

ALGUNAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LAS UNIONES FUERA-
DEL MATRIMONIO

YADIRA GIRALDO SANCHEZ

DINA MEDALLA VEGA

Trabajo de grado presentado como
requisito para optar al título de
Abogado.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1992

DR 0265



Barranquilla, 1992.

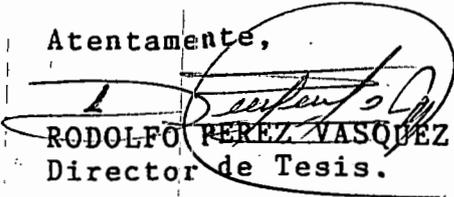
Doctor
CARLOS LLANOS SANCHEZ
Decano
Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolívar
Ciudad.

En calidad de Director de la tesis de grado presentada por las egresadas YADIRA GIRALDO SANCHEZ y DINA MEDALLA VEGA, quienes la denominan "ALGUNAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LAS UNIONES FUERA DEL MATRIMONIO", me permito dar concepto favorable sobre la misma.

Por llenar la tesis los requisitos tanto de forma como de fondo, exigidos por los estatutos universitarios, doy concepto favorable para que sea sustentada por sus autoras.

Del señor, Decano.

Atentamente,


RODOLFO PÉREZ VÁSQUEZ
Director de Tesis.

DIRECTIVA

RECTOR	DOCTOR JOSE CONSUEGRA H.
SECRETARIO GENERAL	DOCTOR RAFAEL BOLAÑOS
DECANO	DOCTOR CARLOS LLANOS S.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1992

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado.

Jurado.

Jurado.

Barranquilla, 1992.

DEDICATORIA

Dedico con humildad y respeto este triunfo, a JUAN ANTONIO RODRIGUEZ ALBARACIN, quien estuvo siempre conmigo, brindándome apoyo y afecto.

A mis hijos ALFONSO Y MARYORIE y a todos aquellos que en una u otra forma contribuyeron para que yo alcanzara esta meta.

YADIRA MARIA.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCION	
1. BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS	5
1.1 ROMA	5
1.2 EL FEUDALISMO	6
1.3 COLOMBIA	7
1.4 FRANCIA	8
2. LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL	11
2.1 CLASES DE FILIACION	12
3. PRIMER ORDEN HEREDITARIO	14
3.1 HEREDEROS ABINTESTADO: LOS HIJOS	14
3.2 CLASES DE HIJOS	15
3.3 TODOS LOS HIJOS SON HEREDEROS EXCLUYENTES DE LOS DEMAS	17
3.4 EXCLUSION DE LOS HEREDEROS Y DEL CONYUGE SOBRE VIVIENTE.	18
3.5 DISTRIBUCION	19
3.5.1 Igualdad de cuotas.	19

	Pág
3.5.2 Reducción de la cuotas de los hijos legitimos y adotivos plenos cuando los hijos extramatrimoniales y adoptivos simples,	21
4. UNIONES SIN VINCULO MATRIMONIAL	23
4.1 EL CONCUBINATO EN EL ANTIGUO DERECHO CONSUETUDINARIO ESPAÑOL Y FRANCES.	25
4.2 EL CONCUBINATO EN COLOMBIA ANTES DE LA EXPEDICION DE LEY 45 DE 1936.	27
4.3 EL CONCUBINATO A PARTIR DE LA LEY 45 DE 1936	28
4.4 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONCUBINATO	28
4.5 SOCIEDADES DE HECHO ENTRE LOS CONCUBINOS	30
4.5.1 Naturaleza y elementos de la sociedad de hecho entre concubinos.	31
4.5.2 Prueba de la sociedad concubinataria	33
4.5.3 Liquidación de la sociedad de hecho entre concubinos.	34
4.5.4 Concubinatos que no implican la formación de sociedad de hecho.	34
4.6 APRECIACION CRITICA DEL ACTUAL SISTEMA COLOMBIANO SOBRE CONCUBINATO Y ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA EN OTROS PAISES.	36
5. EL CONCUBINATO	39
5.1 EN LA HISTORIA	39

	Pág
5.2 EN LA LEGISLACION CIVIL	40
5.3 LA LEGISLACION LABORAL	42
5.4 LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA	43
CONCLUSION	
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCION

En el tema que a continuación estudiaremos tiende a demostrar que todas las discriminaciones del ser humano, en razón de su filiación han sido totalmente borradas de nuestro sistema jurídico. Al quedar incluidos los hijos extra matrimoniales dentro de la familia de sus padres.

Tema este que escogimos para hacer una investigación más concisa y profunda, recopilando los diferentes pensamientos en que se basaron los tratadistas del derecho.

Por lo tanto, al iniciar la investigación de dicho tema observamos que cabe destacar las diversas situaciones o reformas por la cual hubo que atravesar para poder lograr una mejor interpretación a tan discutido tema que conlleva así un cambio total en la actualidad.

Con la expedición de la ley 29 de 1982, queda demostrado que ningún ser humano puede ser discriminado, humillado, ni ofendido por su origen. Y en cuanto a la creencia equivocada de que la desigualdad entre el hijo legítimo y el

extramatrimonial debía matrimonial, ha caído en desacuerdo entre los avances irregables acerca de la justicia social, ya que la falla contra el estado de derechos consagrados en el matrimonio es de los padres; en consecuencia es una necesidad actual de dotar las normas adecuadas de nuestro régimen jurídico para poder deducir mayor responsabilidad de tales padres.

Esta discriminación que existía en nuestra legislación con respecto a los hijos extramatrimoniales antes de la creación de la ley 29 de 1982 no tenía razón de ser, ya que en nuestro país muchas parejas recurren a la unión libre y prescinden del matrimonio como consecuencia de dicho fenómeno, la cantidad de hijos extramatrimoniales crece sin cesar y constituye hoy por hoy, un alto porcentaje con respecto a los hijos matrimoniales o legítimos.

Es importante explicar que apartir de la ley 45 de 1936 se denominó a los hijos nacidos fuera del matrimonio de sus padres naturales. Esta expresión fue criticada pues daba a entender que se oponía a los hijos artificiales; por ese motivo el Decreto 2820 de 1974 cambió dicha expresión por la de hijos extramatrimoniales y en el mismo sentido la ley 29 de 1982.

En la sociedad actual ya no se discriminan al hijo extramatrimonial como en la antigüedad, en donde se les denominaba con la palabra ofensiva de bastardos. Estos hijos no sólo eran discriminados, sino también en el campo social en donde la mayoría de las veces eran mirados como unos entes de la sociedad y no tenían cabida dentro de las personas denominadas como "nobles", pero como ha ido evolucionando y tal discriminación ya no se ve, aunque haya cierta clase social que todavía tenga sus recelos y de la que más emergen hijos extramatrimoniales, ya que son ellos los que en su afán de satisfacer pasiones y debido a estas relaciones escuetas nacen seres que no tienen la culpa de la irresponsabilidad de sus padres y a quienes la mayoría de las veces y eludiendo correr con gastos que genera la crianza de un ser, le niegan la paternidad, corriendo muchas veces la mujer con la vergüenza de pasar por pruebas en la cual dudan de su dignidad y de sus principios morales.

Uno de los temas que podremos apreciar en esta investigación y quizás sea uno de los más importantes, corresponde a los derechos sucesorales que deben importantes, corresponde a los derechos que deben otorgarle a los hijos extramatrimoniales en relación con sus padres, ya que en nuestro país se ha dado un análisis de las diversas etapas por las que ha pasado, hasta llegar a la ley 29 de 1982, en la que es

tablece igualdad entre los hijos extramatrimoniales y legítimos.

1. BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1 ROMA

Aquí solo podían ser reconocidos los "Liberis Naturalis" o "liberi non justii", pero desde el tiempo de Constantino, se designaban de esta manera a los hijos nacidos del concubinato y como habíamos dicho anteriormente estos eran los únicos que podían ser legitimados.

Las leyes de partidas adoptaron esta nueva designación: "Naturales o no legitimados llamaron los sabios antiguos a los hijos que no nacen de casamiento según ley; así como los que nacen en las barraganas". Esto lo decía la ley 1.ª título 15 de las partidas 4.ª, es decir, eran naturales y no legitimados los hijos nacidos de uniones sin matrimonio y los hijos de las barraganas. Pero bajo la influencia del Derecho Canónico más favorable a los hijos, llegó a aplicarse la denominación de naturales a los hijos de personas, hombre y mujer, que podían contraer matrimonio, "exsoluto et soluta" Y la ley 11 de Toro que es la primera del título 15 libro 10 de la novísima recopilación, llama naturales a los hijos de personas que al tiempo de la concepción o del naci

miento podrían contraer matrimonio entre ellas justamente, sin dispensación, con todo que el padre lo reconozca como su hijo.

De este modo los hijos ilegítimos quedaban separados en dos categorías: Los naturales o los hijos de personas que no estaban casados, pero que podían contraer matrimonio sin dispensas reconocidos por sus padres o cuya filiación se probaba; y los de dañado ayuntamiento, es decir los adulterios, incestuosos y sacrilégios.

Los hijos naturales o 'liberis naturales' no podían suceder hereditariamente cuando el causante dejaba descendiente legítimo o cónyuge 'Superstite', pero podían sucederlo en una cuota alimentaria; más a falta de los herederos legítimos, es decir estos eran excluidos por los descendientes legítimos y el cónyuge; y la filiación natural se limitaba en materia sucesoral a padre e hijo, estos podían recibir su cuota personalmente, pero no podían representar ni ser representados.

1.2 EL FEUDALISMO

Continuó las distinciones gestadas en el derecho romano, aún con el cambio de la esclavitud por la servidumbre, estas

discriminaciones eran relativas a la nacionalidad, la edad y el sexo. En esta época feudal sólo se consideraba como única y verdadera familia a la legítima, los naturales no eran considerados como familia, éstos eran reconocidos pero sus derechos frente a los legítimos se encontraban en completa desventaja, puesto que ellos regulaban únicamente a la familia legítima.

1.3 COLOMBIA

anteriormente en nuestro país los hijos nacidos de uniones sin vínculos matrimoniales, podían ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos; estos tenían la calidad de hijos naturales, más no se consideraban como hijos naturales a los llamados hijos europeos o los hijos adulterinos o de dañado ayuntamiento, los bastardos, los nefarios, los incestuosos, los sacrilegos y los mancenas o hijos de prostitutas. Estos hijos sólo podían suceder a su madre con excepción del dañado y punible ayuntamiento.

Con la ley 45 de 1936, todas estas calidades de hijos fueron consideradas como naturales, por lo tanto podían ser reconocidas como tales.

En lo referente a los derechos sucesorales; una de las mayo

res desigualdades que habían caracterizado a nuestro derecho fue la discriminación que existía entre los hijos naturales y los hijos legítimos desde 1887 hasta 1936. El artículo 86 de la ley 153 de 1887 rechazó la concurrencia de los hijos naturales, con los hijos legítimos; lo que perduró hasta 1936, cuando el artículo 18 de la ley 45 extinguió esta preferencia y concedió la concurrencia hereditaria entre los hijos naturales y legítimos en la mitad de la cuota hereditaria de éstos.

Con la ley 45 de 1936 para la calidad de hijo natural bastaba que los padres no estuvieran casados entre sí al momento de la concepción, que fuera reconocido por el padre o la madre o declarado judicialmente como tal. Quedaron excluidos o suprimidas las clases de hijos europeos, y se abrió la posibilidad de que ellos pudieran establecer su paternidad por reconocimiento o declaración judicial.

Actualmente esta discriminación fue eliminada por la ley 29 de 1982, al consagrar la igualdad sucesoral de los hijos "extramatrimoniales" con los hijos legítimos.

1.4 FRANCIA

En el derecho antiguo francés, los bastardos expresión que

comprendía a todos los hijos nacidos fuera del matrimonio legítimo, eran considerados como no pertenecientes a familia alguna, de donde se extraía que no podían suceder a nadie fuera de sus propios hijos legítimos. La máxima los bastardos no heredan eran constante, tanto en las regiones de derecho escrito como en regiones de derecho consuetudinario.

Se consideraban hijos naturales a aquellos nacidos de personas que no estaban unidas por el vínculo del matrimonio, pero que podían contraer matrimonio, y que estaban reconocidos por sus padres o por uno de ellos. No entraban dentro de esta denominación, los hijos nacidos de adulterio, de incesto, y los hijos sacrilegos y los hijos de prostitutas.

El concejo de estado adoptó un partido : No se privó a los hijos naturales de todo derecho a la sucesión, solamente se redujo su parte, a manera de efectuar una diferencia marcada entre los hijos legítimos, y entonces se acordó un tercio de la parte de un hijo legítimo. Y no se acordó ningún derecho de sucesión para los hijos adulterinos o incestuosos.

Con la reforma de 1986 se concedieron más derechos a los hijos naturales; se hizo de él un heredero legítimo, le dio la Saisine, esto es una institución del derecho hereditario

francés, en virtud de la cual el heredero por el solo hecho de muerte del causante, tiene la posesión de los bienes hereditarios., Como un heredero la tiene y otros no, se les llama respectivamente, heredero con SAISINE o sin ella.

El artículo 337 del código Francés se creó para proteger a la familia legítima, concedió el poder de ser reconocidos por uno de sus padres durante el matrimonio de ellos con otra personas, y limitó los efectos de la filiación natural.

También se tuvo en cuenta, que ellos no concedieron derechos hereditarios a los hijos naturales, más que a condición de que fueran reconocidos legalmente, lo que significa que para ello la filiación no sólo debe ser cierta de hecho, sino también comprobada mediante reconocimiento o sentencia.

2. LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

La filiación extramatrimonial es el vínculo que une al hijo que no ha nacido de relaciones de personas unidas por el matrimonio i vínculo que puede ser con su madre y es la filiación materna extramatrimonial, o con su padre y es filiación paterna extramatrimonial.

La filiación extramatrimonial solo existe por lo tanto, entre el padre o la madre que reconoce el hijo reconocido: su base es exclusivamente legal, el reconocimiento.

Para conferir al hijo la calidad de extramatrimonial se requiere:

- Que el padre o madre reconozca expresamente al hijo.
- que el reconocimiento se haga por instrumento público o por acto testamentario.

La filiación puede ser hecha conjuntamente por ambos padres

o por uno de ellos, separadamente.

Nos hemos referido con especialidad a la filiación extramatrimonial por ser las que nos interesa específicamente en este estudio, más a continuación haremos un rápido recorrido por los distintos tipos de filiaciones.

2.1. CLASES DE FILIACION

Estos son los tres tipos reglamentados exclusivamente por la ley 29 de 1982. Según el artículo 246 del código Civil se entenderá como hijos legítimos tanto los nacidos de legítimo matrimonio, como a los legitimados por las leyes, decretos, actos testamentarios, y contratos.

Los hijos extramatrimoniales son los denominados por el Código civil como naturales artículos 10. de la ley 45 de 1936.

Anteriormente existían las llamadas filiaciones irregulares, éstas tuvieron diversas denominaciones a través de las distintas épocas.

En el derecho romano tomaban el nombre de filiaciones naturales, porque estaban reguladas por el derecho natural; las reguladas por el derecho civil, se denominaban legítimos; ya que en el derecho feudal y clásico, esta filiación natu

ral fue reglamentada o regulada por la ley, pero se prohibieron ciertas filiaciones, como las de los hijos de adulterios o los nacidos de incesto, que tomaron el nombre de filiación ilegítimas por ser contrarias a la ley; nuestro código civil se refiere en su artículo 39 a la consanguinidad ilegítima, refiriéndose a aquella en que una o más de las generaciones de que resulta, no han sido autorizadas por la ley; la ley 45 de 1936 nos suprimió la categoría de hijos ilegítimos, pero el artículo 10. de la ley 29 de 1982 por su carácter excluyente, nos hace pensar que solo existen tres calificativos de filiaciones legítimas extramatrimoniales y adoptiva, por lo tanto ninguna filiación legítima extramatrimoniales y adoptivas, resultaría ilegítima o irreglamentaria.

En lo que se refiere a la situación y calificación de los hijos de padres desconocidos, es decir los abandonados y esp^aositos, que anteriormente se denominan hijos ilegítimos, nosotros nos acogemos al parecer de muchos autores, en que estos se deben denominar, hijos simples biológicamente son hijos, porque pertenecen a la naturaleza humana y es lógico que son hijos de alguien, más como la filiación supone la certeza jurídica de la maternidad o paternidad.

Para terminar nos referiremos al empleo del calificativo extramatrimonial. De la incorporación del calificativo de hi

jos extramatrimoniales a nuestra legislación se sustraen dos importantes consecuencias. Se puede advertir de un lado, el uso extremo o indiscriminado que se puede hacer de las expresiones hijos extramatrimoniales e hijos naturales sin que ello puede incidir en los negocios jurídicos pertenecientes; por otro lado el empleo tácito e inequívoco de ambas expresiones, como cuando el testador manifiesta solamente que reconoce como hijo suyo a determinada persona, entonces le corresponde a la ley determinar la clase de estado civil en que el reconocido queda involucrado. La utilización de ambas calificaciones no es cuestión importante para que los derechos de estos hijos, ya sean denominados naturales o extramatrimoniales, se encuentra equiparados a los de los hijos legítimos que la igualdad sucesoral fue concedida a los hijos extramatrimoniales con la ley 29 de 1982.

3. PRIMER ORDEN HEREDITARIO

3.1 HEREDEROS ABINTESTADO: LOS HIJOS

El artículo 4o. de la ley 29 de 1982, que reformó al artículo 1045 del Código Civil, estipula: "Los hijos legítimos adoptivos y extramatrimoniales excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicios de la porción conyugal".

Teniendo en cuenta el texto de la disposición transcrita, se puede afirmar, con la opinión del doctor Pedro Lafont Pianeta que el primer orden hereditario está constituido precisamente por las personas enumeradas en el mencionado artículo cuarto de la ley de 1982.

Es importante destacar, que el artículo 1045 del Código Civil regula lo referente al primer orden sucesoral, a diferencia del artículo 1040 que consagra la variación hereditaria de los descendientes, pero no señala que sean ellos las personas que conforman el primer orden.

El mencionado artículo, en resumen lo que hace es consagrar la vocación hereditaria de los descendientes e hijos adoptivos.

en realidad el artículo 1045 del Código Civil es quien determina en que orden van a entrar en la sucesión del difunto, precisamente de su texto, en armonía con el mencionado artículo 1043 del mismo código, se infiere que los herederos abintestado son los hijos, ya concurriendo en forma personal o representado por su descendiente.

Por lo tanto, no podrán tenerse en cuenta los simples hijos, es decir, los hijos de padres desconocidos. igualmente aquellos cuya filiación no se encuentre plenamente establecida, como los hijos extramatrimoniales que no hayan sido reconocidos o declarados judicialmente como tales, o los que, habiendo ostentado la calidad de hijos, esta se ha destruido como cuando ha prosperado la acción de impugnación de la paternidad, o se ha dejado sin efecto la adopción por efecto de la reversión.

3.2 CLASES DE HIJOS

El primer orden sucesoral, está integrado por los hijos ya sean legítimos, extramatrimoniales o adoptivos.

Los hijos legítimos, estarán comprendidos por los propiamente legítimos, es decir, el concebido durante el matrimonio de sus padres, el que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, así como nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, así también se considera como legítimos a los legitimados "ipso jure", voluntaria o judicialmente.

En los hijos adoptivos quedan comprendidos los adoptivos plenos y los adoptivos simples, esto siguiendo el principio de hermenéutica que estipula que donde el legislador no distingue, al intérprete no le es dado distinguir, ya que el enunciado del artículo 4o. de la ley 29 de 1982 habla de los hijos adoptivos, sin distinguir si se trata de adoptivos plenos o adoptivos simples.

No se requiere ser hijo extramatrimonial respecto de ambos padres, para poder suceder a uno de ellos.

cuando nos referimos a hijos extramatrimoniales, puede entenderse que estarán comprendidos los hijos que han establecido su estado civil de acuerdo con el causante; basta ser hijo extramatrimonial con relación al padre o a la madre de quien pretende suceder.

Sin embargo, se debe anotar que existen dos cosas en los cuales el hijo extramatrimonial no hereda.

1.- Los hijos extramatrimoniales que hayan adquirido su estado civil antes de 1936, concurren con los hijos legítimos también de estado civil anterior a esa fecha, en la sucesión del padre o madre fallecido antes del 31 de diciembre de 1969 esto, teniendo en cuenta la perspectiva de los artículos 28 de la ley 45 de 1936 y 30 de la ley 75 de 1968. Esta excepción no opera para las sucesiones del causante que ha fallecido con posterioridad a las citadas fechas, sea cualquiera la circunstancia en que se encontraron. Tampoco tienen operancia en concurrencia con cualquier de los hijos adoptivos.

2.- También carecen de vocación hereditaria en cualquier orden, los hijos extramatrimoniales que haya sido declarado como tales en sentencia que carece de efectos patrimoniales.

3.3 TODOS LOS HIJOS SON HEREDEROS EXCLUYENTES DE LOS DEMAS

La más importante incidencia de la presente reforma se refiere a que se elevó la categoría de los hijos extramatrimoniales y adoptivos de herederos concurrentes a herederos típos.

3.4 EXCLUSION DE LOS HEREDEROS Y DEL CONYUGE SOBREVIVIENTE.

Los ascendientes quedan excluidos por la existencia de cualquiera de los hijos. Con todo, ellos, pueden aspirar a suceder al de cujus en virtud del testamento o donación, como también pueden exigir alimentos.

De esta manera, los padres, del causante que no haya sucedido a su hijo legítimo, extramatrimonial o adoptivo pleno, tienen la facultad de exigir la sucesión, los alimentos atrasados que el difunto les quedara debiendo, siempre y cuando hubiere estado obligado a prestar dichos alimentos atrasados en virtud de la demanda judicial, por acuerdo entre las partes, o sea, padre e hijo, por declaración efectuada ante el juez, como también por reconocimiento de alimentos con la realización inequívoca de su pago en forma continua.

Por el caso de que el hijo haya establecido su estado civil, por medio de la adopción simple, solamente los padres adoptantes simples, podrán reclamar de la sucesión los alimentos atrasados debidos y no podrán exigírselos personalmente a personas distintas de los hijos del causante tales como los nietos, bisnietos, etc., ya que el artículo 279 del Código

Civil, predica que la adopción simple sólo establece parentesco entre el adoptante y el adoptivo y los hijos de éste.

3.5 DISTRIBUCION.

3.5.1 Igualdad de cuotas. El artículo 1045 del Código Civil estipula que todos los hijos legítimos extramatrimoniales y adoptivos, excluyen a todos los otros herederos y reciben entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.

Es importante aclarar, tal y como lo hace el doctor Pedro la Font Pianeta en su obra "Igualdad Sucesoral", que al poner el mencionando artículo 1045, que todos los hijos recibirán entre ellos iguales cuotas, la palabra "ellos", debe entenderse como indicativo de hijos y no como equivalente a categorías de hijos. Por lo tanto, la herencia se dividirá entre todos los hijos por porciones iguales, ya que es esta misma la esencia de la igualdad sucesoral que tratamos, así, y teniendo en cuenta la perspectiva del inciso 2o. del artículo 1042, debe procederse a una distribución por cabeza.

Debe rechazarse la interpretación basada en la categoría o clases de hijos así, en la hipótesis de la existencia de dos legítimos y extramatrimoniales; legítimos y adoptivos,

extramatrimoniales y adoptivos o de tres categorías, tales como: Legítimos, extrmatrimoniales y adoptivos, la herencia debe distribuirse en dos o tres cuotas, según el caso, las cuales correspondería a cada una de las categorías o clases de hijos, quienes a su turno se les dividirán en cuotas o partes iguales, Esto es inaceptable teniendo en cuenta el espíritu de la ley 29 de 1982, porque el propósito de la ley, ha sido el de conseguir la igualdad hereditaria entre los hijos individualmente considerados y no como grupos o clases de hijos. en la igualdad hereditaria de un hijo frente a otro y no de una clase de hijo frente a otra categoría.

Cabe explicar, que de atenernos a la interpretación basada en la clasificación de hijos por el grupo a que pertenezcan, ya sean legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, mermarían los derechos de aquellos grupos que fueron más numerosos, así en el caso de un causante haya dejado cuatro hijos legítimos y dos extramatrimoniales y una herencia de \$200.000 se dividirá la herencia en dos mitades, una parte para los hijos legítimos y la otra parte para los extramatrimoniales; entonces a cada uno le correspondería \$100.000, el grupo de los hijos legítimos que está constituido por cuatro al dividente entre ellos su cuota correspondiente, estarían recibiendo cada uno \$25.000, mientras que el segundo grupo,

le queda dividirlo entre dos y le correspondería a cada uno \$50.000.00

Cabe también observar que el artículo 1045 dispone reforzando la opinión que venimos expresando, que los hijos recibirán entre ellos iguales cuotas, entonces, en una herencia de doscientos (\$200.000.00) mil pesos, en la cual el causante haya dejado dos hijos y cuatro extramatrimoniales, la distribución correcta sería la siguiente: Dividir la herencia en tre el número total de hijos así: efectuada la operación resultante para cada hijo una cuota aproximada de \$33.33.33.

En cuanto a la porción conyugal, la ley conserva al cónyuge sobreviviente el mismo derecho consagrado anteriormente, el cual en el orden de estudio, corresponde a la legítima rigurosa de culaquier hijo. Así mismo, la cuantía de la porción conyugal se predica no sólo en el caso de la existencia de descendientes legítimos, sino también en la existencia de cualquier clase de descendientes.

3.5.2 Reducción de la cuotas de los hijos legítimos y adoptivos plenos cuando heredan los hijos extramatrimoniales y adoptivos simples. Cuando la sucesión de una persona, el causante haya dejado hijos legítimos y adoptivos plenos como también extramatrimoniales ya doptivos simples, es

innegable que al establecer el equilibrio hereditario, en cuanto a los hijos , a los primeros se les reducen sus cuotas.

Por otra parte no se advierte perjuicio alguno, cuando los únicos herederos son legítimos y adoptivos plenos. o los unos o los otros, ya que por partes iguales m en las mismas condiciones que las consagradas en la legislación anterior.

4. UNIONES SIN VINCULO MATRIMONIAL

La familia extramatrimonial surge de la unión sin vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer que se comportan ante los demás como esposas. Esta unión sin vínculo matrimonial se llama concubinato y el hombre y la mujer que lo forman se llaman concubinatos¹. También conviventes o compañeros permanentes, los hijos nacidos de tales uniones recibían el nombre de naturales según la terminología del código y de las leyes 45 de 1936 y 75 de 1968; hoy en día reciben el nombre de extramatrimoniales.

El concubinato supone una unión estable y no transitoria, aunque su perduración no indica que los concubinos deban vivir en ese estado toda la vida²; pero si exige la forma

-
1. VALBUENA, Gustavo A. Derecho de los hijos naturales. Bogotá 1936 p. 131, 55
 2. MELENDRO, E. La Filiación Matrimonial (Tesis de grado facultad Nacional de Derecho), Bogotá 1965.

ción de un hogar, es decir, la comunidad de habitación, a fin de dar caracteres de publicidad y notoriedad al concubinato y distinguirlo de la simple unión libre o transitoria.³

Cuando un hombre y una mujer realizan comercio sexual sin comunidad de habitación o en forma muy transitoria, no hay concubinato sino la mera unión libre, hecho que puede tener cierta importancia con respecto a los hijos que nazcan de tales relaciones sexuales.

La existencia de estas uniones extralegales constituyen un hecho social que se ha observado en todos los países y en todas las épocas y de ahí el legislador que quiera interpretar fielmente los datos que le suministra la realidad social debe reglamentar los efectos que producen, especialmente a los hijos procreados en ellas. Así lo han entendido tanto los legisladores antiguos como los modernos.

Los romanos consideraron el concubinato como un matrimonio de orden inferior y la comunidad de vida entre hombre y mujer les mereció respeto, aunque la mujer no tenía la cali

3. CONS. ZONNONJ. El Concubinato, ed. Cit. p. 131

dad de uxora, ni compartía jurídicamente el rango y posición social del marido⁴.

Esta concepción del Derecho Romano cambió fundamentalmente con el surgimiento del cristianismo, ya que para este el concubinato es un hecho inmoral y censurable. El derecho canónico lo considera como la unión de hombres y mujeres solteros, es decir de personas que libremente pueden casarse. Pero la tesis sostenida por el cristianismo ha sufrido rectificaciones fundamentales en los últimos tiempos, pues se sostiene que el concubinato no debe carecer de todo efecto jurídico, ya que ello equivaldría a sostener la irresponsabilidad total de los concubinatos entre sí y para con los hijos.

4.1 EL CONCUBINATO EN EL ANTIGUO DERECHO CONSUECUDINARIO ESPAÑOL Y FRANCÉS

Bajo la influencia del derecho romano y del derecho canónico se distinguió entre concubinatos no punibles - concubinato perfecto y concubinato punible concubinato imperfecto.

4. Cfr. Diccionario de Derecho Privado. Voz concubinato.

El concubinato punible era el de mujeres casadas que abandonaban a sus maridos y establecían comunidad doméstica con otro hombre; igualmente el de los hombres casados que en las mismas condiciones se unían con una mujer diferente a aquella con quien estaban casados.

La antigua legislación española distinguió tres clases de concubinatos punibles. En primer término, el que implicaba adulterio ya de la mujer, ya del marido. En la novísima recopilación se estatuyó que el hombre que se lleva a mujer casada y la tiene públicamente por manceba, puede ser requerido por la justicia o por el marido para que la entregue, si no la entrega, pierde la mitad de sus bienes a favor del fisco. Igual sanción se aplicaba al marido que tomaba públicamente manceba⁵. En segundo lugar era punible el concubinato que establecían los clérigos. El concubinato o barragán de los clérigos "tomo carta de naturaleza durante los siglos IX y X, y los hijos sacrilegos alcanzaron a constituir en algunos países una verdadera fuerza social"⁶. En tercer lugar era punible el concubinato establecido entre hombre y mujer vinculados entre sí por lazos de parentesco.

5. CONS. ESCRICHE. Diccionario razonable de legislación jurisprudencia. París, México, 1925. V. Amancebados.

en línea o eran hermanos.

4.2 EL CONCUBINATO EN COLOMBIA ANTES DE LA EXPEDICION DE LEY 45 DE 1936

La concepción del concubinato no punible fue tomada en cuenta por el código Civil, pues el primitivo artículo 329 advertió que se tendrá por concubina de un hombre "la mujer que vive públicamente con él, como si fueron casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos.

El artículo 52 primitivo consideró como punibles también las uniones de hombre y mujer que implicaban la comisión del delito de incesto.

A estas uniones punibles según la ley 45 de 1936 se les denominó uniones dañadas y punibles, denominación que se les dió por considerarse que su establecimiento implicaba un ilícito punible por la ley penal, pues unas constituían adulterio y las otras incesto.

La clasificación de las uniones extramatrimoniales dentro del sistema del código civil tenían fundamental importancia, por los diversos efectos que se les otorgaba en relación con los hijos procreados en ellas, Los nacidos de uniones dañadas y punibles recibían el nombre de hijos de daña

do y punible ayuntamiento, y según el antiguo artículo 52 párrafo 3 estos hijos eran los adulterinos y los incestuosos; en cambio los nacidos de uniones extramatrimoniales no dañados ni punibles recibían el nombre de naturales.

4.3 EL CONCUBINATO A PARTIR DE LA LEY 45 DE 1936.

Al suprimir esta ley la categoría de hijos de dañados 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 el concunato es toda unión estable de hombre y mujer, sin distinguir el estado personal de quienes establecen la comunidad. y concubino son el hombre y la mujer que de hecho hacen vida marital sin estar unidos por vínculo matrimonial. La comunidad de vida o comunidad doméstica 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.

4.4 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONCUBINATO

1.- La unión de hecho entre hombre y mujer con fines de orden sexual. No tienen cabida dentro de esta concepción, las posibles uniones cuya finalidad no sean las relaciones sexuales; en cambio un matrimonio será siempre un matrimonio

aunque excepcionalment no exista o no puedan existir las relaciones sexuales, lo que acaecen 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 éste su fuente en un mero hecho.

2.- El concubinato no exige que los concubinos que se establece en Colombia obedecen al fracaso de la vida conyugal del marido o la mujer y la necesidad que tiene algunos de ellos, o ambos, de crear una comunidad doméstica con hombre o mujer diferente a su cónyuge. No podemos olvidar que los casados canónicamente se 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 encuentran impedidos para celebrarlo.

3.- El concubinato exige la mutua fidelidad de los concubinos, especialmente de la concubina. En la práctica suele afirmarse que un concubino puede tener más de un concubina, caso en el cual se encontraría excluida la fidelidad 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.

4.- Se requiere que la unión sea estable, sin exigirse que exista residencia independiente de la de algunos de los concubinos. Es posible que un hombre casado sin destruir la comunidad doméstica matrimonial haya establecido 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 concubinataria. 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 concubinario provea a los gastos del hogar.

4.5 SOCIEDADES DE HECHO ENTRE LOS CONCUBINOS

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 se forma un patrimonio, el cual por tener su fuente en el concubinato

y por haberse formado durante su existencia, lógicamente se debe a la vida común de los concubinos y al trabajo e industria de cada uno de ellos. Y esto porque entre concubinos suele formarse una sociedad de hechos muy semejantes en el fondo, a la sociedad que se constituye entre cónyuges. Así lo ha reconocido la jurisprudencia colombiana al decir que el estado de concubinato puede dar origen a una sociedad de hechos de bienes, sociedad que algún día es preciso liquidar y cuyo activo deberá repartirse sobre los concubinos.

4.5.1 Naturaleza y elementos de la sociedad de hecho entre concubinos. De acuerdo con lo sostenido por 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 que tienen su origen en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.⁷

7. Cfr. Sentencias de 1935 y 1943, "G.J." Tomo XLII, p.479 y Tomo LVI p. 330 y 335.

Las sociedades de hecho para que puedan reconocerse se requiere según la Corte dos requisitos:

- 1.- Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común y se ejerzan una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios.
- 2.- Que la colaboración entre ellos se desarrolle en pie de igualdad, es decir, que no se haya encontrado uno de ellos, con respecto al otro, en estado de dependencia proveniente de un contrato de trabajo o de otro contrato por razón del cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y este excluido de una participación activa en la dirección, control y supervigilancia del patrimonio⁸.

Entre concubinos se forma una sociedad de hecho, pues el concubinato además de la comunidad de vida, crea con mucha frecuencia una comunidad de bienes. Los ahorros que hace el concubino se deben, en parte, a la industria y economía de la concubina y con tales ahorros comienza a formarse el patrimonio. Por esto no puede decirse que es patrimonio de exclusiva propiedad del concubino, sino de ambos, pues se formó dentro del concubinato y por causa de él.

8. Cfr. "G.J" Tomo XLII p. 479. tomo LVI p. 330 y tomo LXXX p. 50.

Para la formación de una sociedad de hecho entre concubinos, no es necesario el aporte de un capital en dinero. Puede comenzar sin ningún aporte, igual a como puede suceder con la sociedad conyugal⁹:

4.5.2 Prueba de la sociedad concubinataria. Todos los medios probatorios son admisibles para acreditar una sociedad de hecho entre concubinos. Ante todo es necesario acreditar los aportes de los concunios para formar un fondo común. El principal aporte es, generalmente, el trabajo de uno de los convivientes en las empresas a que se dedica el otro. Puede tratarse de un establecimiento de comercio que fundan y administran en un mismo pie de igualdad ambos concubinos, o el que establece el concubino pero administra la concubina. Al comenzar el concubinato ninguno tenía bienes: el patrimonio que se forma en virtud de la colaboración de ambos, pertenece a la sociedad de hecho. En todo caso tiene entendido la Doctrina que la sola prueba del concubinato no acredita la formación de la sociedad.

Existe una diferencia acentuada entre matrimonio y concubi

9. CFR. Op. cit. p. 500-501.

nato. probando el matrimonio existe una sociedad conyugal en relación con los bienes adquiridos a título oneroso por marido y mujer; en cambio en la sociedad concubinataria es necesario probar el concubinato y los aportes en forma de trabajo o colaboración.

4.5.3 Liquidación de la sociedad de hecho entre concubinos. Reconocida la existencia de una sociedad de hecho, en cualquier momento puede procederse a su liquidación, por solicitud de cualquiera de los dos concubinos. Lo más común es que el problema de la liquidación se presenta a la muerte de uno de ellos.

No comprende los bienes que los concubinos tenían ante de asociarse con el otro concubino, ni tampoco los adquiridos durante el estado de concubinato a título gratuito, herencias, donaciones. Por este aspecto se puede observar cierto paralelismo entre la sociedad de hecho entre concubino y sociedad conyugal entre cónyuges.

Determinados los bienes de la sociedad de hecho, se procede a dividirlos en dos partes iguales: una para cada concubino.

4.5.4 Concubinatos que no implican la formación de sociedad de hecho. Hay estados de concubinato en los cuales

no puede establecerse la formación de una sociedad de hecho entre los concubinos, debido a que, no obstante haber existido colaboración de ambos en una empresa común hubo 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, y decimos generalmente, porque también puede darse el caso de que el patrón haya elevado a la concubina a la calidad de administradora de sus bienes, hipótesis en la cual el vínculo originario de subordinación es reemplazado por una mutua colaboración económica.

ante estos casos, el juez deberá apreciar libremente todas las circunstancias y decidir de acuerdo con un criterio de equidad. Así por ejemplo, si la concubina devengaba un sueldo y desde que se inició el concubinato el concubino la asoció a sus negocios y además le suprimió el sueldo, lo más probable es que exista una sociedad de hecho. En general, la ingerencia en los negocios del concubino es lo que da 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.

4.6 APRECIACION CRITICA DEL ACTUAL SISTEMA COLOMBIANO
SOBRE CONCUBINATO Y ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA EN
OTROS PAISES:

Las uniones libres y estables concubinatos tienen a producir determinados efectos en razón de considerarse el concubinato no sólo como fenómeno social, sino también como un fenómeno jurídico. El concubinato es considerado como tal tal independientemente de que uno de los concubinos sea o no casados. Precisamente un gran número de concubinatos tiene como causa la indisolubilidad del matrimonio católico que celebran los colombianos. Al no poderse disolver el vínculo matrimonial, alguno de los cónyuges o ambos se ve costreñido a establecer una unión libre.

El concubinato entra en el orden jurídico de manera paulatina. En primer término a partir de la expedición de la ley 45 de 1936 se le tuvo en cuenta a fin de dar protección a los hijos extramatrimoniales procreados en él; se estableció que la madre podría ejercer la potestad parental sobre el hijo; además podía pedir alimentos para sus hijos. En segundo término se reconocieron las sociedades de hecho entre concubinos. En tercer lugar la legislación laboral comenzó a conocer derechos a la concubina. final.

mente muestra jurisprudencia a reconocer a la concubina el derecho a pedir indemnización por los perjuicios sufridos en su propia cabeza por la muerte accidental del concubino; no sólo las viudas experimentan dolor por muerte de marido, también las concubinas. A lo que debe agregarse que algunas legislaciones han llegado a reconocer al concubino o a la concubina el derecho a heredarse, así el artículo 1108 del nuevo Código Civil de Bolivia de 1976 estatuye: "las uniones conyugales libres o de hecho reconocidas por la Constitución política del Estado y el Código de Familia, producen respecto de los convivientes efectos sucesorales similares a los del matrimonio". El artículo 1635, aunque en forma limitada reconoce derechos hereditarios a la concubina.

Dentro de esta orientación al artículo 1740 del Proyecto de Código de derecho privado establece que "el concubinario o la concubina con quien el difunto hubiere vivido en concubinato durante los cinco años anteriores a la muerte, y que careciere de bienes, tiene derecho a una cuota hereditaria, según las siguientes reglas:

- Si concurre con hijos o padres del causante recibirá la cuota de uno de ellos.

- En los demás casos recibirá la cuarta parte de la herencia.

Si al fallecer el causante, éste dejase varias concubinas la mencionada cuota se repartirá por partes iguales entre ellas.

De esta manera las relaciones de orden personal y de orden económico estatuidas sólo entre cónyuges se han ido extendiendo a los concubinos.

5. EL CONCUBINATO

5.1 EN LA HISTORIA

a) Según algunos, el concubinato surgió coetáneamente con las formas según primitvas de matrimonio.

El concubinato no ha sido ajeno a estos fenómenos sociales siempre , a través de los siglos, ha existido al lado del matrimonio legítimo. En un principio con marcada importancia e impuesto por las condiciones sociales y económicas de los pueblos, Luego y ya con la influencia de la Doctrina Cristiana, pasó a segundo plano. Esa unión fue considerada pecado y empezó a castigarse como delito. En el concilio de Trento vemos penas gravísimas para los que vivían amancebados o en barraganía. Después, la REvolución Francesa, asimiló la unión libre al matrimonio. Por reacción a éste el código de Napoleón desconoció tal figura echando sobre ella, como dice Josserrand, públicamente un velo impenetrable. Del Francés pasó al chileno y de éste al nuestro, lo que explica suficientemente ese voluntario olvido por parte de los legis

ladores colombianos.

b) Las legislaciones de origen romano, confromadas modernamente a través del Código de Napoleón, dominadas por una visión amorfa de pecado, dictada por el predominio religioso, regulan la familia legítima como la formada dentro del contrato sacramento del matrimonio y no tienen consideración alguna para el concubinato.

c) Llama la atención que en el primer cuarto del siglo diecinueve, don Joaquín Escriche y Martín (nacido el 9 de septiembre de 1784 y muerto el 16 de noviembre de 1874) en su obra "Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia", se ocupara a espacio y con dominio de este tema desde el punto de vista jurídico, aunque obviamente sometido a las exigencias de su tiempo, sin que hubiera podido marginarse de las consideraciones religiosas que desnaturalizan el tratamiento del problema.

5.2 EN LA LEGISLACION CIVIL

a) Decía el art. 395 del C.C.C (derogado por el decreto ley 1260 de 1970, art. 123) en relación con los distintos documentos probatorios del estado civil.

La falta de los referidos documentos podrá suplirse en

caso necesario por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil.

Continuación vigente el art. 396 del C.C.C según el cual

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

b) Lógicamente, los hijos habidos en tal unión conforme al 397 del mismo código tendrán la posesión notoria de hijos legítimos aunque bien podrían ser simplemente naturales. Y es que dada la presunción de legitimidad del art. 214 ya citado, no podría tenerse como casados a los padres y a los hijos como naturales, salvo repudio oportuno y legal.

c) Al *contratio*, la posesión notoria del estado civil de hijo natural según la presunción de los arts 5o. y 6o.

d) A partir del decreto ley 2829 de 1974, los hijos de matrimonio son legítimos y los hijos de quienes no están casados, son extramatrimoniales o. lo que es lo mismo, en la actualidad, los hijos son contractuales o extracontractuales.

e) El art. 411 del C.C., fue reformado por el art. 31 de la ley 75 de 1968, para disponer a cargo de los padres naturales la obligación alimentaria frente a los hijos naturales, su posterioridad legítima y los nietos naturales, alimentos que son cóngruos por disposición del art. 25 de la ley 45 de 1936.

f) Analizadas las normas del código Civil sobre alimentos cóngruos y las relativas a la crianza y defensa del menor (ley 75 de 1968), no cuesta trabajo concluir que entre los alimentos cóngruos está la de tener a los hijos "Hogar", pues precisamente los que carecen de él, son los abandonados para quienes se creó toda la organización protectora del "Bienestar Familiar".

5.3 LA LEGISLACION LABORAL

1.- A partir de la década del 40, los pliegos de peticiones de las mayores organizaciones sindicales del país (Fedena; trabajadores del río Magdalena; trabajadores de FF.CC Nacio

nales) incluyen diversas prestaciones sociales en favor de la compañera permanente o de la concubina lo que por sí solo demuestra que en verdad en las clases asalariadas menos calificadas, el matrimonio formal, solemne, es una excepción, la regla general es el matrimonio natural, el concubinato, origen de la familia natural por oposición a la familia legítima.

2.- La primera ley laboral que contempla expresamente a la concubina como beneficiaria de prestaciones e indemnizaciones causadas por razón de invalidez o muerte del concubino es la 90 de 1946, orgánica de la Seguridad Social en Colombia.

5.4 LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

a) Dice Betancur Jaramillo (Ob. Cit. pág. 146)

Puede la concubina, en caso de muerte de su amante, ejercer en su propio nombre contra el autor del accidente una acción de responsabilidad civil, fundada en el daño que le ha causado el fallecimiento de su compañero.

En las relaciones concubinales y en el caso que estudiamos es fácil colegir que el primer requisito el de la certeza del daño bien puede aceptarse y concurre en algunos casos de muerte violenta del concubino, si tenemos en cuenta que hay opinión uniforme, en el sentido de que para la concurrencia del daño no se requiere que se viole un derecho, sino basta que se lesione un interés como lo dice el connotado autor chileno Arturo Alessandri Rodríguez en su obra De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno.

Se argumenta por algunos que el daño sería eventual dado lo precario y lo inestable del concubinato. Pero a ello cabe observar que en muchos casos la vida común de los concubinos data de muchos años y presenta caracteres de estabilidad similares a los del matrimonio y que todo hace presumir que ella debía continuar.

La Corte de Casación Francesa en sentencia del 28 de febrero de 1930, acordó indemnizar a la concubina a condición de que las relaciones sean continuas y estables entre ella y la víctima del accidente, Savatier, al comentar esta decisión nos dice: A los ojos de la Corte Suprema no se trata de reparación de un daño moral fundado sobre la comunidad de lecho, sino de un daño moral fundado sobre la comunidad de vida y de la desaparición de entradas para la concubina.

Más adelante siguiendo la síntesis jurisprudencial del autor chileno Humberto Pinto R., dice el mismo autor citado (betancur pág. 149) en relación con la jurisprudencia extranjera, lo siguiente :

Primero: Necesidad de un vínculo jurídico entre los concubinos.

Lo mismo que en la doctrina encontramos una primera categoría de decisiones judiciales que estiman que no se puede llamar a responder a una persona de las consecuencias de sus actos, si no ha atentado contra una situación jurídica. Por ese motivo una sentencia niega la indemnización de perjuicios a una concubina, especialmente porque el concubinato no crea ningún vínculo jurídico entre los que viven en esa situación.

Otra resolución declaró que para obtener en derecho la reparación de un perjuicio no basta con tener un interés sino que es preciso justificar un derecho lesionado que no pudiendo la concubina reclamar los recursos alimenticios previstos para la mujer casada, no justifica ningún vínculo de derecho con la víctima que le dé título en el especie para comprometer la responsabilidad del Estado en razón del accidente.

Segundo. El daño no es positivo ni cierto. La Sala civil de la Corte de Casación revocó una sentencia de alzada (1926) inspirada en el fundamento de la necesidad de un vínculo jurídico entre los concubinos, por considerar que en la especie, la concubina había experimentado un daño positivo y cierto.

Tercero. El daño es positivo y ceirto segun la jurisprudencia.

En sentencia de la Corte de Casación Francesa del 9 de noviembre de 1833, leemos: el art.1382 del Código Civil que invoca la viuda A. está concebido en los términos más amplios y comprensivos; que este artículo no comporta la menor restricción o limitación sobre la naturaleza del perjuicio cuya indemnización se persigue, ni sobre el vínculo que pueda unir a la demandante de reparación con la víctima; que con justa razón la tendencia marcada de la jurisprudencia ha sido siempre de aumentar, más bien que de restringir, el campo de aplicación del texto contempaldo, en el sentido que basta que una persona justifique que un perjuicio ha resultado para ella de una falta cometida por otra para que sea admisible su acción; que no es necesario que esta persona sea lesionada en un derecho adquirido, si no que basta que lo sea en un simple interés material o mo

ral, que no se trata en ningún modo, en la especie, de una de esas cohabitaciones efímeras nacidas de un capricho pasajero, sino de una comunidad de vida, en que la duración atestigua la seriedad y constituye entre los dos seres un vínculo que, si bien no está oficialmente reconocido y sancionado por la ley no deja de ser tomado en consideración.

Cuarto. A los jueces de Fondo locales establecer la certidumbre del daño.

Tal cosa sostenía la jurisprudencia francesa en algunos fallos de 1928. Deben éstos investigar si las relaciones que han existido entre los concubinos han tenido un carácter de continuidad suficiente para crear entre ellos una especie de comunidad de existencia tal que la muerte por accidente de uno de ellos pueda constituir para el otro la causa de un perjuicio real, directo y actual que justifique una demanda de indemnización de perjuicios contra el responsable de este mortal suceso.

Quinto. La legitimidad del interés lesionado en la jurisprudencia. Entre las que conceden la indemnización del daño material de la concubina está la proferida por el Tribunal de Lyon el 31 de marzo de 1930, que en uno de sus apartes dice: Que a consecuencia de lo dicho, no podía declarar

se a-priori inadmisibles las acciones formuladas por la concubina (se hablaba de que las donaciones entre concubinos ya son válidas) contra un tercero, cuando esta acción no reposa únicamente en el estado de concubinato que es necesario, en efecto, considerar en este estado, cuando es suficientemente prolongado, dos elementos bien distintos: Desde luego, la comunidad de hecho, que por sí misma, no es susceptible de engendrar derecho alguno y enseguida, es susceptible de engendrar derecho alguno y en seguida la comunidad de existencia que comporta además de los vínculos de afección recíproca una asociación de intereses materiales que bajo este respecto, genera acciones diversas, que es permitido, en efecto a dos seres humanos, abstracción hecha del sexo, compartir la buena y mala fortuna, fusionar sus intereses y sus bienes que si esta asociación de hecho es quebrantada por la muerte accidental de uno de los comuneros, no podría negarse al sobreviviente, si justifica un perjuicio actual y cierto, reclamar del autor responsable del accidente, en virtud de los principios contemplados en el art. 1382 (2341 del CC. Colombiano).

Como se observa en las doctrinas sentadas por las distintas Cortes lo que se tiene en cuenta no es propiamente el concubinato sino la comunidad de vida y con ella la de inte

reses naturales.,

Sexto. La ilegitimidad del interés lesionado en la jurisprudencia.

La jurisprudencia que niega la indemnización basada en la ilegitimidad del interés invocada ilegitimidad proveniente del carácter inmoral del concubinato constituye la nueva orientación de las Cortes y Tribunales Francesas.

La nueva tendencia plasmada en una sentencia de 1937, se pronuncia por la procedencia de la acción de indemnización de perjuicios por la lesión de un interés legítimo.

De la jurisprudencia nuestra nada podemos decir a este respecto. Ninguna resolución se ha pronunciado sobre esa indemnización y casi ninguna sobre los otros aspectos de la unión libre. Puede decirse, casi sin temor a equivocarse que la legislación colombiana es la que un mayor silencio guarda sobre ella a pesar de la magnitud del problema entre nosotros.

Tal vez el único que se ha pronunciado sobre una posible indemnización en caso de muerte por accidente de uno de los

concubinos, es nuestro ilustre tratadista Valencia Zea y cuya pertinente cita hicimos en páginas anteriores.

Para nosotros sin dejar de desconocer los serios tropiezos que encontraría una tesis afirmativa debe seguirse una argumentación idéntica a la esbozada cuando hablamos de sociedad de hecho entre concubinos, el enriquecimiento sin causa en los casos de ruptura del concubinato, es decir, que debe distinguirse el concubinato en sí mismo (de dudosa y discutible licitud moral) de la situación familiar y patrimonial creada a su sombra.

CONCLUSION

Al finalizar nuestra investigación de trabajo de tesis podemos mencionar la diferenciación que en la práctica se ha dado y que ha conducido a aberrantes injusticias todavía subsiste. Diferenciación que viene desde muy lejos y que puede situarse en forma más concreta en la influencia de la doctrina cristiana que desde la decadencia del Imperio Romano empezó a regir los destinos morales y políticos del mundo.

Así empezó a considerarse como pecado toda unión extramatrimonial y como cosas despreciables a las personas en semejante estado y a los hijos nacidos en esas circunstancias.

La Revolución Francesa, producto del racionalismo y de un sinnúmero de fenómenos sociológicos y económicos, buscó una solución más justa al problema, equiparó la familia legítima a la natural.

BIBLIOGRAFIA

C.F.R. Sentencias de 1935 y 1943. Tomo XLII, p. 479 y Tomo LVI p. 330 y 335.

CONS. Zonnonj. El Concubinato. ed. Cit.

C.F.R. Diccionario de Derecho Privado. Voz concubinato.

CONS. Escriche. Diccionario razonable de legislación. jurisprudencia. París, México 1925 V. Amancebados.

MELENDRO, E. La Filiación Matrimonial (Tesis de grado facultad Nacional de Derecho), Bogotá 1965.

PRECIADO AGUDELO, Dario. De la Sociedad de Hecho y entre Concubinos. Primera edición 1985. Editora Jurídica de Colombia.

VALBUENA, Gustavo. A. Derecho de los hijos naturales., Bogotá 1936.