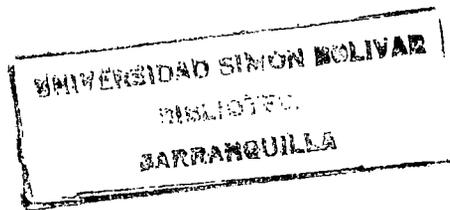


4034.16-1

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA
#0618

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA



UNION LIBRE EN COLOMBIA

ALBERTO LUIS GARCIA FONTALVO

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO
COMO REQUISITO PARCIAL PARA
OPTAR AL TITULO DE ABOGADO.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA

1.988

2000

NOTA DE ACEPTACION

Presidente del Jurado.

Jurado.

Jurado.

DEDICATORIA

A mis padres, JOSE GARCIA ORTIZ
y BAUTISTA FONTALVO FONTALVO.

A mi esposa, VILMA CHARRIS LOPEZ.

A todos ellos debo el éxito final de mis estudios, y es por ello que mi grado les pertenece.

AGRADECIMIENTOS

Por la gentileza y dedicación que han ofrecido a mi trabajo, presento mis agradecimientos a:

Dr. CARLOS LLANOS, Decano Facultad de Derecho.

Dr. AMADO GOMEZ RANGEL, Director de Tesis.

Dr. PEDRO SOCARRAS, Asesor de Tesis.

Barranquilla, Noviembre 29 de 1.988.

Doctór:

CARLOS LLANOS SANCHEZ.

DECANO FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR.

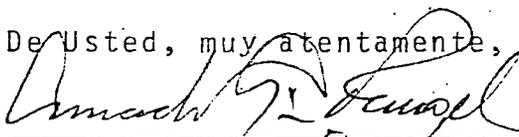
E. S. D.

Respetado Decano:

El egresado señor ALBERTO LUIS GARCIA FONTALVO, desarrolló el trabajo de Investigación Jurídica denominado "UNION LIBRE EN COLOMBIA", como requisito parcial para optar al título de Abogado, para su presentación realiza una satisfactoria investigación bibliográfica con el fin de captar la historia de este fenómeno social y al mismo tiempo conocer su realidad actual dominando el tema que es muy común en las esferas sociales. Estos motivos son satisfactorios para dar un concepto favorable.

Una vez más agradezco sus gentilezas al designarme Director del trabajo,

De Usted, muy atentamente,



AMADO GOMEZ RANGEL. C.c. 523.156. de Medellín.
T.P. 29.604. Min-justicia.

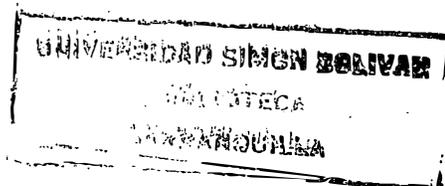
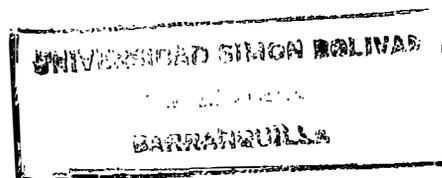


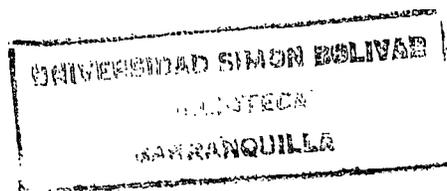
TABLA DE CONTENIDO

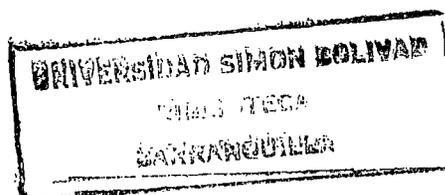
	Pág.
INTRODUCCION	9
1. DESARROLLO HISTORICO	11
1.1. ORIGEN DE LA HISTORIA	11
1.2. DESARROLLO DE LA SOCIEDAD	11
1.3. UNION SEXUAL LIBRE	12
1.4. FACETA DE LA NOBLEZA	14
1.5. FACETA RELIGIOSA	14
1.6. SITUACION ACTUAL	15
2. CONTRATO MATRIMONIAL Y SACRAMENTO CONTRATO	16
2.1. INSTITUCION ROMANA DEL MATRIMONIO	16
2.1.1. Jus connubii	16
2.1.1.1. La esclavitud	16
2.1.1.2. La gens	17
2.1.1.3. Jus connubii	17
2.1.1.3.1. Jus civitatis o derecho de ciudadanía	18
2.1.1.3.2. Jus commercii o derecho para comerciar	18
2.1.1.3.3. Jus sufragii o derecho de votar	19
2.1.1.3.4. Proceso del matrimonio romano	19
2.2. SACRAMENTO CONTRATO	19
2.2.1. Consecuencia del sacramento contrato	20
2.2.1.1. Como contrato	20
2.2.1.2. Si el matrimonio	20
2.2.1.3. Los hijos extramatrimoniales	20

	Pág.
3. EL HIJO EXTRAMTRIMONIAL SEGUN EL CODIGO DE NAPOLEON	22
3.1. NOCION	22
3.2. DECRETO 2820 DE 1974	23
4. ANALISIS DE LA LEY 29 DE 1.982	25
4.1. TRANSCRIPCION ARTICULO 1	25
4.1.1.Comentario	25
4.2. TRANSCRIPCION ARTICULO 2.	25
4.2.1.Comentario	25
4.3. TRANSCRIPCION ARTICULO 3	26
4.3.1.Comentario	26
4.4. TRANSCRIPCION ARTICULO 4	27
4.4.1.Comentario	27
4.5. TRANSCRIPCION ARTICULO 6	28
4.5.1.Comentario	28
4.6. DOCTRINA DE VALENCIA ZEA	29
5. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN LA SOCIEDAD JURIDICA COLOMBIANA	32
6. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN LA SOCIEDAD COLOMBIANA	34
7. LA UNION SEXUAL LIBRE NO ES UNA SOCIEDAD DE HECHO SINO UNA SOCIEDAD DE HECHO CREADA POR LOS HECHOS	36
7.1. SOCIEDAD DE HECHO SEGUN EL CODIGO DE COMERCIO	36
7.1.1.Transcripción de los artículos 498 al 506	36
7.2. NO ES CONTRATO DE TRABAJO	39
7.2.1.Transcripción de los artículos 22, 23 y sus ordina les	39
7.3. ES UNA SOCIEDAD DE HECHO CREADA POR LOS HECHOS	40
7.4. NO ES UNA FIGURA JURIDICA	43



	Pág.
8. EL CONCUBINATO ES UN MATRIMONIO NATURAL	45
8.1. LA UNION SEXUAL ES UN FENOMENO DE EXIGENCIA BIOLOGICA	45
8.2. LIBERTAD DE LA UNION SEXUAL	46
8.3. MATRIMONIALIDAD DE LA UNION SEXUAL LIBRE	46
8.4. IRREGULARIDAD DE LA LEY	47
8.5. CAUSAS E IRREGULARIDAD	47
9. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS	49
9.1. EL CONCUBINATO ES ALEGAL	49
9.1.1. Sugerencia	49
9.1.2. Comentario	49
9.2. CON EL FIN DE CLASIFICAR LA SITUACION DE LOS HIJOS ESPURIOS	51
9.2.1. Sugerencia	51
9.2.2. Comentario	52
9.3. DADOS LOS INNUMERABLES PROBLEMAS SOCIALES	53
9.3.1. Sugerencia	53
9.3.2. Comentario	53
BIBLIOGRAFIA	55
ANEXO	
ANEXO 1. ANTEPROYECTO	56
INDICE	73





INTRODUCCION

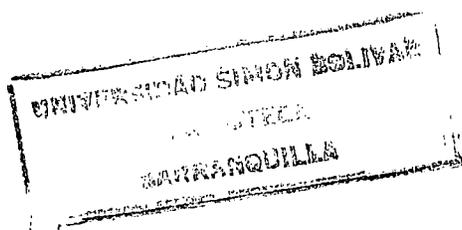
El fenómeno natural, en sí mismo, de la unión sexual libre, es un caso de funcionamiento biológico que ha tenido que ser normado por la ley, habida cuenta de la implicación que los hijos como resultado de la misma, tienen en la formación de la familia, primera célula de la sociedad. Es preciso dialogar con la historia para analizar los pasos dados por la evolución social para llegar al fenómeno jurídico del matrimonio. El recorrido de ese proceso histórico nos dará en su final un claro concepto: la unión sexual libre es el auténtico principio de la procreación humana, en tanto que el matrimonio es un principio social necesario para el correcto desenvolvimiento de las relaciones humanas. Hemos tenido en este trabajo muy presente esta distinción, a través de la cual hemos analizado el fenómeno jurídico que actualmente contemplamos como efecto de una causa eficiente que a través de los siglos se ha mantenido la misma aunque en dos facetas diferentes: la faceta de la nobleza y la faceta de la religión.

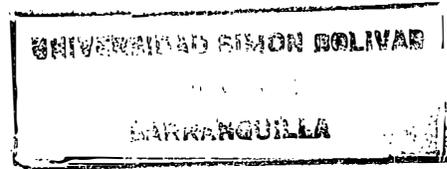
Has aquí el análisis histórico que a grandes rasgos haremos

en el capítulo 2, luego entraremos a escabar en la naturaleza misma de las cosas, el funcionamiento biológico con repercusión en la agrupación social de la humanidad. Nos detendremos en el aspecto concienzual de la norma que establece el matrimonio, ya con relación a la estabilidad de la arquitectura de la sociedad, y ya con relación a la cultura religiosa, como fruto del desarrollo intelectual del hombre. •

El hijo como fruto natural de la unión sexual, no es objeto de nuestro trabajo, pero sí el hijo extramatrimonial por la relación extrínseca que guarda entre la concepción natural biológica y la concepción jurídica positiva.

Por último analizaremos la legislación colombiana actual en su aspecto normativo, contenida especialmente en la Ley 29 de 1982. Y en conclusión a que hemos de llegar en este análisis, hacemos sugerencias que respetuosamente presentamos al Estado Colombiano, no como pontífices del Derecho, sino como colaboradores sinceros en la solución de los problemas deducidos de nuestro estudio.





1. DESARROLLO HISTORICO

1.1. ORIGEN DE LA HISTORIA

No nos compete tratar sobre el origen del hombre; sea cual haya sido éste, la unión sexual de hombre y mujer produjo un nuevo ser semejante a sus padres, con una misma constitución biológica, con un mismo funcionamiento fisiológico, con una misma caracterización ontológica y ontofísica, pues la capacidad generativa de los padres se transmitió genéticamente a todas las generaciones posteriores. Las ciencias biogenéticas todos confirman nuestro acerto, de donde dejamos asentado que el acto sexual es no sólo íntegramente natural, sino que es su ejercicio de necesaria continuación, según la ley genética de la perpetuidad de la especie.

1.2. DESARROLLO DE LA SOCIEDAD

La presencia de los hijos como resultado del acto sexual, despertó en los padres un amor sin límite a ellos, un impulso proteccionista de la vida e integridad de éstos, y por ende de un estamento de aglutinaciones de padres e hi

jos, en el cual surgió la autoridad del padre como eje de orientación de toda la actividad del grupo, y la madre como polo de atracción sentimental. Esta primera aglutinación se llamó familia. Con el correr del tiempo el conglomerado de familia fue poco a poco estableciendo relaciones entre ellas, especialmente con la finalidad de satisfacer necesidades comunes, como fue el alimento, la construcción de vivienda de acuerdo con las condiciones ambientales del hábitat limitado por las fronteras de espacio vital en que estaban radicado. Este conglomerado de familias recibió el nombre abstracto de Sociedad. Esto es el conjunto de relaciones entre compañeros; tanto que el conjunto de familias derivados de un primer tronco viviente en un momento dado se denominó tribu, el conjunto de tribus recibió el nombre de Clan; más tarde las viviendas de tribus y clanes más o menos contiguas recibió el nombre de aldea (Borgo), poblaciones, retiro, etc. y actualmente una aldea exte y servida de comodidades para la vida en comunidad se denomina Ciudad (urbe entre los latinos).

1.3. UNION SEXUAL LIBRE

Por muchos siglos la unión sexual libre fue el denominador común de la familia y a medida que se fue haciendo necesaria, una autoridad en las tribus y en los clanes, fue surgiendo también el sentimiento de superioridad. Pues por

la misma naturaleza de las cosas el jefe de la tribu o del clan albergó en su espíritu el ansia de mando que en un momento inmediato consecuencial lo llevó a distinguir de los súbditos no sólo su morada familiar que debió sobresalir del conjunto de las casas de la tribu, sino además que, para efecto de sucesión, de poder, llevó su orgullo a crear cargos y posiciones correspondientes al rango de hijos, parientes, etc, del jefe. De aquí nació sin duda, según la común interpretación de historiadores, como César Cantu¹, Platón², Cicerón³, y otros más, una alta clase social que se llamó nobleza, y que para poder sostener las costas de esa superioridad, debió disponer de medios económicos poderosos de donde nobleza y riqueza se confundieron en un mismo concepto.

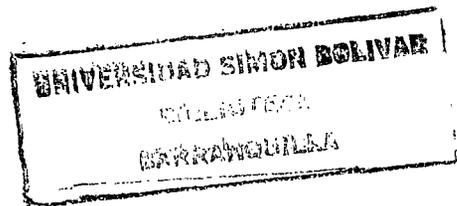
Como consecuencia de esta clase especial, la unión sexual, debió ser también seleccionada, más para garantizar relación y defenderla del capricho del amor, inventaron los jefes una unión que debía ser previamente aprobada por ellos y luego recibió el nombre de matrimonio.

¹ CANTU, César. Historia universal. Edit. Sopena. Barcelona. España. 1.967.

² PLATON. Diálogos. Edit. Espasa-Calpe. Madrid. España. 1.960.

³ CICERON. De amicitia. Edit. Salvat. Madrid. España. 1.975.

1.4. FACETAS DE LA NOBLEZA



Como acabamos de ver, el primer origen del matrimonio fue la nobleza; y falta añadir que debido a la inclinación que tiene el hombre de imitar, especialmente lo que le parece mejor, las familias más adineradas del clan, allegados a la nobleza, al menos con aspiraciones a llegar a ser nobles, siguieron el ejemplo de unión sexual noble (matrimonio), y comenzaron a practicarla; los plebeyos, tercera clase social desde aquellos comienzos, continuaron practicando la unión sexual libre como antaño.

En la era de la esclavitud cuya fecha de aparecimiento no consta en la historia, siguieron también practicando la unión sexual libre, que no recibió ni siquiera el beneplácito de los plebeyos (clase pobre).

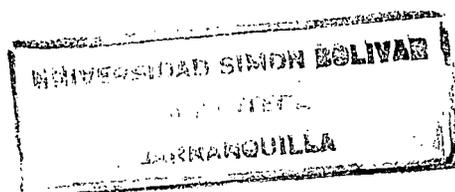
1.5. FACETA RELIGIOSA

Una modalidad muy especial reclamó para sí la nobleza en su matrimonio, la intervención religiosa. En efecto la religión cualquiera que ella fue en aquellos remotos tiempos, se presentó como aliada del poder y la nobleza, de la cual recibió el jefe el título de divino, pues la religión enseñó que el poder del jefe procedía de Dios. No es pues, de extrañar que al crear la nobleza el fenómeno jurídico del ma

matrimonio (reservado a los nobles en general), rodeará a éste de ritos y ceremonias especiales. Por largos siglos se mantuvo el matrimonio en estas condiciones; más al llegar al palenque de la historia, la religión cristiana y teniendo ésta como enseña de su doctrina la catolicidad, o apertura todos los hombres sin distinción de clases sociales, el matrimonio dejó de ser un distintivo de las clases altas, sino que la Iglesia lo extendió a todos los hombres, incluso, los esclavos. Pero la vetusta tradición de "matrimonio solo para nobles" ha llegado a perpetuidad y a acentuar en las clases humildes, que siempre se han considerado como plebeyos.

1.6. SITUACION ACTUAL

En la actualidad la situación es ésta: gran parte de la población humilde o pobre de nuestro país, y pese a la enseñanza de la Iglesia Católica procrean en unión sexual libre (concubinato). Más otra parte, bastante menor en cantidad, practican el concubinato adúltero.



UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

LIBRERÍA
CENTRO DE INVESTIGACIONES

2. CONTRATO MATRIMONIAL Y SACRAMENTO CONTRATO

2.1. INSTITUCION ROMANA DEL MATRIMONIO

Roma, maestra del Derecho Civil, organizó el matrimonio en la base jurídica de un contrato, al que dio las siguientes características:

2.1.1. Jus connubii. Roma organizó su sociedad en base a tres castas: la ciudadanía romana, los gentiles o bárbaros, o forasteros y los esclavos.

2.1.1.1. La esclavitud. Esta categoría de habitantes, no constituía propiamente hablando una casta, sino una clase especial de animales, a quienes se le desconocía totalmente la calidad de persona humana, destinándolos a los servicios más bajos de la domus, al trabajo de la hacienda y a toda clase de menesteres necesarios tanto para la producción, como para la subsistencia de todos aquellos grupos, sociales no gravados con el estigma de la esclavitud. Para esta desgraciada clase de res, la unión sexual libre siguió el modo de la civilizaciones antiguas; Roma, sin embargo,

la calificó como contubernium, es decir, ayuntamiento no sujeto a ley alguna, pero sí apoyados en una elemental reglamentación consistente en el respeto que se les debía tener a estas uniones sexuales entre los mismos esclavos por demás, los libres (no esclavos), podían usar de los esclavos sexualmente, sin que ello fuera de atinencia de la ley. Los amos apareaban a su conveniencia sus esclavos para mejorar la raza o conservarla, exactamente como ahora hace el hacendado con su cría de equinos, ovinos, etc.

2.1.1.2. La gens. Todos los forasteros, aún nacidos en Roma pero no de familia romana, constituían el grupo social de los gentiles (bárbaros o forasteros). Esta gente era libre pero sometida a leyes especiales que administraba el pretor gentium o juez de los gentiles. Esta clase social no podía celebrar el matrimonio o connubium, reservado únicamente a los romanos; para ellos se estableció, la ley el concubinatum, o sea, unión sexual libre, pero registrada ante el pretor, quien en nombre de Roma les daba la garantía del respeto y de ejercicio de los Derechos reconocidos a los gentiles.

Si un romano se unía sexualmente a un gentil, la unión era legal pero como concubinato, nunca como matrimonio.

2.1.1.3. Jus connubii. Los ciudadanos romanos y ellos se

los, tenían los siguientes derechos:

2.1.1.3.1. Jus civitatis o derecho de ciudadanía. Consistía este derecho en el disfrute de todos los derechos que explicaremos a continuación. Advertimos que eran ciudadanos romanos solamente las personas nacidas en Roma o no, pero descendientes de cualquiera de los fundadores de Roma; es decir que aquellos casi mil soldados que acompañaron a Rómulo y Remo en la fundación de Roma, 653 antes de cristo, eran los troncos geneológicos que la ley reconocía como ascendientes de los ciudadanos Romanos. En el decurso de los siglos siguientes, y hasta la caída del imperio (siglo IV después de cristo), la ciudadanía romana fue concedida, por edictos imperiales a muchas personas eminentes por su sabiduría, por su riqueza, etc, aun extranjeras o gentiles.

2.1.1.3.2. Jus commercii o derecho para comerciar. Este derecho consistía en celebrar contratos según la ley romana, que eran distintos a los convenios comerciales que podían celebrar entre sí los gentiles. Sólo los contratos, romanos, eran amparados por la ley con penas drásticas, entre las cuales existían las penas de reducción a esclavitud (pérdida de la ciudadanía). Por deudas no pagadas; en tanto que los convenios comerciales entre gentiles, o entre gentiles y romanos, no conducían a tales penalidades en

caso de incumplimiento. En virtud de este derecho los romanos no podían vender sus propiedades a los gentiles, pero sí arrendarlas.

2.1.1.3.3. Jus sufragii o derecho de votar. Consistía este derecho en consignar el voto para las elecciones de dignidades en El Estado Romano.

2.1.1.3.4. Proceso del matrimonio romano. Si bien todo contrato era celebrado en Roma, bajo juramento, éste requisito religioso no la hacía sagrado. El connubium admitía el divorcio y el repudio, que era este último un divorcio menos drástico en cuanto a la separación de bienes, pues concedía a la mujer una división en el patrimonio conyugal, en tanto que en el divorcio la mujer perdía su dote. Los demás requisitos para celebrar el connubium eran referentes a la organización del patrimonio conyugal que no son del caso contemplar en nuestro trabajo. Y en cuanto al hijo extramatrimonial basta decir que ni en Roma, ni antes de Roma esta clase de hijos tuvo participación alguna en la herencia.

2.2. SACRAMENTO CONTRATO

Al surgir en el mundo la religión cristiana ésta impuso a la humanidad el sacramento contrato. Aceptó la naturaleza jurídica del contrato romano, pero le agregó la naturaleza, de sagrado, es decir consagrado a Dios, atinente a Dios,

originado en la ley de Dios. En tal forma creó la nascente iglesia, éste fenómeno jurídico, que hizo de él una simbiosis de lo divino y lo humano, a la forma de la persona de Cristo, quien según esta nueva doctrina es un ser hombre - Dios, es decir con naturaleza humana y personalidad divina.

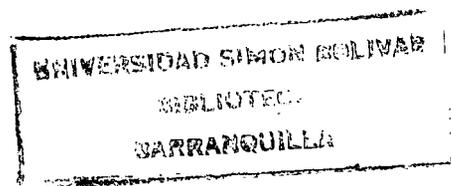
2.2.1. Consecuencias del sacramento contrato.

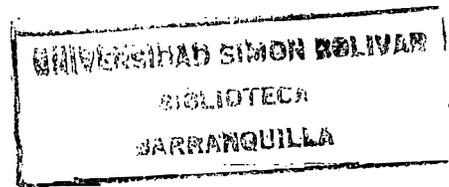
2.2.1.1. Como contrato, el matrimonio católico solo puede tener existencia en el consentimiento de las partes, de donde toda nulidad de consentimiento implica inexistencia de contrato.

2.2.1.2. Si el matrimonio, al mismo tiempo de contrato es sacramento, pertenece solo a Dios fijar el requisito primordial de su existencia, y por ello interpretando la iglesia la frase "lo que Dios une el hombre no lo separe" atribuida a Jesús en el Evangelio, el contrato de matrimonio no es susceptible de divorcio, aunque sí de repudio. En este principio estriba la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

2.2.1.3. Los hijos extramatrimoniales, como no participante del contrato sacramento, tampoco pueden ser incluidos en las cláusulas previas de éste contrato sacramento; lo que no impide que puedan ser tratados por la ley civil con dis

posiciones estrictamente humanas. Esta salvedad la analiza
remos en nuestro trabajo.





3. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL SEGUN EL CODIGO DE NAPOLEON

3.1. NOCION.

El hijo extramatrimonial estuvo consagrado primeramente en la Ley 153 de 1.887; esta calidad la tenían los concebidos por hombre y mujer que libremente hubieran podido casarse, entre sí. Los adulterinos y los incestuosos recibían la denominación de hijos de Dañado y Punible Ayuntamiento, y carecían de todo derecho en relación con su padre. Este sistema perseguía proteger la familia legítima; se negaba toda eficacia de la denominada familia extramatrimonial.

La ley 45 de 1.936 derogó este sistema y otorgó importantes derechos a los hijos no matrimoniales:

Primero, se estableció que todo hijo concebido al margen del matrimonio tenía los mismos derechos, que los hijos que en el anterior sistema recibían la denominación de hijos de dañado y punible ayuntamiento.

Segundo, se permitió que el hijo extramatrimonial pudiera

investigar judicialmente su paternidad.

Tercero, se llamaba heredar en concurrencia con los hijos legítimos, pero se les asignaba el 50% de los anteriores.

Cuarto, las obligaciones de cuidado personal (alimentación, educación, etc) de los padres legítimos sobre sus hijos legítimos fueron extendidos a los hijos extramatrimoniales. Igualmente el ejercicio de la potestad paternal sobre los hijos legítimos se extendió en el mismo grado a los hijos extramatrimoniales.

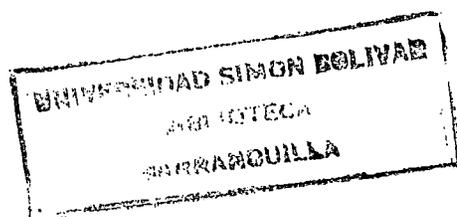
3.2. DECRETO 2820 de 1974

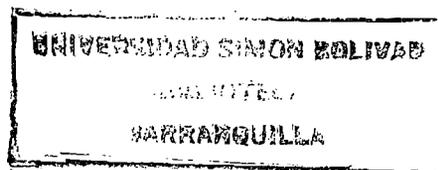
Sin embargo existían acentuadas desigualdades, fuera de la enunciada del derecho a heredar la principal de los cuales consistía en que el hijo extramatrimonial no entraba dentro de la familia de sangre del padre o madre. Por ese motivo podían heredar los sobrinos extramatrimoniales a su respectivo tío o tía.

Teniendo en cuenta la anterior desigualdad, la expresión hijo natural fue duramente criticada, pues daba a entender, que se oponía a los hijos artificiales. Por ese motivo se expidió el Decreto 2820 de 1.974, cambió dicha expresión (hijo natural), por la de hijos extramatrimoniales, código ci

vil, artículos 62, 449 y 457.

Otro tanto aconteció cuando apareció la Ley 29 de 1.982, al establecer que el hijo extramatrimonial hereda la misma cuota que el legítimo y, especialmente entra de plano en la familia de sangre del padre o la madre, motivo por el cual hoy día pueden heredar los nietos y los sobrinos extramatrimoniales.





4. ANALISIS DE LA LEY 29 DE 1.982

4.1. TRANSCRIPCIÓN ARTICULO 1

"los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones"

4.1.1. Comentario. Observamos que en esta disposición no hace alusión a los adulterinos e incestuosos, por lo tanto se entienden comprendidos y con todas sus garantías.

4.2. TRANSCRIPCIÓN ARTICULO 2

"Son llamados a sucesión intestada: los descendientes; los hijos adoptivos; los ascendientes; los padres asoptantes; los hermanos; los hijos de éstos; el cónyuge supérstite; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar"

4.2.1. Comentario. Aquí observamos que no se discriminaron por ninguna parte a los hijos legítimos y a los extra matrimoniales, pero cuando dice que son llamados a suceder los descendientes, quedan incluidos. Es de anotar que to

das las discriminaciones de los seres humanos en razón de su filiación han sido borradas de nuestro sistema legal . Al quedar incluidos los hijos extramatrimoniales dentro de la familia de sus padres de la misma manera que los legítimos, se destruye la principal diferencia entre la legitimidad y la extramatrimonialidad. Con la expedición de la Ley 29 de 1.982, Colombia se ha limitado a cumplir con promisos internacionales contenidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

4.3. TRANSCRIPCION ARTICULO 3

"Hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos"

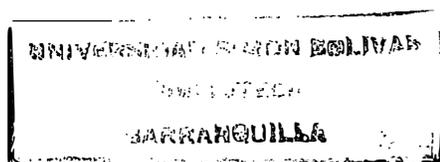
4.3.1. Comentario. Hay siempre representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de los hermanos y se da entrada a los hijos extramatrimoniales, el cual reformó el artículo 1043 del Código Civil. Establecía la representación hereditaria para la descendencia legítima del difunto y la descendencia legítima en sus hermanos legítimos o extramatrimoniales. El derecho de representar, (o sea el derecho de recoger la herencia que no podía obtener un hijo o unos hermanos por haber fallecido u otra

causa) no se daba para la descendencia extramatrimonial, lo que indicaba que en ningún caso la herencia podía corresponder a un nieto o sobrino extramatrimonial.

4.4. TRANSCRIPCIÓN ARTICULO 4

"Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, excluyen a todos los otros herederos y recibirá entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal".

4.4.1. Comentario. Reafirma lo establecidos en el artículo 1º; en base a lo anterior en Colombia se había venido entendiendo que la principal discriminación entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial consistía en que el hijo extramatrimonial recibía por herencia solo la mitad de la cuota que correspondía a un hijo legítimo. En este aspecto los cambios introducidos por la norma que estamos analizando son muy profundos, pues se otorga al hijo extramatrimonial la misma posición jurídica que tradicionalmente venía ocupando el hijo legítimo. Al quedar incorporado dentro de la familia de sus padres se extienden en forma considerable los vínculos de parentesco extramatrimonial, dándose efectos jurídicos al parentesco de segundo y tercer grado en la línea directa (nietos, bisnietos, abuelos, bisabuelos) y en la línea colateral (tíos, sobrinos).



Solo allí donde no produce efectos el parentesco legítimo tampoco los produce el extramatrimonial, (por ejemplo se privó de cuota hereditaria a los primos hermanos).

4.5. TRANSCRIPCIÓN ARTICULO 6

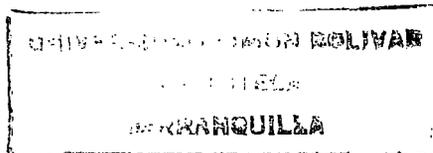
"Si el difunto no deja descendientes ni ascendientes, ni hijos adoptivos, ni padres adoptantes, le sucederán sus hermanos y su cónyuge. La herencia se divide la mitad para éste y la otra mitad para aquellos por partes iguales.

A falta de cónyuge, llevarán la herencia los hermanos, y a falta de éstos aquel.

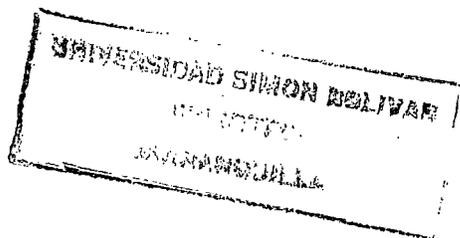
Los hermanos carnales recibirán doble porción que los que sean simplemente paternos o maternos"

4.5.1. Comentario. La actual disposición habla de descendientes y ascendientes y la herencia se dividirá en dos partes, mientras que lo dispuesto en el artículo, derogado hacía mención a parentesco legítimo y natural, y la herencia se dividía en tres partes.

Una para los hermanos legítimos, otra para el cónyuge y la otra para los hijos naturales.



4.6. DOCTRINA DE VALENCIA ZEA



Dice Valencia Zea:

¿Cómo calificar 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 sí en razón de vínculos de parentesco?. Hasta la expedición de la Ley 45 de 1.936 se las denominó ayuntamiento dañados y punibles, denominación que se les dio por considerarse que su establecimiento implicaba la comisión de un ilícito punible por la ley penal pues las unas constituían adulterio y las otras incesto. De donde se deduce que dentro del régimen del Código existían dos clases de concubinato los no punibles o concubinatos perfectos, y los punibles, o sea los dañados y punibles o concubinatos imperfectos.

La clasificación de las uniones extramatrimoniales dentro del sistema del código civil tenía fundamental importancia por los diversos efectos que se le otorgaban 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 (párrafo 3) estos hijos eran los adulterinos y los incestuosos en cambio los nacidos de unión extramatrimonial no dañada ni punible recibían el nombre de hijos naturales (artículo 52, antiguo, párrafo 2°).

El concubinato a partir de la ley 45 de 1.936. Al suprimir esta ley la categoría de hijos de dañado y punible ayuntamiento (artículo 1°) derogó, como consecuencia natural, la clasificación de los concubinatos en punibles y no punibles. De ahí que para el derecho positivo actual concubinato es toda unión estable de hombre y mujer, sin distinguir el estado personal de quienes establecen la comunidad; y concubinos son el hombre y la mujer que de hecho hacen vida marital sin estar unidos por vínculos matrimoniales. La comunidad de vida o comunidad doméstica, en general, es de naturaleza análoga a la que resulta del matrimonio; se diferencian en que la una es de hecho, o sea sin vínculo matrimonial; la segunda es la amparada por

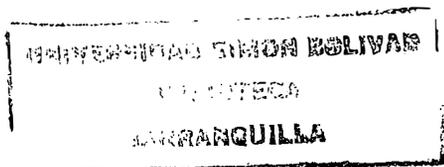
el matrimonio.

Los elementos esenciales del concubinato son:

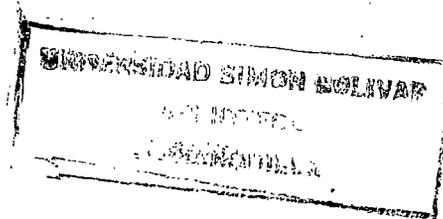
- La unión de hecho entre hombre y mujer con fines de orden sexual. No tienen cabida dentro de esa concepción, las posibles uniones cuya finalidad no sean las relaciones sexuales; en cambio, un matrimonio se rá siempre matrimonio, aunque excepcionalmente no existan o no puedan existir las relaciones sexuales lo que puede acaecer cuando se realizaron en un tiempo y el matrimonio perseguía la legitimación de los hijos procreados; también será matrimonio la unión de hombre y mujer, aunque no pueda realizarse el comercio sexual, pues cuando más se tratará de un matrimonio anómalo, susceptible de anularse. Estas consideraciones no tienen validez con respecto a las uniones que constituyen concubinato, por tener, este su fuente en un mero hecho.

- El concubinato no exige que los concubinos puedan casarse entre sí: precisamente muchos de los concubinatos que se establecen en Colombia obedecen al fracaso de la vida conyugal del marido y mujer y a la necesidad que tiene alguno de ellos, o ambos, de crear una comunidad doméstica con hombre o mujer diferente a sus cónyuges. No podemos olvidar que los casados canónicamente pueden separarse de cuerpos, pero no divorciarse. El derecho no puede derogar un fenómeno psicológico que se da entre los seres humanos: el amor. Quienes se aman forman comunidad doméstica, ya sea dentro de matrimonio si este se encuentra a su alcance, o de hecho si se encuentra impedidos para celebrarlo.

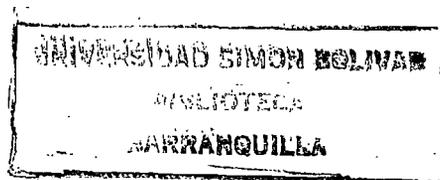
- El concubinato exige la mutua fidelidad de los concubinos, especialmente de la concubina. En la práctica suele aformarse que un concubino, puede tener más de una concubina, caso-en el cual se encontraría excluida la finalidad del concubino a cada una de las concubinas. El problema tiene sus implicaciones y dificultades, pues equivale a admitir la poligamia concubinaria, la que se encuentra totalmente excluida en el matrimonio. En todo caso cuando la doctrina se refiere al concubinato, ha de entenderse que se trata de la unión de un solo hombre con una sola mujer.



- Se requiere que la unión sea estable, sin exigirse que exista residencia independiente de la de alguno de los concubinos. Es posible que un hombre casado, sin destruir la comunidad de hecho con una concubina. En términos más exactos: puede ser posible la coexistencia al mismo tiempo de la relación matrimonial con una relación concubinaria. Por este motivo no se exige que la unión de los concubinos, sea notoria y pública, ni que el concubino viva permanentemente con la concubina, pues basta la comunidad de habitación y que el concubinato provea a los gastos del hogar⁴



⁴ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo V. Derecho de familia. 5a. edición. Editorial Temis-Librería Bogotá - Colombia. 1.985. p. 417 - 419.

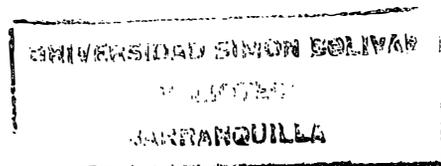


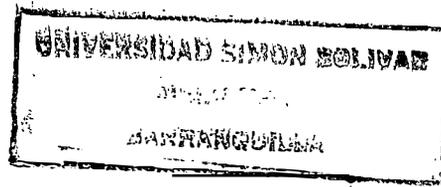
5. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN LA SOCIEDAD JURÍDICA COLOMBIANA

Ante de estas leyes por hijo legítimo natural se entendía: Los concebidos fuera del matrimonio, de personas que podían casarse entre sí en el momento de la concepción, pero la Ley 45 de 1.936, artículo 1º, que es la que da la sanción de igualdad legal definitiva, no menciona ni hace discriminación entre los hijos extramatrimoniales.

Esto parece a primera vista, que esta ley dejó en la sociedad la impresión de igualdad, es decir que el asunto quedó arreglado, pero exige para la igualdad decretada, que los hijos extramatrimoniales deben ser reconocidos mediante registro en la respectiva notaría, como lo establece el Decreto 1260 de 1.971, título VI, artículos 44 al 66, solo que sienta un paso de aspecto moral; si no es problema que un hombre casado y una mujer no casada registren a su hijo extramatrimonial; sí lo es y con carácter casi que excluyente, que ese hijo pueda ser registrado por una mujer casada, puesto que con este acto está ella reconociendo su infidelidad, la cual puede constituir una peligrosa situación frente a su esposo, a sus hijos legítimos, ante la sociedad, etc.

Téngase en cuenta: la ley no hace mención de los hijos a adulterinos ni de los incestuosos, pero al comprenderlos en la denominación que realmente tienen de extramatrimoniales quedan ellos también comprendidos en la obligación del registro notarial, el que según la consideración que acabamos de hacer, es casi imposible que lo haga una mujer casada o una pareja con impedimento de consanguinidad.





6. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN LA SOCIEDAD COLOMBIANA

Como entre nosotros el aspecto ordinario cambió de nombre. Éste ha sido bien recibido por toda la sociedad, ya que al eliminar de la partida de bautismo el epíteto de natural y al reconocerlo la ley a este hijo extramatrimonial (Ley 29 de 1.982), que igualó los derechos hereditarios entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales se pensó erróneamente que se había borrado en definitiva la tacha social que sobre él caía, y que ya en adelante no había diferencia legal entre hijos legítimos y no legítimos.

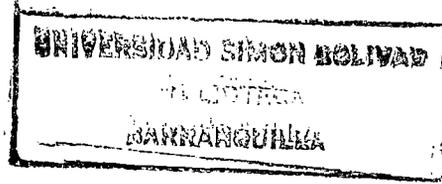
Pero ésto no es así, como lo vamos a demostrar más adelante, porque las relaciones progénito-filiales y fraternales en la unión libre estable a nivel nacional no son muy diferentes en cada región, cuando se trata de hijos y hermanos del mismo padre y la misma madre.

Pero se presenta la diferencia cuando es producto de relaciones extramatrimoniales donde la persona paterna o ma

terna no estable por tener impedimento para el matrimonio.

Cuando el padre legítimo responde por las necesidades del hijo la situación social o status de éste en la familia se equipara al de sus hermanos, y el "padraastro" no tiene mayores conflictos con la madre a causa del hijo. Desafortunadamente este es un caso no frecuente, especialmente en los estratos bajos del país. Lo típico es que el padraastro reciba con beneplácito el hijo de su compañera y adquiera en una primera etapa de la unión el compromiso de quererlo y mantenerlo. Esta relación se cumple así: en un principio y es la razón que impulsa a muchas mujeres a conformar una unión libre, para reemplazar afectiva y económicamente al hombre que la abandonó. Sin embargo, cuando él procrea un nuevo hijo producto de estas relaciones, la actitud del hombre cambia radicalmente y comienza así a evadir la responsabilidad adquirida con el hijo anterior, como cándolo en una situación difícil ante sus allegados y la sociedad en general.

Lo que nos demuestra que a pesar de los esfuerzos del legislador en equiparar por medio de Leyes, Decretos, etc. los derechos y otras prerrogativas al hijo extramatrimonial con el legítimo, en la realidad por el hecho de ser el producto de relaciones extramatrimoniales o de personas no casadas entre sí, socialmente se sigue mirando despectivamente al hijo natural en Colombia.



7. LA UNION SEXUAL LIBRE NO ES UNA SOCIEDAD DE HECHO SINO UNA SOCIEDAD DE HECHO CREADA POR LOS HECHOS

La discusión existente entre los doctrinarios del Derecho sobre si la unión libre es una sociedad de hecho, para unos sí lo es, para otros es un contrato de trabajo, y para la Corte es una sociedad de hecho creada por los hechos.

7.1. SOCIEDAD DE HECHO SEGUN EL CODIGO DE COMERCIO

7.1.1. Transcripción de los artículos 498 al 506 del Código de Comercio:

- Artículo 498: La sociedad comercial será de hecho cuando no se constituya por escritura pública. Su existencia, podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley.

- Artículo 499: La sociedad de hecho no es una persona jurídica. Por consiguiente, los derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridos o contraídas a favor o a cargo de todos los socios de hecho.

Las estipulaciones acordadas por los asociados producirán efectos entre ellos.

- Artículo 500: Las sociedades comerciales constituídas por escritura pública, y que requiriendo permiso de funcionamiento actuaren sin él, serán irregulares. En cuanto a la responsabilidad de los asociados se asimilarán a las sociedades de hecho. La superintendencia respectiva ordenará de oficio o a petición de interesado, la disolución y liquidación de estas sociedades.

- Artículo 501: En la sociedad de hecho todos y cada uno de los asociados responderán solidaria e ilimitadamente, por las operaciones celebradas. Las estipulaciones tendientes a limitar esta responsabilidad se tendrán por no escritas.

Los terceros podrán hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones a cargo o en favor de todos los asociados de hecho o de cualquiera de ellos.

- Artículo 502: La declaración judicial de nulidad de la sociedad no afectará los derechos de terceros de buena fe que hayan contratado con ella.

Ningún tercero podrá alegar como acción o como excepción

de la sociedad es de hecho para exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones. Tampoco podrá invocar la nulidad del acto constitutivo ni de sus reformas.

- Artículo 503: La administración de la empresa social, se hará como acuerdan válidamente los asociados, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 501 respecto de terceros.

- Artículo 504: Los bienes destinados al desarrollo del objeto social estarán especialmente afectos al pago de las obligaciones contraídas en interés de la sociedad de hecho, sin perjuicio de los créditos que gocen de privilegios o prelación especial para su pago. En consecuencia, sobre tales bienes serán preferidos los acreedores sociales a los demás acreedores comunes de los asociados.

- Artículo 505: Cada uno de los asociados podrá pedir en cualquier tiempo que se haga la liquidación de la sociedad de hecho y que se liquide y pague su participación, en ella y los demás asociados estarán obligados a proceder a dicha liquidación.

- Artículo 506: La liquidación de la sociedad de hecho podrá hacerse por todos los asociados, dando aplicación lo pertinente a los principios del capítulo IX, título I,

de este libro. Asimismo podrán nombrar liquidador, y en tal caso, se presumirá que es mandatario de todos y cada uno de ellos, con facultades de representación.

De acuerdo con el Código de Comercio, la unión sexual libre no es una sociedad de hecho por no reunir los requisitos que para ésta se requieren como: debe ser registrada ante la Cámara de Comercio, debe llevar libros de contabilidad, realizar balances de cuentas, archivos, y haber un aporte capital y de trabajo, provenientes de cada socio.

7.2. NO ES CONTRATO DE TRABAJO

7.2.1. Transcripción de los artículos 22 y 23 y sus ordinales, del Código Sustantivo del Trabajo. Según este código, para el contrato de trabajo se requieren:

- Artículo 22: Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono y la remuneración, cualquiera, que sea su forma, salario.

- Artículo 23: = Para que haya un contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales

- La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

- La continuidad subordinada o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato, y

- Un salario como retribución del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se agreguen.

7.3. ES UNA SOCIEDAD DE HECHO CREADA POR LOS HECHOS

La Corte dice que no es una sociedad de hecho comercial, sino que los hechos mismos hacen una sociedad, a semejanza de la sociedad comercial de hechos.

En muchos casos, y especialmente cuando el concubinato ha durado un tiempo considerable, es muy factible que mediante el trabajo o la industria de los concubinos y al trabajo de cada uno de ellos, suele formarse una sociedad de hecho muy semejante, en el fondo, a la sociedad que se constituye entre cónyuges.

Sigue diciendo la Corte Suprema, las sociedades de hecho son de dos clases: en primer lugar, las que se forman en virtud de un consentimiento expreso, y que por falta de uno de varios o de todos los requisitos que la ley exige para las sociedades de derecho, no logran tener la categoría de tales; en segundo lugar las que tienen su origen en la colaboración de dos o más personas, en una misma explotación resulta de un conjunto o de una serie de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.⁵

Debemos concentrar nuestra atención en la segunda clase de sociedades, que es la que nos interesa, y para que puedan reconocerse se requieren, según la Corte, estos dos requisitos:

⁵ Corte Suprema de Justicia. Fallo del 26 de marzo de 1.958, "G"J". t. LXXXVII, ps.492 y ss.

- Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común, y se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendientes a la consecución de beneficios;

- Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir que no se haya encontrado uno de ellos, con respecto de trabajo o de otro contrato por razón del cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, control y supervigilancia del patrimonio (sentencia - casación del código civil, 25 de marzo de 1958).

Por otro lado, hay estados de concubinato / en los cuales no puede establecerse la formación de una sociedad de hecho entre los concubinos, una subordinación de uno de ellos al otro, en virtud de un contrato de trabajo o de mandato. Esto sucede generalmente cuando el patrón establece relación de concubinato con una de sus empleadas o trabajadoras, también puede darse el caso de que el patrón haya elevado a la concubina a la calidad de administradora de sus bienes; el vínculo originario de subordinación es reemplazado por uno de mutua colaboración económica.

En general, la ingerencia en los negocios del concubinato

es lo que da a la concubina la categoría de socio; en todo caso, si no es posible establecer la existencia de una sociedad de hecho entre los concubinos puede ser viable el ejercicio de una acción de indemnización por los trabajos de la concubina en la casa o en los negocios del concubino.

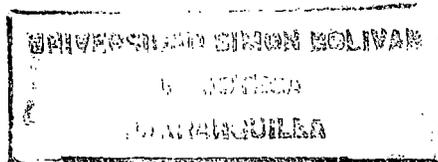
7.4. NO ES UNA FIGURA JURIDICA

Poco se ha preocupado el legislador de reconocerle efectos a la convivencia no marital y determinar las consecuencias que de ésta se derivan, siendo indiferente a los problemas que se presentan y dando pie a situaciones en las que la gente cree que por no estar reglamentada esta relación, no hay ninguna obligación con el compañero, ni con sus hijos, produciéndose para éste una situación desfavorable.

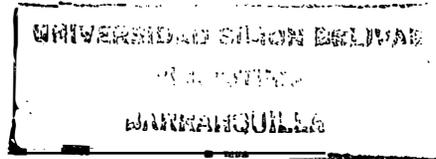
Teniendo en cuenta el vacío dejado por la legislación y la imperiosa necesidad de la existencia de una reglamentación, a nuestra jurisprudencia le ha tocado admitir en cierta forma que de esta unión surgen lazos de hecho muy fuertes que son imposibles de desconocer; y que en la mayoría de los casos son fuente de obligaciones naturales, (artículo 1527, inciso segundo, C.C.) por lo cual, ha afrontado el problema mediante la equiparación de la convi

vencia marital con lo establecido en la ley civil o laboral para el matrimonio, según se trate en cada caso.

Los conceptos sostenidos por la Corte en relación al tema tratado son las establecidas en las sentencias de 1.935 y 1.943, "G.J" t. XLII.⁶



⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencias de 1.935 y 1.943 "G.J" t. XLII, p. 479 y t..VI ps. 330 y 335., véase también, sentencia del 26 de marzo de 1.958, en "G. J". T. LXXXVII, ps. 499 y 500.



8. EL CONCUBINATO ES UN MATRIMONIO NATURAL

La expresión "matrimonio natural" es propia mía, pues no he encontrado en el léxico expresión acertada para denominar este problema que, siendo de tanta trascendencia social, sin embargo no es jurídico, pues nuestra legislación civil parece haberle tenido miedo al cuero después de haber matado un tigre: ha nivelado los derechos del hijo extramatrimonial con los del hijo legítimo y se ha negado sistemáticamente a darle entidad jurídica al origen extramatrimonial de esos hijos.

8.1. LA UNIÓN SEXUAL ES UN FENÓMENO DE EXIGENCIA BIOLÓGICA

Huelga tratar la naturalidad de la unión sexual, pues éste fenómeno es el resultado del uso de órganos que la naturaleza ha dotado a la pareja humana; su uso adecuado para obtener la continuidad de la especie, constituye una Ley Natural, y por ende la necesidad de su funcionamiento de acierto con la máxima latina: Natura Non Facit Saltus la naturaleza no da brincos, esto es el funcionamiento de sus leyes es de una continuidad admirable, en la cual con

siste la armonía universal; sí pues, la naturaleza ha dotado de órganos sexuales a la pareja humana, es de necesidad su funcionamiento para el fin que ellos han sido destinados.

8.2. LIBERTAD DE LA UNION SEXUAL

A pesar de la naturalidad de la unión sexual, ésta es libre, vale decir que requiere el consentimiento de las partes, dada su finalidad, que es la procreación del género humano, y siendo esta procreación una función natural, pues implica una serie de sentimientos expresivos del amor, necesariamente es ante todo una consecuencia volutiva, esto es que precisa de la voluntad libre de toda presión externa, en lo que radica la libertad. Una unión sexual realizada mediante la violencia, da un producido natural de procreación, pero este resultado no proceder de una conciencia libre, aunque es humana, carece totalmente de conciencia volutiva.

8.3. MATRIMONIO DE LA UNION SEXUAL LIBRE

Por matrimonio entendemos el acto de la unión sexual libre pero normado, aderezado con los requisitos de carácter socio-religioso, impuesto por la Ley. Basada en este concepto infiero de las características naturales de

la unión sexual libre, que en esencia es un matrimonio cuyas normas no las impone la ley, sino la libre voluntad y esta libertad son atributos que rodean a esta unión para hacer de ella una clase especial que, no por ser extra legal de ja de ser natural y respetable en el conglomerado humano ya que es efecto de voluntades humanas en la libre concurrencia de un fenómeno social, esta argumentación me lleva a denominar matrimonio natural a la unión sexual libre.

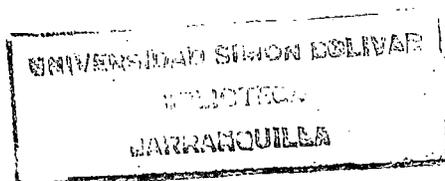
8.4. IRREGULARIDAD DE LA LEY

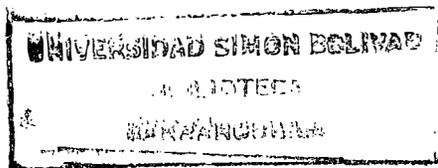
La ley tiene por finalidad la regularización de las relaciones sociales. La unión sexual libre en sí una relación social, vale decir, relación de actos humanos, de la cual nacen derechos, luego crea un hecho jurídico, que es aquel del cual nace un derecho, se modifica, o se extingue. Cuando la ley no se preocupa de normar la unión sexual libre, incurre en la irregularidad de no atender a su causa finalista: regular relaciones sociales.

8.5. CAUSAS DE IRREGULARIDAD

Pero cual es la causa de que la ley haya descuidado su causa finalista? En Colombia solo encontramos una: el excesivo respeto que la ley le tiene al compromiso religioso

so de la mayoría católica del pueblo Colombiano. La Iglesia Católica, en su empeño por mantener el contrato sacramento, de su doctrina, se esfuerza y en ello tiene su razón, en mantener el matrimonio Canónico como única Institución social aceptable para su injente comunidad, y por ello en tal forma proscribte el concubinato, que emplea todos los medios de descrédito que le son posible. Más la ley, que se ha hecho para todos los colombianos, sin consideración de clases políticas, ni credo religioso, está obligada a cubrir con sus disposiciones normativas, todo el conglomerado nacional, lo que produce la irregularidad por omisión, de su función finalista.





9. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

9.1. EL CONCUBINATO ES ALEGAL

No podemos decir que el concubinato es ilegal, porque la unión libre no influye ninguna ley civil, sino que simplemente es alegal, esto que carece de Ley. Por este motivo nos permitimos con todo respecto hacerle al Estado una sugerencia:

9.1.1. Sugerencia

Defina la legislación civil lo que es el concubinato, y norme su ejercicio, reconociéndole al menos el derecho de existencia.

9.1.2. Comentario. No dudamos que es debido a la influencia de la religión Católica que proscribía drásticamente todo reconocimiento a la unión sexual libre, por lo que nuestra legislación civil no se ha atrevido a tocar este punto, que sin embargo pertenece a la justicia, ya que envuelve el derecho humano de la libertad de conciencia. Todo hombre

y toda mujer son libres de escoger la religión que sea conveniente, y no está por ello obligado a seguir los dogmas de otra religión distinta a la suya, de donde es libre para evaluar la unión sexual. La ley civil en cambio, sí está obligada a tratar dentro de sus normas éste fenómeno natural, ya que su finalidad como ley normativa, es la de regular las interrelaciones sociales y la unión libre es una de ellas, como serlo también el matrimonio. Ni puede estar el punto en que el Concordato entre la Santa Sede y el Gobierno Colombiano han acordado con fuerza de ley el reconocimiento de todos los derechos civiles al matrimonio Canónico, pues este reconocimiento no implica el desconocimiento de un fenómeno que, con el concubinato, no es materia concordataria, vale decir que si el concordato en nada se refiere al concubinato, porque este fenómeno no es ni tratado, ni mencionado utroque jure (ni en derecho civil, ni en derecho canónico), el reconocimiento del matrimonio, canónico no implica el desconocimiento de otra unión de la cual se ha tratado en el concordato.

Pero este desconocimiento absoluto de la legislación civil colombiana sí trae la aberrante situación de legislar sobre los hijos y desconocer totalmente la situación de sus padres. Este estado de cosas es de suyo un error que conlleva bienes sociales. Así por ejemplo: tenemos que la Ley 29 del 82 nivela los derechos del hijo legítimo y del

hijo extramatrimonial, pero debido al inmenso vacío que deja en el derecho colombiano, el desconocimiento de la unión libre que produjo esos hijos extramatrimoniales, no sabe ahora la ley qué hacer de los hijos adulterinos, y de los incestuosos; porque estos dos clases son ambas de filiación extramatrimonial, pero socialmente tienen una gran distinción, y además, para la nivelación concedida, por dicha ley 29 de 1.982, es necesario el registro civil el cual es de casi imposible obtención para las dos clases dichas adulterinos e incestuosos, como ya lo hemos analizado.

9.2. CON EL FIN DE CLARIFICAR LA SITUACION DE LOS HIJOS ESPURIOS (ADULTERINOS E INCESTUOSOS)

Proponemos a la legislación civil, esta sugerencia:

9.2.1. Sugerencia

Crear un estatuto especial del hijo extramatrimonial, en que se dé cabida a los hijos adulterinos e incestuosos, derogando los artículos de la Ley 45 de 1.936, la Ley 75 de 1.968, y toda otra legislación contraria a la viabilidad que debe dársele a los hijos adulterinos y a los incestuosos para per

seguir mediante proceso de filiación extramatrimonial esta calidad.

9.2.1.1. Comentario. En efecto, por no reconocer la ley el concubinato y como acabamos de decir, se presenta la problemática de que estos hijos espurios (adulterinos o incestuosos) tengan montañas de dificultades para obtener la legalización de su calidad de hijos extramatrimoniales dándose el caso de que la Corte en Casación 10 de Julio de 1.942 diga: Los hijos legítimos que no son espurios pueden ser reconocidos y adquirir por lo tanto la calidad de naturales, respecto del padre reconocedor. En donde queda claro que los hijos espurios no pueden ser reconocidos Pero en la Casación del 31 de Marzo de 1.944, interpreta, la Corte el artículo 1º de la Ley 45 de 1.936, diciendo:..
...pueden ser reconocidos como naturales los hijos llamados adulterinos. Y la Casación 19 de Octubre de 1.945 dice:

Quando 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 en el caso y en ello funda su impugnación, o mejor dicho, con ellos ha de dar caídas a otras pruebas y cuando no se invocan esas causales, lo procedente y necesario es de

mostrar la imposibilidad física absoluta requerida por el artículo 214 del Código Civil.

Este panorama jurídico nos da a entender las dificultades de que estamos hablando para que un hijo espurio pueda adquirir legalmente su calidad de hijo extramatrimonial.

9.3. DADOS LOS INNUMERABLES PROBLEMAS SOCIALES

Dados los innumerables problemas sociales que acarrearán el hecho de que el Estado llegase a legalizar el concubinato hasta el punto que lo creemos imposible, nos permitimos hacer esta sugerencia:

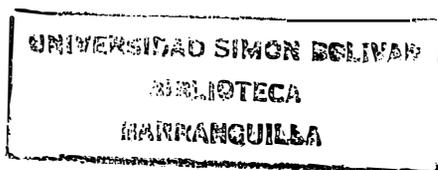
9.3.1. Sugerencia

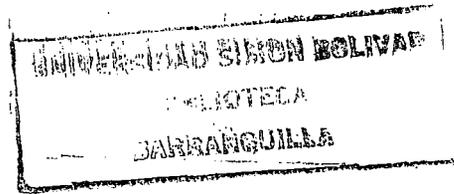
Instituya el Estado el "matrimonio natural" o unión sexual libre para los colombianos no católicos o abjuraren de su religión.

9.3.1.1..Comentario. Respetamos como lo que más la religión católica que profesamos la inmensa mayoría de los colombianos pero porque tenemos en cuenta que hay una minoría que no la profesa, y que la ley debe amparar a todos los nacionales, la

⁷ Corte Suprema de Justicia. Casación del 29 de Octubre de 1.945, LIX. p. 738.

sugerencia que hacemos consiste ni más ni menos en la creación del "matrimonio natural o concubinato ceremonial privado", en que no intervengan otros elementos coordinados que la voluntad de los contrayentes, ni otra normalidad jurídica que la ley natural. Correría a cargo del Estado la reglamentación de esta institución, adecuando normas de funcionamiento que coordinen los intereses sociales, pero dejando libre la conciencia y la voluntad de los presuntos cónyuges.





BIBLIOGRAFIA

CANTU, César. Historia universal. Editorial Sopena. Barcelona. España. 1.967.

CICERON. De amicitia. Editorial. Salvat. Madrid. España. 1.975.

Corte Suprema de Justicia. Fallo del 26 de marzo de 1.958 "G.J" t. LXXXVII.

Corte Suprema de Justicia. Sentencias. de 1.935 y 1.943. "G.J" t. XLII y t. VI.

Corte Suprema de Justicia. Casación del 29 de Octubre de 1.945, LIX.

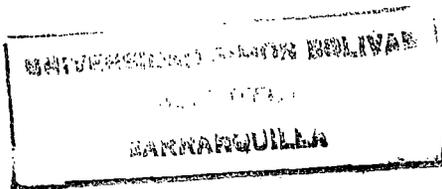
PLATON, Diálogos. Editorial Espasa-Calpe. Madrid. España 1.960.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil. T. V. Derecho de familia. 5a. edición. Editorial Temis, Librería. Bogotá Colombia. 1.985.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES LINGÜÍSTICAS Y LINGÜÍSTICAS
BARRANQUILLA

ANEXO

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES LINGÜÍSTICAS Y LINGÜÍSTICAS
BARRANQUILLA



UNION LIBRE EN COLOMBIA

ALBERTO LUIS GARCIA FONTALVO

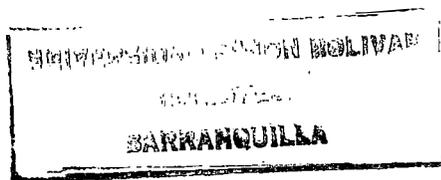
TRABAJO DE ANTEPROYECTO
PRESENTADO COMO REQUISITO
PARCIAL PARA OPTAR AL
TITULO DE A B O G A D O

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1.988



1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Aun cuando por Unión Sexual Libre debe entenderse gramaticalmente la unión sexual entre hembra y varón, no sometidas a normas legales, lo que en el lenguaje del pueblo se llama concubinato, sin embargo, nosotros entendemos por dicha unión un concubinato especial, esto es, un amancebamiento estable no inferior a tres años continuos conformando un hogar o sea, una convivencia total de cuerpos, con hijos o sin ellos. El problema tiene dos aspectos diferentes:

- No hay prole de esta unión, la cual se resuelve en una sociedad de hecho, a la cual podrían aplicarse de ser posible, las normas del Derecho Comercial.
- Hay en esa unión hijos, que la ley intitula extramatrimoniales; y en este caso nuestra legislación ha establecido normas con las cuales estamos de acuerdo, excepto en lo pertinente al Derecho Alimentario, según lo estipulan los artículos 411 y 414 del C.C. como también de algunas normas del Estatuto de Herencia que los nietos extramatrimoniales pueden recibir de sus abuelos.

Por lo dicho, dos son los puntos que informan la investiga -

ción en nuestro trabajo: la situación de los concubinarios y la situación alimentaria de los nietos extramatrimoniales.

En cuanto al primer punto, no estamos de acuerdo en el desconocimiento que la legislación colombiana hace de los concubinarios. Y tampoco lo estamos respecto a la discriminación que hace la ley en la cadena de herederos a saber: la no participación que, difunto un hijo extramatrimonial, tiene su hijo también extramatrimonial en el derecho alimentario que le debe su abuelo.

Respecto al primer punto del problema que analizamos, observamos que sus antecedentes históricos datan, solamente desde la aparición del cristianismo, año I de nuestra era. Fue el cristianismo quien dió al matrimonio un contenido religioso de vínculo irrompible en vida de los cónyuges, de donde la antiquísima institución, que normaba la ley civil con reconocimiento del Divorcio y del repudio, vino a quedarse sin estas desvinculaciones.

Antes del cristianismo existía la Unión Libre como la primera unión natural del hombre y la mujer, pero no sometida a las prescripciones legales, se denominó Unión Concubinaria, o simplemente concubinato; más aún en este caso esa unión tuvo ciertas regulaciones en las leyes, aunque no de fondo.

Mas la religión cristiana desconocía totalmente la situación concubinaría y la condenó al ostracismo, como ha permanecido desde entonces hasta nuestros días. Y este es el primer problema de que tratamos en nuestro presente trabajo. Respecto al segundo punto tratado la historia, es reciente, pues si bien entre nosotros no existió el reconocimiento del hijo extramatrimonial para efectos herenciales hasta 1.932, la ley 28 de ese año y la 45 de 1.936 aceptaron al hijo extramatrimonial en el régimen patrimonial, nivelando al hijo legítimo. Esta nivelación no se incluye en nuestro trabajo pues ya no es problema.

Pero inadmisiblemente en nuestro Código Civil, subsisten desde 1.887 y a través de las modificaciones de la ley 75 de 1.968, y ley 45 de 1.936, los artículos 411 y 414. Lo que sí constituye un problema y del que vamos a tratar.

Es verdad que el matrimonio es una institución legal, y que la Unión Libre es una institución natural; ¿pero puede la ley normar solamente lo que ella instituye con desconocimiento de lo que la naturaleza ha instituído?.

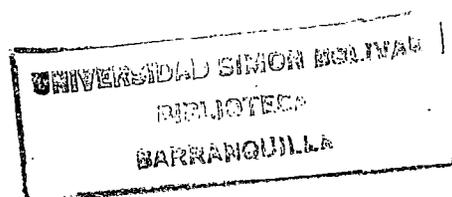
Es aceptado que la ley norme y proteja lo que la sociedad estima fundamental para su subsistencia, pero es inadmisibile que omita norma o protección a lo instituído por la naturaleza?.

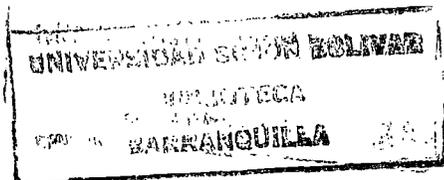
2. JUSTIFICACION DEL ESTUDIO

La causa que justifica nuestra dedicación a investigar jurídicamente sobre los puntos enunciados, es precisamente, las respuestas afirmativas que podamos darnos a las preguntas establecidas en el planteamiento.

Porque no se justifica que la ley consagre a unos, privilegiados por eso, el amparo de su protección, y no se ocupe de los que por uno u otro motivo se ven precisados a acogerse a las disposiciones naturales, y por ello se constituye en marginados sociales.

Ni tampoco es aceptable que se someta a repudio social a la mujer concubinaria.





3. DELIMITACION

3.1. EL TEMA MISMO

Nuestro estudio comprende específicamente la legislación Civil Colombiana, a partir de 1.936 hasta la fecha, aunque de un modo general hagamos referencia a la legislación que nos viene de 1.887.

3.2. GEOGRAFICO

Nos referimos en este trabajo únicamente al país Colombia, pero hacemos naturalmente, alusiones a las legislaciones civiles de otros países como Francia, Roma, etc.

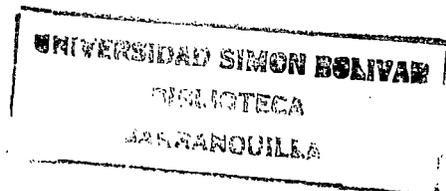
3.3. TIEMPO

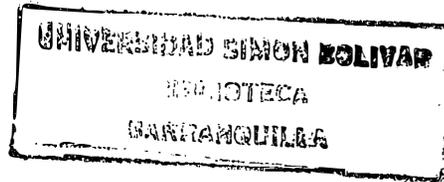
Estudiaremos preferentemente el período de tiempo comprendido entre 1.936 y 1.987.

3.4. DURACION DE LA INVESTIGACION

Fue comenzado este trabajo en el segundo semestre de 1987

y espero tentativamente concluirlo en el primer semestre de 1.988.





4. OBJETIVOS DEL TRABAJO

4.1. GENERALES

La meta general a que nos proponemos llegar es establecer la situación actual de la pareja concubinaria, tanto en el aspecto jurídico como en el patrimonial. Es la unión Libre una sociedad comercial?.

Es un contrato Laboral Presunto entre marido y mujer?.

Y es también otra meta general establecer la relación jurídica entre el abuelo y su nieto extramatrimonial para efectos de su Derecho Alimentario recíproco.

4.2. ESPECIFICOS

Definir la sociedad comercial.

Definir el contrato de trabajo.

Demostrar que la unión libre no es una sociedad de hecho, creada por los hechos, ni un Contrato de Trabajo.

Comparar la descendencia natural y la legítima.

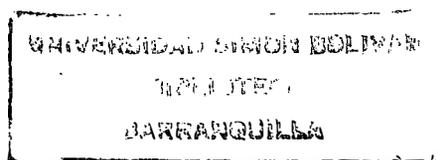
Analizar el estado general de la mujer concubinaria.

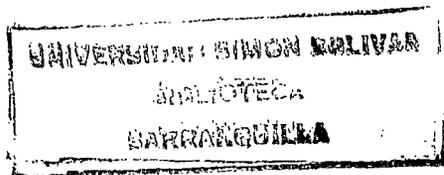
Planificar el "matrimonio concubinario", formulando tesis

al respecto.

Valorar la situación de la mujer concubina.

Valorizar las consecuencias patrimoniales de la mujer concubina.





5. MARCO TEORICO

Disponemos nuestro Trabajo en la siguiente forma:

Analizamos brevemente el concepto natural de unión sexual tanto en el aspecto histórico como en el filosófico.¹

Después de este análisis estudiaremos esta institución desde el punto de vista religioso y luego desde el civil.

Nos adentraremos luego en el análisis de la estructura de la Unión Libre utilizando las corrientes doctrinarias actuales sobre si es una "sociedad de hecho creada por los hechos" (según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia², o si es in presunto Contrato de Trabajo; exponiendo nuestro criterio y sustentándolo, en que rechazamos ambas doctrinas, y exponemos ampliamente el concepto de Matrimonio Natural, en contraposición al de Matrimonio Legal.³

¹ CANTU, César. Historia Universal. Edit. Aguilar. Madrid: 1.960.

² CASACION 20 VIII/36 - 16 VII/37 C.C. Com. art. 2079-2081.

³ ESTRADA PIEDRAHITA, Gloria Cecilia. El concubinato en Colombia. sus derechos y obligaciones.

Este fenómeno aumenta en Colombia, dado que muchas personas prescinden del matrimonio y recurren a una simple unión libre. Sin duda, algunas de las causas de este problema son:

El control que de la jurisdicción matrimonial venía ejercida la Iglesia Católica, según el Concordato de 1.887, la jurisdicción estatal o civil sólo estaba al alcance de los infieles.

La misma indisolubilidad natural del matrimonio. De aquí pues, que todos los matrimonios católicos que fracasan, dan lugar a una separación de hecho, ya al no poder éstos volver a casar, se ven obligados a establecer una relación, de amancebamiento.

Para tratar de solucionar todo este estado de cosas el Estado ha establecido los siguientes aspectos:

- Igualar casi por completo los derechos de los hijos extramatrimoniales a los de los legítimos.
- Asumir el control de la jurisdicción matrimonial, esto mediante la ley 20 de 1.974, que permite el matrimonio civil.
- Estableciendo el divorcio para el matrimonio civil (Ley

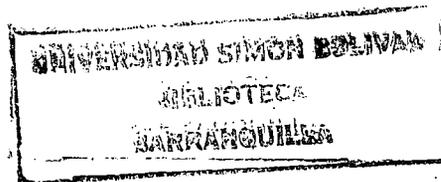
1º de 1.976).

"Dada la naturaleza de esta sociedad de hecho, la jurisprudencia consagró pues la posibilidad de encontrarla constituida entre los sujetos relacionados entre sí por la unión libre"⁴. - DE acuerdo con este criterio, para el reconocimiento judicial de una sociedad de hecho entre concubinos, es indispensable que aparezcan los elementos propios del contrato general, los que corresponden específicamente al de sociedad, y además los que exige la sociedad celebrada, por dos sujetos unidos por relaciones sexuales estables y notorias.

No son sin embargo, estos presupuestos suficientes para reconocer una sociedad de hecho entre concubinos, a ellos "jurisprudencialmente se la han agregado: a) que se trata de la actividad de esas dos personas en una actividad común cuyo fin no sea exclusivamente el de fomentar el concubinato, b) que esa común explotación de unos bienes por los amantes, a parezca como tal, y no se presente como un aspecto de la vivienda común, extendida al manejo de los bienes suyos."⁵

⁴ FRADIQUE MENDEZ, Carlos. Codificación de la legislación de familia. 2a. edición. Rodríguez Quito. Editores.

⁵ Ibid. p. 90.



6. TABLA DE CONTENIDO

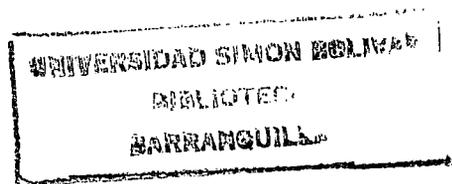
1. RESUMEN HISTÓRICO
 - 1.1. LA UNIÓN LIBRE EN LA ANTIGÜEDAD
 - 1.2. APARECIMIENTO DEL MATRIMONIO COMO UNIÓN SEXUAL LIBRE ACONDICIONADA POR LA LEY
 - 1.3. APARECIMIENTO DEL CRISTIANISMO
 - 1.3.1. Elevación de la unión sexual libre a sacramento-contrato
 - 1.3.2. Vínculo perpetuo, su característica social
 - 1.3.3. Exclusión despectiva del concubinato
2. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL SEGÚN EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN
 - 2.1. SITUACIÓN SOCIAL DEL CONCUBINATO EN LA COLONIA
 - 2.2. INFLUENCIA RELIGIOSA EN NUESTRO MEDIO
3. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN LA SOCIEDAD COLOMBIANA
 - 3.1. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN LA REALIDAD JURÍDICA COLOMBIANA
 - 3.2. LEY 28 DE 1.932. ESTUDIO
4. LA UNIÓN SEXUAL LIBRE NO ES UNA "SOCIEDAD DE HECHO CREADA POR LO HECHOS" (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE)
5. LA UNIÓN SEXUAL LIBRE NO ES UN CONTRATO PRESUNTO DE TRABAJO
6. LA UNIÓN SEXUAL LIBRE ES UN "MATRIMONIO NATURAL"

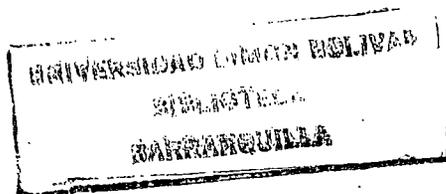
- 6.1. ANALISIS PATRIMONIAL

- 7. NIVEL JURIDICO EN LA LEGITIMARIA HERENCIAL ENTRE HIJO LEGITIMO E HIJO EXTRAMATRIMONIAL

- 8. DESNIVEL JURIDICO EN EL DERECHO DE ALIMENTO CONGRUOS ENTRE ABUELOS Y NIETOS EXTRAMATRIMONIAL (ARTICULO 411 Y 414 DEL CODIGO CIVIL)

- 9. PROPUESTAS DE SOLUCION
 - 9.1. ANALISIS DE LA PROPUESTA "MATRIMONIO NATURAL"
 - 9.2. PROPUESTA DE CORRECCION DEL ARTICULO 414 INCISO 1





7. METODOLOGIA

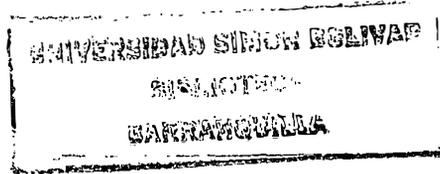
7.1. TIPO DE ESTUDIO

Esta investigación pertenece al tipo de estudio histórico y el descriptivo, ya que mediante el primero logramos establecer las causas del problema teniendo como base el conocimiento del pasado, que nos sirvió para elaborar el fundamento del estudio. Y por medio del descriptivo realizamos recuentos sistemáticos, análisis e interpretación de los hechos reales tal y como se dan en el presente, normados por nuestro estatuto civil, y mediante esos recuentos determinamos comportamientos y verdades sobre tales hechos, que ya en la práctica nos demostró las consecuencias de ese estatuto y su repercusión en la sociedad.

7.2. METODO

Empleamos el método inductivo, para realizar la observación periódica y sistemática de los hechos que rodean al conculinato, y mediante ellos logramos establecer hipótesis que comprobamos a lo largo del trabajo y a través del método

Deductivo aislamos el fenómeno del concubinato de la realidad, estableciendo así nuestros criterios y presupuesto como aporte a todo el contexto del estudio.



8. BIBLIOGRAFIA

BETANCOURT JARAMILLO, Carlos. El régimen legal de los concubinos en Colombia. Edit. Universidad de Antioquia. Medellín. 1962.

ESTRADA PIEDRAHITA, Gloria Cecilia. El concubinato en Colombia, sus derechos y sus obligaciones. Edit. Librería Jurídica Wilches, Bogotá.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil Comentado. Edit. Temis. Bogotá - Colombia.

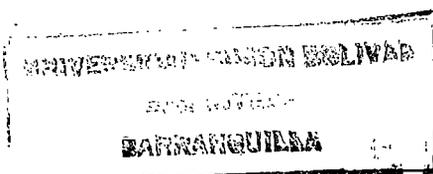
PRECIADO AGUDELO, Darío. La sociedad de hecho entre concubinos. 1a. Edic. 1.985. Edit. Jurídica de Colombia.

RUIZ, Humberto. El concubinato como fuente de relación jurídica. Edit, Nacional Bogotá. 1.976.

VALENCIA ARANGO, Jorge. La concubina en el derecho colombiano. Folleto Edit. Lex Ltda. 1'980.

INDICE

	P á g .
INTRODUCCION	9
1. DESARROLLO HISTORICO	11
2. CONTRATO MATRIMONIAL Y SACRAMENTO-CONTRATO	16
3. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL SEGUN EL CODIGO DE NAPOLEON	22
4. ANALISIS DE LA LEY 29 DE 1.982	25
5. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN LA SOCIEDAD JURIDICA COLOMBIANA	32
6. EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN LA SOCIEDAD COLOMBIANA	34
7. LA UNION SEXUAL LIBRE NO ES UNA SOCIEDAD DE HECHO SINO UNA SOCIEDAD DE HECHO CREADA POR LOS HECHOS	36
8. EL CONCUBINATO ES UN MATRIMONIO NATURAL	45
9. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS	49
BIBLIOGRAFIA	55
ANEXO 1. ANTEPROYECTO	56



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
VICERRECTORIA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
VICERRECTORIA
BARRANQUILLA



**BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BARRANQUILLA**
