REVISTA DE DERECHO, ESCUELA DE POSTGRADO
ESCUELA DE POSTGRADO • UNIVERSIDAD DE CHILE
ISSN 0719-1731 • NÚM. 9 (2017) • PÁGS. 91-111 • DOI 10.5354/0719-5516.2017.48392

DOCTRINA

Perspectiva histórica del concubinato en Colombia

Historical perspective on concubinage in Colombia

Hugo A. Garcés G.*

RESUMEN: El artículo aborda diferentes aspectos de la familia conformada por uniones libres o convivenciales, su desarrollo histórico, legislativo y judicial en el territorio de la República de Colombia. Se describe cualitativamente la constitución de la familia desde antes de la llegada de los españoles a tierras americanas. Asimismo, se describe y analiza el sistema jurídico colombiano, la regulación normativa y el desarrollo jurisprudencial de la unión marital de hecho, como institución y medio de reconocimiento de derechos. En el texto podemos encontrar un resumen sucinto de las normas y la jurisprudencia proferida en torno al tema, y se muestra como, a través de sentencias judiciales, se ha desarrollado esta figura jurídica. Con este artículo de reflexión se apunta a demostrar que el verdadero desarrollo de la institución de la unión marital es eminentemente jurisprudencial.

PALABRAS CLAVES: Concubinato, amancebamiento, convivencia, familia, unión marital.

ABSTRACT: The article approaches various family aspects of free unions and its historical, legislative and judicial development in the territory of the republic of Colombia. The article qualitatively describes the constitution of the family prior the arrival of Spanish conquerors to America. The author describes and analyzes the Colombian judicial system, the regulation and the case-law regarding de facto unions, as an institution and means of recognition of rights. A succinct summary of laws and case law is provided, and it is shown how, through judicial decisions, the de facto unions have been developed. The article aims to demonstrate that case law has truly developed the institution.

KEY WORDS: Concubinage, cohabitation, family, marital union.

* Abogado. Docente tiempo completo, Universidad del Cauca, Colombia. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Nacional de Colombia. Doctorando de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: hggarces@nicauca.edu.co

INTRODUCCIÓN

Colombia es un país multiétnico y pluricultural, por lo que las relaciones familiares de sus habitantes no son ajenas a la gran variedad de las etnias que habitan su territorio ni al mestizaje. Es por esto que, al pretender hablar de la familia, necesariamente debemos procurar conocer las causas de su modo de integración. En este artículo se acude a criterios doctrinales y legales como medio de información para establecer los avances en el desarrollo jurídico que tienen particularmente las uniones convivenciales o concubinato, como modo de constituir familia.

Estamos convencidos de la gran utilidad que representa indagar sobre los múltiples factores que influyen en la conformación de los grupos familiares, y es por ello que el presente trabajo hace parte de un análisis histórico, jurídico y crítico, como un aporte a estudiantes y profesionales del derecho y campos afines, que se interesen por conocer la evolución histórica, legal y jurisprudencial de la unión marital de hecho, como institución de conformación de la familia.

El presente trabajo aborda algunos aspectos de la evolución del modelo de familia precolombina, hasta la implementación de las figuras legales que amparan a los convivientes a partir del año 1990, denominadas unión marital de hecho y sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, siendo estas dos instituciones revolucionarias y absolutamente necesarias.

PRECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ORGANIZACIÓN FAMILIAR

Desde los inicios de la humanidad, las organizaciones familiares han pasado por diferentes fases, su carácter cambiante obedece al propio desarrollo social, de ahí que son excepcionales las sociedades en las que pueda haber permanecido estática en cuanto a la forma de constituirse. Durante la época primitiva los individuos se organizaban como una comunidad doméstica, errante, de sumisión femenina, lo que se tradujo en patriarcado en razón de la necesidad de la fuerza masculina para la fabricación de instrumentos y obtención de alimentos mediante la caza, pesca, entre otras. Tales actividades eran realizadas por los hombres, y a cargo de la mujer quedó el trabajo doméstico, la agricultura y el hogar.

En el período romano, se designó «*concubinatus*» a la convivencia entre un hombre y una mujer, que, sin que mediara un vínculo matrimonial entre ellos, cohabitaban o compartían lecho y techo, es decir, otra forma de comunidad conyugal permanente diferente al matrimonio, por no poseer *affectio maritalis* que es la voluntad de casarse, o que teniéndola, carecían de *conubium* que era el derecho a hacerlo.

En términos del autor Juan Iglesias el concubinato es:

> «la unión estable entre hombre y mujer sin *affectio maritalis*. Este aspecto negativo hace que no se confunda con el matrimonio, cuya existencia, por lo demás, hace patente el *honor matrimonii*. La nota de estabilidad lo distingue, a su vez, de la simple relación sexual. El concubinato no fue castigado por la ley, como tampoco llegó a ser reprobado por la conciencia social. A su difusión, contribuyeron, en gran medida, las leyes matrimoniales de Augusto, así, la *lex Iulia et Papia Poppaea*, al prohibir el matrimonio con determinadas mujeres. El concubinato entra en discusión bajo los emperadores cristianos, a fin de tutelar los intereses de la familia legítima: las donaciones y los legados a la concubina y a los hijos habidos con ella, vienen prohibidos o limitados».[1]

A diferencia del matrimonio, en el concubinato la mujer no gozaba de la consideración de mujer casada y, pese a ello, los hijos no entraban en la familia ni bajo la potestad del padre. En el derecho romano el concubinato no era visto como una unión inmoral o contraria a las buenas costumbres, prueba de ello es que emperadores como Antonio Pio o Marco Aurelio tuvieron concubinas. La reacción social adversa a este tipo de uniones se vino a dar con la influencia del cristianismo desde su oficialización en el imperio.

En el antiguo derecho Romano existieron dos formas de matrimonio: «*cum manu*» y «*sine manu*». En el matrimonio

> «*cum manu* la esposa se hacía *filifamilias* y quedaba sometida al nuevo *pater*. Ocupaba el lugar de hija (*loco filiae*), si su cónyuge era el páter, o de nieta (*loco neptis*), si el marido se encontraba bajo la potestad paternal en cuyo caso, a la muerte del padre del esposo le sucedía en la *manus maritalis*. Esta forma de matrimonio determinaba que la mujer no tenía capacidad jurídica.

1. Juan Iglesias, *Derecho Romano historia e instituciones* (Madrid: Sello editorial, 2013), 369.

> Si era *sui iuris*, todos sus bienes se transmitían al *pater*. La *manus* no nacía automáticamente con el matrimonio, sino que requería un acto especial para que el marido adquiriera tal potestad»[2]

Se disponía de tres modos de adquisición de la *manus*: el «*confarreatio*» junto a la «*coemtio*» y el «*usus*» que eran formas admitidas de concubinato para una posterior celebración del matrimonio.

En primer lugar, la

> «*confarreatio* era una ceremonia religiosa en la que los desposados se hacían recíprocamente interrogaciones y declaraciones ante diez testigos, ciudadanos romanos, que según algunos representaban las diez tribus del marido, asistidos del gran pontífice y ante el Sumo sacerdote de Júpiter, a quien los interesados ofrecían un sacrificio, como una res, y figuraba un pan o una torta llamada *forreum*. La mujer, desde entonces, era admitida en la comunidad familiar del *pater*, bajo la potestad del cual quedaba. Por este vínculo, la mujer quedaba indisolublemente unida a la familia del marido y a su culto y no podía ser separada sino por un rito contrario llamado *diffarreatio*, del cual no se tienen noticias de cómo operaba».[3]

Por otra parte, la

> «*coemtio* era una forma propia de las más primigenias costumbres que se conozcan en la historia de la humanidad, cuando se usaba el matrimonio por compra. La mujer era vendida o se autovendía al marido, declarándose que tal venta era *matrimonii causa* y no como esclava, para así quedar bajo la potestad del marido. Esta forma se extinguía por un acto contrario, consistente en la *remancipatio* de la mujer a un tercero, el cual la manumitía después». [4]

Finalmente encontramos la figura del

> «*usus*, cuando el matrimonio se había celebrado sin las solemnidades de la

2. Francisco A. Garcés, Nociones de derecho romano (Bogotá: Leyer Editores, 2015), 94.
3. Garcés, *Nociones de derecho romano…*, 95.
4. Ibíd.

> *confarreatio* y la *coemtio*, se aplicaban las formas propias de la usucapión, y el marido adquiría la *manus por usus*, es decir, reteniendo a la mujer en posesión durante un año. En este lapso, la mujer podía interrumpir esta especial usucapión permaneciendo fuera de la casa del marido por tres noches». [5]

Estas formas de la *manu* cayeron totalmente en decadencia, lo que dio lugar al matrimonio *sine manu,* el cual

> «fue un medio para que el *paterfamilias* se procurase los hijos que deseara sin agregar a su familia a la mujer que prestara a dárselos. El marido no tenía poder alguno sobre la mujer, ésta quedaba en la misma posición familiar y patrimonial que tenía antes de las nupcias. Así, si era *sui iuris*, debía nombrársele un tutor, y si era *alieni iuris* al tiempo de contraer matrimonio, continuaba sometida a la potestad de su pater». [6]

LA FAMILIA PRECOLOMBINA

La conformación de la familia latinoamericana se ha caracterizado por la diversidad en sus orígenes y por su forzada homogenización. Durante la época precolombina, en lo que hoy es el territorio de la república de Colombia, podemos tomar como referente de esta diversidad la organización familiar Chibcha, la cual y de conformidad con sus características puede encajar en lo que Lewis H. Morgan denominó «familia sindiásmica». Etimológicamente

> «el término viene de syndyazo, parear, syndyasmos, unir a dos juntamente. Se fundaba en el pareo de un varón y una mujer, bajo la forma de matrimonio pero sin cohabitación exclusiva. El divorcio o separación estaba librado al albedrío del marido tanto como de la mujer. Esta forma de familia no pudo crear un sistema de consanguinidad».[7]

5. Garcés, *Nociones de derecho romano…*, 95.

6. Ibíd.

7. Lewis H. Morgan, *The Ancient society* (versión en castellano) (Bogotá: Editorial Ayuso, en coedición con Editorial Pluma Ltda, 1980) 72.

En este tipo de familia, el hombre se casaba con una sola mujer, pero tenía permitido la poligamia, es decir podía convivir con muchas otras mujeres. En la organización social de los chibchas existía la preferencia matrilineal, que se mantuvo aun después de la conquista y de la cual queda constancia en los registros parroquiales coloniales en donde los niños se identificaban por línea materna, entonces, atendiendo al criterio de Juan Villamarín y Edith Villamarín, esto es:

> «Las comunidades prehispánicas Chibchas de la sabana de Bogotá poseían una jerarquía de unidades socio-territoriales –uta, capitanía y comunidad- que estaban vinculadas mediante parentesco y lazos matrimoniales. Preferencialmente el matrimonio tenía un sesgo matrilateral entre primos cruzados, con residencia marital virilocal y eventual residencia avunculocal para los hijos. Los Chibchas de la sabana de Bogotá eran uniformemente matrilineales. La herencia se determinó matrilinealmente tanto entre los plebeyos como entre las familias de mayor status, así mismo la posición política. Los derechos de tierra también se heredaban matrilinealmente entre los Chibchas de la pre-conquista. En el período colonial, con la introducción de las nuevas formas españolas de herencia, adquisición y tenencia de tierras, impuestas por los corregidores y los sacerdotes, esta herencia patrilineal de la tierra y posiblemente de la propiedad mueble vino a coexistir al lado de los patrones matrilineales tradicionales».[8]

Una característica particular de nuestra historia es el hecho de que en Colombia —y tal vez podríamos decir a nivel de América Latina— se ha procurado negar nuestra herencia cultural y particularmente nuestra «lógica cultural» concebida esta como las normas y valores heredados socialmente de generación en generación, «el modo particular en que se articula los significados y símbolos que aseguran ideológicamente su reproducción y desarrollo».[9] Uno de los mecanismos para desconocer ese legado ha sido la expedición de normas jurídicas tendientes a la regulación de la conformación de la familia en una forma única y atemperada a los estándares Europeos.

---

8. Juan Villa Marín y Judith Villamarín «Parentesco y herencia entre los chibchas de la Sabana de Bogotá al tiempo de la conquista Española», *Revista Ethnology*, Vol. XIV, N°3 (1975): 3.

9. Mario R. Morales, *Función de las lógicas culturales* (Guatemala: La insignia, 2006).

Inicialmente la «madre patria» importó el derecho castellano y así la llamada Ley de las Siete Partidas, una regulación normativa que impone la herencia jurídica romana y le concede superioridad jurídica a la figura del marido y padre dentro del grupo familiar, estratificación que deviene por la influencia de los principios católicos que consagraba el matrimonio como contrato-sacramento, pero que también reconocía comunidades domésticas como la «barragania», que era otra manifestación de la monogamia o unión entre hombre y mujer, relativamente estable, caracterizada por la ausencia de parentesco entre sus integrantes e inexistencia de vinculo religioso contraído por alguna de ellas para consagrarse al servicio de Dios; es de tener en cuenta que la inobservancia de alguno de estos requisitos se constituía en una conducta punible.

Uno de los mecanismos coercitivos que se crearon en función de la protección del matrimonio, fue la tipificación de delito de adulterio,[10] que sancionaba las relaciones extramatrimoniales. Una de las particularidades de este tipo penal era que la sanción para la mujer era más gravosa que para el hombre, pues aunque la relación de la mujer fuera eventual, se facultaba al marido para matar a la mujer y a su amante, o se autorizaba al estado para hacerlo en su nombre, al aplicar la pena capital en cumplimiento del derecho castellano. Esta misma conducta fue regulada de forma diferente en el derecho de las Partidas que castigó a la mujer con la reclusión perpetua y autorizando al marido para matar al amante de su mujer. Esta regulación, así como muchas otras de la época, se caracterizó por ser evidentemente discriminatoria, pues la misma conducta adulterina no era castigada cuando era el marido quien la realizaba, a no ser de que su relación extramarital fuese permanente, caso en el cual la sanción era de carácter pecuniario y consistía en la perdida de hasta la quinta parte de sus bienes, y si su conducta había implicado el abandono de su hogar para vivir con su barragana se le sancionaba con la perdida de la mitad de sus bienes.

Asimismo se legisló sobre el delito de la «bigamia», en donde la sanción para aquella mujer culpable era la de convertirse en sierva de la primera esposa, y para el hombre la pena podía ir desde la perdida de todos sus haberes y hasta la imposición de una marca en la frente con un hierro caliente.

10. La sanción jurídica al adulterio ha perdurado en la historia y su penalización existió en Colombia hasta el año de 1936, año en que se reformó el Código Penal.

Otra de las figuras fue el «amancebamiento» o unión estable entre hombre y mujer entre quienes mediaba impedimento para contraer matrimonio, bien por parentesco o porque uno de los dos había consagrado su vida a Dios. En una primera etapa del derecho español se toleró que los clérigos que en razón de sus funciones no podían tener mujer legítima, tuviesen barraganas o concubinas. Posteriormente se prohibió esta práctica y se instituyó el delito de «sacrilegio»[11], sancionado con la pérdida del oficio y del beneficio, y la pena complementaria de «excomunión»[12]; para el caso de las relaciones incestuosas las penas fueron mucho más duras tales como el destierro y pérdida de dignidades y azotes si era persona de linaje. Para las monjas se consideraban nulos sus matrimonios y se sancionaba con la reclusión para ellas en un monasterio y el destierro e incluso la muerte en la hoguera para el marido. A aquellos delitos que trascendían del derecho canónico al derecho penal también se les conocía como delitos de «mixto fuero"»[13].

Estas formas de concubinato, también tuvieron efectos en el campo de la filiación, consagrándose por la ley distintas categorías y denominaciones de los hijos según el vínculo de unión de sus padres, surgiendo categorías peyorativas como: hijos adulterinos, incestuosos, de dañado y punible ayuntamiento o ilegítimos. Estos calificativos perduraron en el esquema jurídico hasta solo hace unos años atrás y aún se manifiestan, sin embargo cada vez menos, en el argot popular como un rezago colonial.

En la América Latina que conocieron los primeros inmigrantes españoles, no les fue posible a los europeos hallar de primera mano identidad entre sus normas y las costumbres ancestrales de los pueblos que la habitaban, razón por la cual tampoco existía un terreno fértil para la implantación de ese nuevo sistema jurídico extranjero en la forma y términos que se concibió en el viejo continente, tal circunstancia generó la necesidad de tratar de atemperar esa

11. Francisco Guijarro, *Buen Uso de la teología Moral Según la Doctrina y Espíritu de la Iglesia. Tomo III* (Valencia, 1793), 40.

12. Enrique Gacto, *El Marco Jurídico de la Familia Castellana. Edad moderna* (Murcia: Universidad de Murcia, 1972), 41.

13. Cesar Herrero, *La Justicia Penal Española en la Crisis del Poder Absoluto* (Madrid: Editorial Garka, 1999), 236.

nueva legislación positiva a las cosmovisión de las comunidades aborígenes y de las nuevas razas que surgirían del mestizaje entre los Americanos, Europeos y Africanos. Fue así como nació el derecho de indias, cuyos postulados reconocían algunas prácticas consuetudinarias de los americanos pero desconocía muchas otras y en todo caso procuraban regular esa nueva dinámica social en las tierras conquistadas en una forma menos traumática para sus oriundos habitantes.

Con la llegada de los españoles vino no solo el establecimiento del monoteísmo, sino el matrimonio como forma única de constitución de la familia, la imposición del patriarcado y el desconocimiento del vínculo ancestral por la línea materna. Un ejemplo de tal conminación es la cédula real de 1539, por la cual se ordenó a los españoles que tuvieran indios bajo su autoridad en las encomiendas, que los obligaran a casarse para garantizar el aumento poblacional y lograr la ocupación de las extensas tierras de América.

La legislación también intervino inicialmente en la prohibición de comunidad de vida entre los indios y los negros, aludiendo las malas costumbres y el mal carácter de los mezclados. «Mestizos y mulatos nacen de forma ordinaria, del adulterio y de otros ilícitos y punibles ayuntamientos, porque pocos españoles de honra hay, que casen con indias o negras (...)»[14]. Dichos cánones no eran otra cosa que la consecuencia de una realidad, que correspondía a la frecuente preferencia de los españoles por la belleza de las mujeres mestizas y mulatas, sus prolíficas relaciones y el deseo de una sociedad aristocrática por mantener en la ilicitud unas uniones en su mayoría ilegitimas.[15]

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El ordenamiento jurídico colombiano es producto de la conjunción de varias corrientes legislativas de diversas procedencias, todos de carácter patriarcal, a saber: instituciones de derecho romano, el derecho español, derecho canónico y del código napoleónico. En el estado federal, adoptado por la Constitución de

14. Juan de Solórzano Pereira, *Política Indiana, II Tomo del Derecho en Lengua Castellana* (I Gobierno Municipal de Castilla), 30.

15. María Teresa Condés, *Capacidad Jurídica de la Mujer en el Derecho Indiano* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2001), 386.

1858, cada uno de los estados soberanos tenía autonomía legislativa, en unos el matrimonio católico era el obligatorio y en otros el civil, pero nada se regulaba en torno a la familia extramatrimonial. El estado de Cundinamarca adoptó en 1859 el Código Civil chileno y luego los demás estados de la unión expidieron su ordenamiento civil con base en la normatividad del de Cundinamarca.

En las Constituciones anteriores a la de 1886, se discriminaba a las personas unidas de hecho respecto de aquellas unidas por matrimonio, por ejemplo: en la del estado de la Nueva Granada de 1832 y en la Carta de 1853, en la de la Confederación Granadina de 1858 y en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia del año de 1863, laica por naturaleza, adoptaba la total independencia del estado con respecto a la Iglesia Católica, se consagraban como requisitos para tener la calidad de ciudadano y por ende para elegir o ser elegido tener veintiún años o ser casado, siendo además reservada para los varones dicha calidad, pues como sabemos no fue sino hasta mediados del siglo XX que las mujeres obtuvieron el reconocimiento a sus derechos políticos.

Una vez adoptado el Código Civil de Bello por la mayoría de los estados, en virtud de la Ley 84 de 1873, se remplazó la legislación española que regía parcialmente sobre algunos de ellos; en esta nueva normatividad solo se reconocían efectos al matrimonio civil y en relación con el concubinato solo se hizo alusión en lo atinente a la unión de hecho, al establecer una presunción en materia de filiación dentro de los artículos 318 a 332 relativos a los entonces llamados «hijos naturales». Y que preveían en su artículo 328 que «los hijos de la concubina de un hombre serán tenidos como hijos de éste»[16] y en el artículo 329 de la misma norma se establecía que: «para los efectos del artículo anterior no se tendrá como concubina de un hombre sino la mujer que vive públicamente con él, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos».[17]

Es así como desde sus inicios la comunidad de vida informal, entre un hombre y una mujer no solamente fue mal vista por la sociedad sino que llegó a tener consecuencias jurídicas adversas para sus integrantes, pues no solo existía la percepción social de ilicitud a su alrededor, sino que efectivamente este tipo de unión llegó a ser penalizada en Colombia, donde los legisladores

16. Código Civil colombiano, Ley 84/1873, reformado Ley 153 de 1887, artículo 328.

17. Código Civil colombiano, Ley 84/1873, reformado Ley 153 de 1887, artículo 329.

incluyeron en el Código Penal, el delito de «amancebamiento público»,[18] cuya conducta sancionatoria se dirigió a «las personas de diferente sexo que sin ser casados hicieren vida como tales, en una misma casa de una manera pública y escandalosa». Tal tipificación no fue otra cosa que una consecuencia de la influencia permanente del clero sobre los legisladores quienes identificaban a la moral pública o social con la «moral cristiana» y en tal caso exhortaban al Estado, no solo a respetar sino a aplicar los preceptos de la iglesia católica. Por todo esto no es extraño que la misma conducta realizada por el hombre que ostentaba un buen nivel económico y suficientes recursos para la manutención de su concubina fuera de su casa, o aquel que contrajera matrimonio con la misma fuera exonerado de su responsabilidad penal. El legislador llegó a consagrar como agravante a la pena del amancebamiento si era cometido por persona casada que no hubiese tramitado su separación legal, incurriendo además de la pena privativa de la libertad, en destitución del cargo si el sindicado era empleado público, quedando además inhabilitado para el ejercicio de estas funciones durante un periodo entre cuatro y ocho años.

Con la reforma penal de 1937, en medio de las protestas, el concubinato dejó de ser penalizado. El Congreso Nacional con mayorías liberales abolió el delito de adulterio aunque en el estatuto personal civil continuó existiendo el sometimiento del régimen de la potestad marital hasta 1974.

Con la Ley 45 de 1936 el legislador solo indirectamente se ocupó de las relaciones concubinarias al establecer que los hijos fruto de estas uniones, tenían derecho de acción para establecer su filiación paterna, la cual tenía efectos restringidos; es así como en el artículo 4 de la citada norma consagró:

> «En el caso en que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron»[19]

18. Código Penal colombiano, Libro primero, Ley 19, octubre de 1890.

19. Código Civil colombiano, Ley 45, marzo de 1936, artículo 4.

La misma norma deja atrás las denominaciones peyorativas utilizadas en la legislación anterior al referirse a los hijos concebidos por fuera del matrimonio y pasa a denominarlos solo como hijos naturales.

En el campo del derecho laboral fue donde inicialmente se reconocieron los beneficios de sustitución a los hijos naturales y adicionalmente han venido dando un tratamiento de protección subsidiaria de reconocimiento de derechos en favor de la concubina. Es así como la Ley 90 de 1946 que creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (I.C.S.S), hoy Instituto de Seguros sociales (I.S.S), fue la primera en contemplar expresamente a la concubina como beneficiaria de prestaciones e indemnizaciones en caso de invalidez o muerte del concubino, en el artículo 55 de la norma se estableció que

> «la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, siempre que ambos hubiesen permanecido solteros durante el concubinato; si en varias mujeres concurren estas circunstancias, solo tendrán un derecho proporcional las que tuvieren hijos del difunto».

Es de anotar cómo las disposiciones de este tipo establecían preferencia en favor de la compañera fecunda y además soltera. La normatividad posterior ha mantenido la línea e incluso ha incursionado al punto de reconocer un mejor derecho a la compañera que al cónyuge en determinados casos, pues da prioridad al presupuesto de la temporalidad en la convivencia, un ejemplo de ello lo encontramos en el inciso segundo del literal a del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que exonera a la conviviente de cumplir varios de los requisitos de temporalidad cuando «haya procreado uno o más hijos con el compañero fallecido"» o en el inciso segundo, artículo 6 de la Ley 1204 de 2008, aplicable en casos de controversia entre cónyuge y compañera, determinando que para resolver tales solicitudes se ha de tener que analizar el grado de convivencia.

LA LEY 54 DE 1990

Esta norma fue en sí el resultado no solo de los clamores sociales sino también del esfuerzo de muchos juristas que procuraron desde diferentes esferas y con

sus trabajos resaltar la importancia de un fenómeno social que había cambiado el origen de la familia en su conformación, la cual, ya no derivaba solo de un contrato sino que surgía por la simple voluntad, o en palabras del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia: «la voluntad responsable de conformarla».

Esta nueva normatividad estableció no solo el reconocimiento al vínculo personal entre los concubinos, que desde ese momento ya se denominarían «compañeros permanentes» sino que trajo consigo un nuevo régimen común de bienes denominado «sociedad patrimonial entre compañeros permanentes», el cual aunque tiene establecidos sus propios haberes, acude parcialmente al régimen patrimonial del matrimonio tanto en sus conceptos fundamentales como en los procedimientos liquidatorios.

En todo caso y a partir de esa nueva denominación legal de compañeros permanentes y de los derechos que se derivaban de la misma se empezaron a generar nuevas líneas jurisprudenciales e incluso propuestas legislativas tendientes al desarrollo de la nueva institución, en este último caso y tal como históricamente se ha visto, los avances han sido tardíos y poco novedosos, la Ley 979 de 2005 trajo consigo algunas reformas que dejan un sinsabor frente al trabajo que desempeñan los legisladores en estos temas. Es así como en el literal b de la citada norma se mantiene el requisito de la liquidación de la sociedad anterior, a pesar de que ya existen pronunciamientos sobre el particular o la confusión que genera el artículo 5 al haber suprimido la separación física de los compañeros y el matrimonio entre los mismos como causal de disolución del vínculo, todo esto aunado a que la redacción de la norma pareciera que confunde los conceptos de disolución con la liquidación del régimen común de bienes.

Tanto en la Ley 54 de 1990 como en los primeros pronunciamientos doctrinales se da por sentado que la calidad de compañeros permanentes solo corresponde a las parejas heterosexuales, descartando que legalmente se consideren compañeros permanentes a las parejas del mismo sexo o a las uniones pluriafectivas o, él término utilizado por la abogada y notaria Do Nascimiento Domingues, al primer registro notarial en Brasil de lo que ella denominó «unión

afectiva múltiple o simultánea»[20]. Estos dos requisitos de la unión marital de hecho que son la heterosexualidad y la singularidad han sido objeto de gran debate jurisprudencial en Colombia, los fallos de las altas cortes sobre todo en relación con la heterosexualidad ha tenido un desarrollo vasto y completamente revolucionario, casi a la par con muchos países de nuestra región que tienen un reconocimiento regional por sus fallos judiciales vanguardistas tales como Brasil y Argentina. Sea esto en consideración al momento en que uno y otro país han otorgado reconocimiento de derechos tanto en el aspecto personal como en interpersonal. El primer país es reconocer la unión homosexual como fuente de familia fue la República Federal de Argentina mediante Ley Nacional 26.618 de 2010, que sustituyó el artículo 172 del Código Civil que establecía la restricción de género. La referida ley no se limitó exclusivamente a reconocer a parejas del mismo sexo simplemente en unión convivencial sino también en matrimonio. Como consagra el artículo 2 inciso segundo de la referida ley: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Un poco más adelante, el Supremo Tribunal Federal de Brasil en el año 2011 falló a favor de los derechos de las uniones estables entre las personas del mismo sexo, no obstante, recién el año 2013 el Consejo Nacional de Justicia, mediante la resolución 175, aprobó el matrimonio homoafectivo, siendo ambos países pioneros para que los demás a nivel regional regularan legalmente esta nueva realidad social.

En relación a la singularidad de los integrantes de la unión marital, la honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia dictó la Sentencia fechada a 20 de septiembre de 2000, en la cual se indica la imposibilidad de que pueda haber coexistencia de uniones maritales de hecho, en los siguientes términos: «(...) los requisitos esenciales que exigen la configuración de dicho fenómeno consagrado en la ley 54 de 1990 repelen su presencia plural»[21].

Frente a las uniones incestuosas, esta misma corporación niega la posibilidad de que entre las parejas así conformadas surja una unión marital o la sociedad patrimonial. Esta postura es el desarrollo no solo del contenido de la Ley 54 de

20. «La mujer que desafió el concepto de familia en Brasil», BBC Brasil, 2012, acceso el 20 de diciembre de 2017, http://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/08/120829_brasil_union_civil_tres_entrevista_notaria_ig.shtml.

21. Corte Suprema de Justicia de Colombia, STC T-999 de 2000, 20 de septiembre de 2000.

1990 en lo referente al impedimento legal para contraer matrimonio contenido en el literal a del artículo 2 de la citada norma, sino en virtud de la guarda a la moral social y las buenas costumbres; es así como mediante Sentencia de Casación fechada a 19 de diciembre de 2005, el alto tribunal indicó que el parentesco en grado prohibido no solo impide la unión matrimonial sino también el nacimiento de la unión marital.

LA JURISPRUDENCIA COMO ELEMENTO DE EVOLUCIÓN DEL DERECHO

Ante la desconsideración del Estado, que como ya veíamos optó inicialmente por repudiar el concubinato y luego por condenarlo a la indiferencia mediante el silencio que el derecho positivo guardó durante décadas, absteniéndose de reconocer efectos jurídicos a las uniones no matrimoniales, fue la jurisprudencia de las altas cortes la que contribuyó a la lucha de la reivindicación de los derechos que se venían pretendiendo en el país, pues si bien es cierto, la Corte Suprema de Justicia negaba la posibilidad de reconocer efectos *per se* al concubinato, cimentó y proyectó con sus decisiones la vía para llenar vacíos legislativos en lo que a aspectos patrimoniales se refiere, acogiendo diferentes figuras, tales como la sociedad de hecho entre concubinos, el enriquecimiento sin causa y las relaciones laborales .

La honorable Corte Suprema de Justicia en ejercicio de su función y en procura de «(...)superar la ostensible inequidad devenida del trato inmemorial discriminatorio y desigual a las uniones libres»,[22] fue la primera en escuchar el clamor de una sociedad y en especial de un modelo de familia ávido de justicia y reconocimiento, y reconoció en su jurisprudencia el derecho de las compañeras (mujeres), quienes históricamente han estado relegadas por un derecho hecho para hombres y las ha conminado a ser el sujeto vulnerable de una relación jurídico procesal al momento de acceder al reconocimiento de unos derechos sobre los haberes adquiridos en vigencia de sus comunidades de vida. Dichos derechos no existían *per se* sino que debían ser acreditados dentro de un proceso declarativo denominado «proceso ordinario declarativo de existencia de sociedad de hecho entre compañeros», con el cual se perseguía que mediante un proceso de carácter civil bastante extenso y engorroso un juez reconociera la

22. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, STC del 24 de febrero de 2011.

existencia de una comunidad de bienes sobre la cual cada uno de los concubinos tenía derecho por haber acreditado requisitos como los «aportes hechos por ambos, la explotación económica de una actividad lucrativa, tendiente al reparto de utilidades»[23]. Este tipo de sociedades son aquellas que no se constituyen por escritura pública y en consecuencia no tiene personería jurídica.[24]

En el primer pronunciamiento del que se tiene razón emitido por la honorable corporación en el año de 1935 se expresó que

> «(...) una sociedad de la apuntada naturaleza, nada se opone a que al lado de la relación personal extramatrimonial, la pareja coordine sus esfuerzos en un proyecto productivo que desarrollado en pie de igualdad les reporte dividendos comunes, o cuyas pérdidas, si las hay, decidan asumir a la par, gestión de la cual ha juzgado viable inducir el propósito de asociarse, en el cual tiene germen la sociedad que en esa forma habría surgido de los hechos, desde luego, con la conjunción de los restantes elementos indispensables para la conformación de todo ente social"».[25]

Este primer paso, en el cual se abrió camino a la posibilidad de reclamar derechos sobre la masa de bienes conformada dentro de una convivencia o comunidad de vida fue el detonante de un cambio trascendental en la legislación colombiana, que no solo derivó en un reconocimiento legislativo expreso sino que en un desarrollo jurisprudencial sin precedentes que hoy en día tiene a nuestra sociedad *ad portas* de lograr un tratamiento legal igualitario a diferentes tipos de uniones afectivas.

Este primer fallo de la corte extrae buena parte de sus fundamentos del estudio de derecho comparado, particularmente de los fallos que sobre la protección a la familia se habían emitido en Francia, en salvaguarda del preámbulo y el artículo 2 de su Constitución, y de las formas de familia que el estado protege, a saber, la unión libre o concubinato, el pacto civil o de solidaridad (unión libre o registrada) «PaCS» y el matrimonio. Todas estas formas representan la estabilidad y continuidad de quienes se unen, sean de diferente o del mismo

23. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, STC expediente 5576 de 1995.

24. Código de Comercio de Colombia, artículo 499.

25. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, STC del 30 de noviembre de 1935.

sexo, al respecto «La Nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo»[26]. Aún cuando

> «[l]a coexistencia de tres modelos que permiten regular la vida familiar no se corresponde con la voluntad originaria del legislador. En efecto, el Código de 1804 reconocía únicamente el matrimonio civil. La famosa frase de Napoleón: «los concubinos ignoran la ley, la ley los ignora» resume perfectamente el espíritu de la época. Sin embargo a partir de los años 1960, las uniones libres dejan de ser un fenómeno marginal para representar una parte significativa de la población. Fueron los tribunales los que comenzaron a darle un estatuto jurídico sobre todo para proteger a la concubina abandonada o viuda y para garantizar las deudas respecto de terceros. Fue de manera anecdótica que el concubinato obtuvo un estatuto legal en el marco de la ley que ha creado el PaCS . Respecto de este último, cabe recordar que fue el movimiento gay quien ha creado la movilización política que permitió la adopción de la ley aunque hoy día dicha forma de convivencia sea plebiscitada por la mayoría de las parejas heterosexuales»[27].

La importancia del fallo en Colombia no solo radica en el aspecto jurídico sino también en el histórico, pues la decisión tomada por la alta corporación se emitió en una época en la que la opinión pública no reconocía la importancia y la necesidad de protección de los concubinos en aras de materializar el derecho a la igualdad, en una sociedad en la cual solo se reconocía la familia derivada del matrimonio y que explícitamente discriminó cualquier otra forma de constituirla; es de anotar que esta primera sentencia se ha constituido en un referente no solo a nivel judicial sino también doctrinal que hasta el presente es utilizado tanto por los operadores del derecho como por los estudiosos del tema como fundamento de sus tesis y objeto de estudio. Es de reconocer que dentro del ejercicio de esta acción de naturaleza civil para la declaración de sociedades de hecho entre compañeros, también se depuraron otros temas que han servido y sirven para fundamentar diversas posturas en materia de reconocimiento de derechos a los compañeros, es así como se ha podido establecer que el trabajo doméstico de la concubina también puede constituir un aporte al desarrollo

26. Constitución Política de Francia de 1946. Preámbulo.

27. Daniel Borillo, «Uniones libres, convivenciales y conyugales en el derecho francés», Revista de derecho privado y comunitario, (2014): 3.

social, aspecto que históricamente y durante siglos había sido negado por la sociedad y el derecho. A efecto de brindar mayor claridad sobre el particular, me permito transcribir un extracto de la Sentencia 494 del 12 de agosto de 1992 proferida por la Corte Suprema de Justicia que señaló que «al proceder así, el tribunal comulga con quienes estiman que el trabajo doméstico es 'invisible' y como tal, carece de todo significado en la economía del mercado»[28].

Es imperioso resaltar que en materia de reconocimiento a los derechos de los concubinos o compañeros no ha sido solo la jurisprudencia civil la que ha sentado las bases para el tratamiento igualitario a los integrantes de estas nuevas formas de constituir familia pues existe un extenso precedente de sentencias emitidas en el campo laboral y por el Consejo de Estado en materia administrativa, en las cuales se destaca la legitimación en causa que les asiste a los concubinos para reclamar entre otros acreencias laborales en su calidad de tales. Para ilustrar este punto podemos citar algunas normas como la Ley 90 de 1946 que reconoce a la concubina como beneficiaria de prestaciones sociales y de sustitución pensional, el Decreto 2623 de 1950 que reconocía de forma subsidiaria derechos a la compañera, y en especial a aquella que a la fecha de defunción del causante tuviera hijos con el mismo y dentro de la Ley 100 de 1993 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, que llega al punto de desplazar a la cónyuge frente a la compañera en aquellos casos en los cuales fuera está ultima la que conviviera con el causante antes de su fallecimiento.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL FRENTE A LA LEY 54 DE 1990

Una vez entrada en vigor la Ley 54 de 1990, surgieron diferentes interpretaciones y quedó en manos de los jueces la responsabilidad de modular el contenido de la nueva norma. Fue así como la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia fueron las encargadas de sentar la pauta que permitiera a los asociados reclamar los derechos derivados de una condición que, aun siendo antigua, generaba unas nuevas posibilidades.

Una de las providencias más importantes es la C-239 de 1994, en la que el máximo órgano constitucional de Colombia establece los términos de la

28. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, STC 494, 12 de agosto de 1992.

aplicación de la nueva ley en lo que a sus efectos personales y patrimoniales atañe; en esta providencia los magistrados dan cuenta de las diferencias entre el matrimonio y la unión libre —u hoy unión marital de hecho entre compañeros—, dejando claro que corresponden a dos instituciones que, aunque son fuente de la familia, no son idénticas y por ende el tratamiento legal no puede ser igual. Para los magistrados, si bien la unión marital genera unas consecuencias jurídicas que antes no tenía «(...) de allí, al establecimiento de los mismos derechos y obligaciones que existen entre los cónyuges, hay un abismo. Basta pensar, por ejemplo, que la sola voluntad de uno de sus miembros, es suficiente para poner término a la unión marital de hecho, lo que no ocurre con el matrimonio».[29] Esta y otras elucubraciones en igual sentido hacen que la nueva institución sea vista de forma independiente y diferente, aunque ya no desde una óptica conservadora y discriminatoria, sino por el contrario, como un triunfo más de la democracia y un paso más en el trayecto por conseguir la igualdad y la equidad que para la misma época de la expedición de la ley se fraguaba en la asamblea nacional que dio origen a la Constitución colombiana de 1991.

Aunque dentro de la mencionada acción el actor reclamaba por la aplicación retroactiva de los efectos de la Ley 54 de 1990, la corte resolvió sobre la base de que dicha petición correspondía a un asunto de interpretación más que a un tema de exequibilidad, que la frase: «A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denominará unión marital de hecho (...)», por lo cual consideró que la redacción de la norma estaba atemperada a la Carta Política. Esta providencia definió la postura de la gran mayoría de los jueces al momento de reconocer los efectos de la ley solo a partir de su promulgación.

La forma de aplicar esta ley se mantuvo por más de una década, hasta que la Honorable Corte Suprema de Justicia dictó la providencia SC 268 de 2005 en la que se da un cambio sustancial a la interpretación de la norma al indicar que

> «sin embargo, un nuevo análisis de esta problemática conduce a la Corte a modificar su aludida doctrina, para concluir que la Ley 54 de 1990 sí aplica a las uniones maritales que, surgidas con anterioridad a su promulgación, continuaron desarrollándose sin solución de continuidad durante su vigencia –no así a

29. Corte Constitucional de Colombia. STC C-239 de 1994.

las que para ese momento ya habían fenecido(...)».[30]

Una vez se fueron agotando las discusiones en los términos de existencia y en el campo patrimonial, se empezó a dar espacio a temas mucho más álgidos relacionados con los derechos de las parejas del mismo sexo a reclamar iguales tratamientos que aquellos que la ley había brindado a los heterosexuales. Una vez más las mismas cortes y principalmente la Corte Constitucional era protagonista al tener en sus manos estas nuevas reclamaciones, en virtud de las cuales se profirieron sentencias como la SU-623 de 2001 en la que los magistrados desatenieron las pretensiones que hizo un hombre para que una EPS (Entidad Promotora de Salud) lo afiliara en calidad de beneficiario de su compañero bajo el argumento de que la Constitución Política tenia claramente definidas la forma de conformación de las familias y que en su artículo 42 establecía que «la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se compone por vínculos naturales o jurídicos, por las decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla». De esta forma, la Corte señaló que, teniendo de presente que el régimen contributivo de salud corresponde a las normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias, no sería procedente la tutela que se buscaba con dicha acción en tanto que su unión no correspondía a una familia. Este fallo estuvo precedido de otras acciones en el mismo sentido conocidas por la misma corporación, como lo fueron las que dieron origen a las Sentencias T-999 de 2000 y T-1426 del mismo año. Asimismo los magistrados de la corte mediante sentencia C-814 de 2001, declararon exequible la norma que permitía la adopción de menores solo a parejas heterosexuales, reafirmando la heterosexualidad como condición para la constitución de la familia.

Solo hasta el año 2007, la Corte Constitucional mantuvo su negativa al reconocimiento de derechos a los homosexuales, y fue así como en un histórico pronunciamiento contenido en la Sentencia C-075 de 2007, los magistrados cambiaron la jurisprudencia al reconocer derechos patrimoniales a las parejas integradas por personas del mismo sexo. Este fallo se constituyó en un precedente del cual derivaron muchos otros en el mismo sentido, tales como la sentencia

30. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, STC 268 del 28 de octubre de 2005.

C-811 de 2007, que revierte lo dicho en la sentencia SU-623 de 2001 citada anteriormente y muchas otras en materia de salud, seguridad social, vivienda entre otros temas relevantes para la familia, sobre todo aquellos relacionados con derechos fundamentales.

CONCLUSIÓN

Del análisis histórico, legislativo y jurisprudencial de la figura del concubinato, podemos extraer a manera de conclusiones, las siguientes:

- El reconocimiento por parte del legislador generalmente está precedido de pronunciamientos judiciales que, como en el caso de la declaración de hecho entre concubinos, se constituyó en el preámbulo de las figuras legales de unión marital y sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.
- La unión matrimonial no solo ha sido protegida, sino promovida por el sistema jurídico a costa de relegar las uniones informales.
- La categoría de monogamia es condición esencial para el reconocimiento de las uniones maritales y sus efectos.
- El factor étnico y cultural puede ser una variable importante al momento de analizar el incremento en la conformación de familias originadas en las uniones convivenciales.
- El presente jurisprudencial es un derrotero importante para la fabricación de leyes.