta célebre Ley ha cristalizado la influencia católica en la depreciación social del Concubinato. Nosotros no estamos en contra de la iglesia, seguimos sus enseñanzas, pero como profesionales del Derecho debemos propender por la Justicia Social, teniendo en cuenta ya la situación de tantas parejas que por diferentes motivos sociales, económicos, religiosos, sentimentales los más, circunstanciales, muchos ,



etc, no han podido ajustar sus vidas a disposiciones legales y concordatarias, más que deben ser objetivos de la ley, ya que la Justicia es para todos. Y es por este criterio por el que hemos abierto la investigación sobre lo que es el Concubinato, como debe la Ley incluirlo en sus estatutos, y como debe ser tratada la mujer concubina, actualmente desierta de protección Legal.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
LIBRERÍA
SARAHANQUILLA

MARCO ANTONIO

7. COMENTARIO ARTICULOS PERTINENTES

7.1. ARTICULO 411 DEL C.C. INCISO 5o

Hablamos en el Marco pasado de la confusión que presenta este inciso, pues nos deja en claro a quién se refiere cuando dice " Y a los nietos naturales".

Entendemos que es un error de sintaxis, pues no sería explicable el que se refiriera a cualquier nieto extramatrimonial, no porque ello establezca un derecho especial, sino porque estando ya establecido en el padre de ese hijo está demás repetir. Me explico: En el ejemplo propuesto para el número uno del Marco Legal, Mercedes es nieta, extramatrimonial de Jorge; si a él se refiere el inciso 5o, está demás pues si ya Jorge le debe alimentos a Esteban, su hijo extramatrimonial, faltando Esteban es apenas lógico que le deba alimentos a la nieta extramatrimonial; y si ya por Ley le debe alimentos a Paula, que es hija Legítima de Esteban, luego tampoco hace falta mencionar a esta posteridad, legítima; pero en todo caso, en donde realmente está la confusión es menciona nietos extramatrimoniales, y es por ello

por lo que proponemos en las conclusiones una corrección sintáctica.

7.2. LEY 45 DE 1.936 ARTICULO 1o

El análisis que hicimos de esta Ley en el Marco anterior versó sobre las distintas fases que la Ley y la Jurisprudencia aceptan de los hijos naturales o modernamente extramatrimoniales, pero todas estas fases las hemos estudiado brevemente y sin mayor comentario porque no implica nuestro trabajo una investigación especial, sino una referencia a nuestro tema núcleo, el Concubinato.

Una vez que propongamos una solución para esta injusticia de suyo quedará de más el estudio de estas clases de hijos extramatrimoniales, pero conozcamos antes el espíritu de la Jurisprudencia: 1a, 2a, 3a, 4a, 5a, y 6a, casación.

7.3. CASACIONES

a. 1a. CASACION

"La Ley 45 de 1.936 tiene alto fin social, no puede menos de interpretarse de manera restrictiva, ceñida a su contexto literal, porque esta es mandamiento de excepción que exige interpretación restrictiva", (Cas., 25 Marzo 1.942 LIII, 272).

COMENTARIO

Según este concepto de C.S.J. se reconoce para esta ley un "alto fin social", y en efecto lo tiene, pero sólo dentro del ámbito estrecho en que se tiene el Concubinato, pudiendo aplicar aquello de que "en tierra de ciegos el tuerto es Rey", pues si a los concubinos y a sus hijos se les ha tenido y tiene en meros conceptos, y por ello cualquier migaja parece un banquete; y esto lo confirma la Corte cuando acepta que "no puede menos de interpretarse de manera restrictiva señida a su contexto literal" y ¿porqué tan restrictiva? Porque es "un mandamiento de excepción". Se configura pues una vez más la ubicación miseranda del Concubinato dentro de la Ley Colombiana.

b. 2a. CASACION

"Los hijos legítimos que no son espurios pueden ser reconocidos y adquirir, por lo tanto, la calidad de naturales, respecto del padre reconocedor. Cuando adviene el

reconocimiento se produce consecucionalmente ese estado Civil, y sin él subsiste la calidad de simplemente ilegítimos. Son unos y otros, y a los reconocidos no les cambia esta calidad, lo que implicaría salir de este grupo para pasar a los de los legítimos, así pues, un hijo ilegítimo que de suyo es simplemente, puede, subsistiendo su ilegitimidad, pasar a ser hijo natural, en cuanto su padre lo reconozca con las formalidades legales, que son un acto testamentario o un instrumento público entre vivos. Por consiguiente no tiene cabida en la Ley la posibilidad de que un hijo reconocido en tal forma por su padre siga siendo simplemente ilegítimo porque la Ley determina y señala para el reconocimiento consecuencias que los particulares no pueden impedir, siendo el que ellas, por referirse al estado civil, son de orden Público". (Cas. , 10 Julio de 1.942, LIV, 132).

COMENTARIO

Es en esta Jurisprudencia en donde se establecen las calificaciones de hijo ilegítimo simplemente e hijo natural (extramatrimonial); calificación que en realidad, sólo sirve para apuntarla al carácter restrictivo de la Ley 45 de 1936, no siendo suficiente para aliviar este concepto de estrechez el que se añada al énfasis de que, una vez reconocido el hijo ilegítimo por su padre, este reconocimiento produzca la consecuencia anotada de convertirlo en hijo extramatrimonial, énfasis que parece ridículo, por que la calentura no está en la sábana ya que no atenua en nada al estatus peyorativo del Concubinato.

c. 3a. CASACION

"Según el artículo 10. de la Ley 45 de 1936, pueden ser reconocidos como naturales - los hijos llamados adelterinos" (Cas., 31 Mayo 1.944, LVII, 137).

COMENTARIO

Esta Jurisprudencia atenúa la situación conflictiva de los hijos adulterinos, pues, al ser reconocidos por sus padres adquieren el título (i). Otra ridiculéz como si fuera una dignificación el ser hijo extramatrimonial.

d. 4a. CASACION

"La Ley 45 de 1.936 está inspirada en el sentido Justiciero y humanitario de amparo al nacido fuera del matrimonio ; pero no por ello deja de establecer limitaciones que el juzgador no puede pasar por alto. Así, por ejemplo, en principio prohíbe el reconocimiento como natural de un hijo concebido por mujer casada y establece como excepción el reconocimiento de la paternidad por el marido y sentencia ejecutoriada que declare no ser hijo suyo. En otras palabras, para la posibilidad de que el concebido por mujer casada sea reconocido como hijo natural y de su peso se cae que será de padre que no es el marido- es preciso que este lo desconozca y que una

sentencia ejecutoriada refrende por decirlo así, o de valor o existencia legal y aficacia a ese desconocimiento.

Así concilia la Ley 45 su aludido interés protector con el de la sociedad y de la familia a que corresponde la presunción de legitimidad del concebido durante el matrimonio de sus padres."

COMENTARIO

Nótese la expresión de la Corte cuando dice de la Ley 45 que comentamos, que esta Ley prohíbe el reconocimiento como extramatrimonial de un adulterino hijo de madre casada, para luego abrir una excepción cuando afirma que "El marido, y por sentencia ejecutoriada declare no ser hijo suyo". Es decir, que se está atentando contra su estatu natural: Un adulterino pasa a ser extramatrimonial sólo cuando el marido de la mujer adúltera declara ante la Ley, quien lo certifica por sentencia ejecutoriada, que ese niño no es de él. Se somete aquí a la pecadora a una obligada confesión pública de su pecado, y todo ello para que el muchacho ino -

cente sea reconocido por la Ley lo que ya naturalmente es: Un hijo fuera de matrimonio.

Se nos antoja que toda esta triquiñuela Jurídica obedece a la negación de la Ley, en colocar a la concubina dentro de su estructura legal (no se olvide que una adúltera por lo general ha sido concubina, o por lo menos llegó a un acto de Unión Libre.

e. 5a. CASACION

"Cuando la mujer ha abandonado el hogar y le nace un hijo después del décimo mes de tal abandono, el marido puede en cualquier tiempo impugnar la legitimidad de ese hijo; pero como sobra decirlo, su demanda tiene que invocar esos hechos y de cargo suyo es probarlos. Del propio modo debe alegar y probar el adulterio de la mujer cuando es el caso y en ello funda su impugnación, o mejor dicho, con ello ha de dar cabida a otras pruebas. Y cuando no se invocan esas causales, lo procedente y necesario es demostrar la imposibilidad física absoluta requerida por el artículo 214 del C.C." (Cas.29.

Octubre 1.945, LIX, 738).

COMENTARIO

En esta casación observamos que si el marido quiere impugnar un hijo nacido en los diez meses de haber abandonado el hogar, debe cuando menos probar la imposibilidad física de haberlo tenido; puede tratarse aquí de un adulterio con visos de concubinato, estable o de simple Unión Libre pero en todo caso " la imposibilidad física " requerida por el artículo 214 del C.C. es muy difícil de probar, salvo el caso de impotencia comprobada, creemos que lo que debe probarse es el hecho físico de no haber cohabitado con ella, por circunstancias de dudas en otras

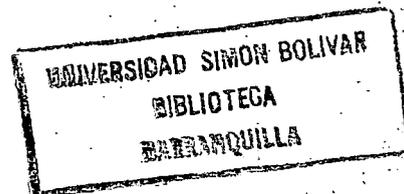
f. 6a. SENTENCIA

"Si se tiene en cuenta la reforma establecida por la Ley 45 de 1.936, en relación con los hijos naturales, y lo dispuesto en los artículos 213, y 214, 236 y 237 del C.C., nuestra legislación reconoce simplemente, en lo que respecta a la filiación, dos clases de hijos: los legítimos y los naturales. Entre los

primeros se cuentan los legitimados, ya sean los que sus padres hayan reconocido como naturales a quienes el matrimonio legitima ipso jure, o los concebidos y nacidos antes del matrimonio, a quienes sus progenitores otorgan ese carácter designándolos como sus hijos en el acto de matrimonio o reconociéndolos posteriormente por escritura pública. De igual manera son concebidos antes del matrimonio y nacidos dentro de él. Por el solo hecho del matrimonio se consideran legitimados ipso jure los hijos concebidos antes del vínculo en él (C.C., artículo 237). Por disposición del artículo 247 la legitimación de tales hijos no podrá ser impugnada sino por las mismas personas y de la misma manera que la legitimidad de los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio, o sea, en los términos prescritos en los artículos 214 a 224 del mismo código" (sentencias, 20 Junio, 1.947, LXII, 463; 10 Junio 1.945, LXIV, 437; 30 Junio 1.955, LXXX, 481).

COMENTARIO

Estas sentencias fundamentan el régimen de los hijos legitimados y no tienen para nuestro trabajo mayor importancia, sin embargo, como estos hijos fueron procreados antes del matrimonio, son producto de un concubinato, y es el único caso en que la Ley cede abiertamente en su negación a reconocer dentro de su estructura, a este estado que ha tenido siempre por ilegal.



C O N C L U S I O N E S .

1. ARTICULO 411 DEL C.C. INCISO 5o

Para este inciso proponemos la solución siguiente en su redacción.

" ARTICULO 411 DEL C.C. Se debe alimentos;..... INCISO 5o
A los hijos extramatrimoniales, su posteridad legítima y
extramatrimonial".

2. Vamos a resumir los argumentos que hemos expresado a lo largo de este trabajo, en cuanto ellos involucran una deducción incidente en el "Concubinato":

- 1o. El Concubinato es una institución natural.
- 2o. El Matrimonio es una institución artificial.
- 3o. El Concubinato es una Unión Libre estable.
- 4o. La única razón de diferencia entre estas dos Instituciones no es sustantiva (en realidad el matrimonio es un Concubinato Legalizado).
- 5o. La diferencia es pues adjetiva porque consiste solo en la Ley Normativa.

6o. Por consiguiente sus efectos son también adjetivos, es decir:

a. Los hijos Legítimos y los hijos extramatrimoniales solo se diferencian por una disposición de la Ley Positiva, nunca Natural.

b. La Esposa y la Concubina siguen esa misma diferenciación

c. Esta diferenciación no puede afectar sustancialmente el estado natural de ellas.

d. La situación Económica, aunque artificial, se basa en necesidades primarias del individuo, luego no pueden ser afectadas sustancialmente por ninguna disposición humana.

7. Por consiguiente proponemos:

Que:

LA LEY ESTABLEZCA

Un estatuto especial para el Concubinato estable, en el cual la concubina sea reconocida como miembro de una sociedad conyugal que comparta con la Esposa los Beneficios herenciales y antes del surgimiento del causahabiente, que participe de los Beneficios Económicos de un Hogar.

B I B L I O G R A F I A

1. ENGELS, FEDERICO. El Origen de la Familia La Propiedad Privada y el Estado. La familia consanguínea, la punulúa, la sindiásmica, la monargámica. Enfoque de la Domus.
2. MONROY CABRA, MARCO GERARDO. Derecho de Familia, libre ría Wilches, 1.982. Filiación Legítima, Filiación Ilegítima o natural o extramatrimonial, El Concubinato en el Derecho Colombiano, Igualdad herencial de los hijos.
3. VALENCIA ZEA, ARTURO. Tomo V. Derecho de Familia Contenido, evolución y caracteres de la familia como organismo social. Aumento de la Unión Libre. La Liberación de la Mujer. Matrimonio Canónico y Matrimonio Civil. Sociedad de hecho entre Concubinos.
4. ORTEGA TORRES, JORGE. Código Civil Comentado, novena edición actualizada, ed. Temis. 1.983.
Artículo 411 del C.C. Incisos 5o y 6o. La obligación de alimentos que dispone la Ley a los hijos extramatrimoniales.

Ley 45 de 1.936, artículo 10. " El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estuvieren casados es hijo natural".

5. PRECIADO AGUDELO, DARIO. De la Sociedad de Hechos y Entre Concubinos, primera ed. 1.985, Editorial Jurídica de Colombia. Sociedad de Hechos entre Concubinos, en régimen legal de los concubinos en Colombia.

6. MEDELLIN, CARLOS. Derecho Romano, ed. Temis. Bogotá.

7. BETANCOURT J. CARLOS. El Régimen Legal de los Concubinos en Colombia.

I N D I C E

Págs.

INTRODUCCION..... 12

MARCO HISTORICO

1. EL MATRIMONIO COMO PRIMERA SOCIEDAD HUMANA..... 15

2. EPOCA ANTE GRECO-EGIPCIA..... 19

3. DESARROLLO EN LA ERA GRECO ROMANA..... 26

4. EL MATRIMONIO POLITICO..... 32

MARCO SOCIAL

5. LA IGLESIA Y EL CONCUBINATO..... 36

MARCO LEGAL

6. ARTICULOS PERTINENTES..... 43

MARCO ANALITICO

7. COMENTARIO ARTICULOS PERTINENTES..... 48

CONCLUSIONES..... 59

BIBLIOGRAFIA..... 61