

**La irradiación
constitucional
en la jurisprudencia
del Derecho de Familia
en Colombia**

Laureano Gómez Serrano
Mónica Cortés Falla

LA IRRADIACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL DERECHO DE FAMILIA EN COLOMBIA

AUTORES: Laureano Gómez Serrano, Mónica Cortés Falla.
FECHA DE RECEPCIÓN: junio 28 de 2010
DIRECCIÓN: lgomezse@unab.edu.co

RESUMEN: Este documento es producto de la investigación denominada la “Irradiación Constitucional en la Jurisprudencia del Derecho de Familia en Colombia”, realizada por los profesores Laureano Gómez Serrano y Mónica Cortés Falla, y en la cual han colaborado como asistentes de investigación las estudiantes de la Facultad de Derecho Jessica Tatiana Gómez y Karen Güisa.

La investigación corresponde al *Grupo de Hermenéutica Jurídica*, en su línea de *Análisis Jurídico*, que fue iniciada en diciembre de 2009, y concluida el 31 de mayo de 2010.

PALABRAS CLAVES: Irradiación, Efectos, Constitución Política, Derecho de Familia.

ABSTRACT: This document is the product of research called “la Irradiación Constitucional en la Jurisprudencia del Derecho de Familia en Colombia”, by Mónica Cortés Falla and Laureano Gómez Serrano, which have worked as research assistants students of the Faculty of Law Jessica Tatiana Gómez and Karen Güisa.

The research belongs to the *Group of Hermeneutics*, which was initiated in December 2009 and concluded on May 31, 2010.

KEY WORDS: Irradiation, Effects, Constitution, Family Law.

El principio de irradiación de los valores constitucionales de la república liberal en el Derecho de Familia

Laureano Gómez Serrano
Mónica Cortés Falla¹

I.- INTRODUCCION²

Este es el segundo documento que se publica de la investigación denominada la Irradiación Constitucional en la Jurisprudencia del Derecho de Familia en Colombia, realizada por los profesores Laureano Gómez Serrano y Mónica Cortés Falla, y en la cual han colaborado como asistentes de investigación las estudiantes de la Facultad de Derecho Jessica Tatiana Gómez y Karen Güisa.

La investigación corresponde al Grupo de Hermenéutica Jurídica, en su línea Análisis Jurídico, que fue iniciada en diciembre de 2009, y concluida el 31 de mayo de 2010.

El soporte documental de esta investigación que conforma un Banco de Datos de la jurisprudencia de familia colombiana en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional sobre el Derecho de Familia, con sus respectivos análisis

¹Laureano Gómez Serrano, es Doctor en Justicia y Derecho, Gobernabilidad y Procedimientos Judiciales, por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (2007), obtuvo el grado en Estudios Avanzados de Tercer Ciclo en Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (2001) y es doctor en Derecho Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia (1977); Especialista en filosofía de la Ciencia del Convenio entre la Universidad de Antioquia y la Universidad Industrial de Santander -UIS (1994), y Especialista en Derecho de Familia del Convenio entre la Universidad Externado de Colombia-UNAB (1990).

Es profesor de pregrado, especialización y maestría en la Universidad Autónoma de Bucaramanga, y ha dictado la Cátedra de Hermenéutica Jurídica en la Maestría En Hermenéutica y Derecho de la Universidad Industrial de Santander

Mónica Cortés Falla, es Candidata a Doctor en Derecho, por la Universidad de Cantabria; obtuvo el grado en Estudios Avanzados de Tercer Ciclo (2003) de la Universidad de Cantabria, Magister en Educación de la Universidad Javeriana-UNAB (1996) y Abogada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (1986) y especialista en Derecho Comercial del Convenio entre la Universidad Externado de Colombia-UNAB (1989).

Es profesora de la Universidad Industrial de Santander en pregrado y en la Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho; y ha sido profesora de la Universidad Autónoma de Bucaramanga en pregrado y en cursos de especialización y la Maestría en Derecho de Familia.

² El texto preliminar de este trabajo fue leído por Laureano Gómez Serrano, en la Maestría en Derecho de Familia, que se adelanta en la Universidad Autónoma de Bucaramanga, los días 28 de mayo y 26 junio de 2010.

jurisprudenciales y la determinación de los institutos jurídicos básicos y accesorios, puede consultarse en el Archivo Documental del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, (UNAB).

II.- METODOLOGÍA

En la segunda parte del trabajo que publicamos en esta edición, se han estudiado cuarenta (40) sentencias de la **Corte Suprema de Justicia**, que corresponde a la expresión jurídica de la llamada **“República Liberal”**, para examinar la forma en que los valores de la reforma constitucional de 1936 permearon la función jurisdiccional, en institutos jurídicos como la filiación natural, el concubinato y la Unión Marital del Hecho (UMH).

Es de anotar que hasta la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional, en virtud de la expedición de la Carta de 1991, el control constitucional lo ejercía la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, y por esa razón los componentes de la Sala Civil y de Familia, mantenían un estrecho contacto orgánico y funcional con la concreción de los valores y principios constitucionales, expresados como Derechos Civiles y garantías sociales, que se decantaba a su vez, en las sentencias de Casación en materia de familia que profirió la Sala.

Este período, que se inicia con el gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo y la reforma constitucional de 1936, se caracteriza por la interpretación judicial de las normas que regularon la acción de investigación de la paternidad de los hijos naturales, el reconocimiento de la existencia de sociedades de hecho entre concubinos, el establecimiento de las relaciones de igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales y la constitución de las uniones maritales de hecho y sus efectos patrimoniales.

Desde la perspectiva hermenéutica se caracteriza por el uso frecuente del método sistemático y la incorporación de algunos elementos teleológicos, como la auscultación del **“interés social”** en algunas decisiones.

Así entonces, bajo la denominación de **“El principio de irradiación de los valores en la República Liberal”** se presentan y exponen las conclusiones relativas a los siguientes temas:

V.- LA REPÚBLICA LIBERAL Y LA FAMILIA

5.1. La **“revolución en marcha”** y los hijos naturales

5.2. El concubinato

5.3 La Unión Marital de Hecho (UMH)

Es preciso recordar que la investigación asume la teoría de Robert Alexy sobre el **“efecto de irradiación”** de los Derechos Fundamentales en la legislación ordinaria del Estado, que se desarrolló a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán y que es seguida por los principales doctrinantes del iusfundamentalismo.

En Colombia, la doctrina sobre el efecto de **“irradiación”** ha sido asumida por la Corte Constitucional; de manera particular sus presupuestos doctrinales se han incorporado en las sentencias que la Corte ha proferido sobre los temas relativos al derecho de familia, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991.

Así mismo, es preciso señalar que a las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, que se seleccionaron como relevantes en este período, sobre el tema de la irradiación de principios constitucionales en el Derecho de Familia, se les hizo el correspondiente análisis jurisprudencial para extraer las tesis que constituyen los precedentes judiciales de la Corporación.

Los referidos análisis jurisprudenciales de cada una de las providencias se recogen en el Banco de Datos que sirven de base documental y analítica de posteriores desarrollos del presente trabajo.

III.- RESULTADOS

En la investigación se establecieron cuatro períodos en que puede dividirse el desarrollo de la producción judicial en el territorio nacional, desde la Colonia hasta nuestros días, teniendo como núcleo aglutinante los institutos jurídicos básicos del Derecho de Familia.

El primero de ellos, el período colonial, se caracteriza por la incorporación de las normas y los conceptos del Derecho Castellano en la estructura familiar del Nuevo Reino de Granada, desde la perspectiva formal, y las desviaciones de la conducta de peninsulares y criollos en la vida práctica real, que difícilmente eran contenidas por los jueces, ya que ellos mismos incurrieron en los abusos que se les había encomendado reprimir.

Como aspectos jurídicos relevantes en el período se destacan las relaciones matrimoniales, las oposiciones a matrimonios, infidelidades conyugales, las relaciones concubinarias, incestos, violaciones, abusos deshonestos y uxoricidio.

El segundo, el período republicano, caracterizado por la paulatina inserción del concepto de familia consignado en el llamado Código de Bello, que a pesar de señalar la igualdad de las personas ante la ley, estipuló una **“capitis deminutio”** de la mujer casada no sólo en sus relaciones conyugales, sino en el manejo de sus bienes propios y en los de la sociedad conyugal, que sólo viene a ser superado con la expedición de la Ley 28 de 1932.

En este período la jurisprudencia aboca los aspectos relativos a la incorporación del matrimonio católico en el sistema jurídico de derecho civil, las desigualdades de género en el régimen conyugal, tanto en lo extrapatrimonial como en lo patrimonial, y el cambio generado en la administración de la sociedad conyugal en virtud de la Ley 28 de 1932.

Desde el punto de vista hermenéutico se destaca el ejercicio de la interpretación exegética y la utilización de argumentaciones conceptuales del viejo derecho castellano y colonial.

El primer informe, sobre los dos anteriores períodos, fue publicado con el título de “La irradiación constitucional en la Jurisprudencia del Derecho de Familia en Colombia”, en la revista *Temas Socio-Jurídicos*, número 58, de junio de 2010.

Este segundo informe, corresponde al Tercer período, la República liberal, que se inicia con el gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo y la reforma constitucional de 1936, se caracteriza por la interpretación judicial de las normas que regularon la acción de investigación de la paternidad de los hijos naturales, el reconocimiento de la existencia de sociedades de hecho entre concubinos, el establecimiento de las relaciones de igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales y la constitución de las uniones maritales de hecho y sus efectos patrimoniales.

Desde la perspectiva hermenéutica se caracteriza por el uso frecuente del método sistemático y la incorporación de algunos elementos teleológicos, como la auscultación del “**interés social**” en algunas decisiones.

El cuarto, que ha sido de desarrollo jurisprudencial de los principios y valores de la Constitución Política de 1991, se caracteriza por la irradiación de estos al Derecho de Familia, modificando conceptos fundamentales que tradicionalmente lo habían inspirado para incorporar de manera efectiva el derecho a la igualdad en el seno de la institución familiar y los postulados de protección a la familia, la infancia y a los menores de edad, se publicará en el tercer informe.

Desde el punto de vista de la interpretación jurídica se destaca la utilización del método teleológico-sociológico, y la creciente utilización de las técnicas de la ponderación, la proporcionalidad y los **test de igualdad**, y el traslado del peso gravitatorio de los precedentes judiciales a la Corte Constitucional, bien sea en el ejercicio del control de constitucionalidad a la legislación pre y post constitucional, y de la jurisdicción de tutela.

IV.- CONCLUSIONES

Como efecto de la instauración de la llamada segunda república liberal, o la “**Revolución en Marcha**”, con el acceso al gobierno del presidente Alfonso López Pumarejo, se produjeron cambios normativos de orden constitucional y legal, que permitieron, aunque lentamente, la mutación de la jurisprudencia en materia matrimonial, con la plena restauración del matrimonio civil y del divorcio, así como la relativa a la acción de filiación de los hijos extramatrimoniales y al reconocimiento de efectos patrimoniales de las uniones libres, bajo el concepto de la Sociedad de Hecho entre concubinos.

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, por el efecto de irradiación de los Principios y Valores Constitucionales, la legislación sobre la familia

en Colombia ha visto un cambio esencial de sus estructuras en la perspectiva de garantizar el derecho a la igualdad, en especial en lo relativo a la de géneros y el reconocimiento de los derechos de la infancia y de los menores de edad, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, han venido asumiendo y decantando a través de sus precedentes jurisprudenciales.

Los institutos jurídicos del Derecho de Familia se han visto impactados por el mandato constitucional de igualdad de las formas matrimoniales civiles, religiosas y de hecho, la asunción de la plena soberanía del Estado para determinar la cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos, la incorporación de la prueba genética en los procesos de filiación, y el reconocimiento de efectos extrapatrimoniales y patrimoniales a las relaciones homosexuales.

Estos cambios conceptuales han implicado el desarrollo y aplicación de nuevos instrumentos hermenéuticos, vinculados a la interpretación teleológica y sociológica, que se imponen tanto al juez constitucional y al juez de la jurisdicción ordinaria como valiosas herramientas que potencian su arsenal jurídico, pero que es necesario armonizar con los viejos cánones, estructurando líneas jurisprudenciales y precedentes, para todos y cada uno de los institutos del Derecho de Familia, a fin de poder otorgar seguridad jurídica a la sociedad.

V.- BIBLIOGRAFÍA

En el desarrollo de la investigación se ha utilizado la siguiente bibliografía básica:

ALEXY, Robert. Derechos sociales y ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, páginas 45 a 106.

ANGARITA, Manuel José. Defensa del derecho de propiedad, o de los legítimos intereses, de los pueblos del Tolima y Cundinamarca, lesionados por el monopolio de la renta de licores, Bogotá; Código Judicial de la República de Colombia y leyes adicionales, Bogotá, 1904; Códigos de organización judicial de la nación y leyes adicionales concordadas y comentadas, 1891; Codificación nacional de la República de Colombia, 1890; Código Civil Nacional concordado y leyes adicionales, la Ley 57 de 1887, Bogotá, 1888.

ARCHILA, José Antonio. *Justicia Administrativa*.

ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, Sección Colonia, Asuntos Civiles-Cundinamarca.

BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang; Sobre la situación de la dogmática de los Derechos Fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental, en Escritos sobre Derechos Fundamentales; Baden-Baden, Nomos, Verlagsgesellschaft, 1993.

BELLO Andrés, Código Civil para la República de Chile, Obras Completas. Caracas. 1998.

CARDOZO, Benjamin Nathan; The Growth of de Law, New Have, London, Oxford, 1924, Law in Justice (1932).

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN- Libro de Leyes Federales (BGB), editorial BOSCH, Barcelona, 1955.

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN- Libro de Leyes Federales (BGB), editorial BOSCH, Barcelona, 1955. Párrafo SS 826.

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, Editorial Temis, Bogotá, 1990.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE VÉLEZ, (Primera) 1853, Biblioteca Nacional, Bogotá, Miscelánea, 171, pieza 8.

CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA; Ariel Derecho, Barcelona, 1997, páginas 3 a 41. Artículo 5º, numeral 1, frase 1.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencias.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Antología de Jurisprudencia, Corte Suprema de Justicia, Bogotá, 2006.

De VITTORIA, Francisco; Releccción sobre la templanza o el uso de las comidas & Fragmento sobre si es lícito guerrear a los pueblos que comen carnes humanas o que usan víctimas humanas en los sacrificios. Grupo de traducción de Latín, Estudios interdisciplinarios sobre la Conquista y la Colonia de América, Universidad de los Andes, Bogotá, 1987.

DIARIO OFICIAL.

ESCRICHE MARTÍN, Joaquín, *Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia, 4 volúmenes, 701 páginas, París, 1831.*

Manual del abogado americano, dos tomos en francés; la edición en castellano realizada en Madrid en 1839, se denominó Manual del abogado o elementos del derecho español, fue reimpresso en 1856.

Elementos de derecho patrio; Madrid, 1838, imprenta de Juan Redondo Calleja, 399 páginas, reeditado en Madrid en 1840 y en 1846.

FAVOREAU, Louis. Legalidad y Constitucionalidad, La Constitucionalización del Derecho, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2000.

FORSTHOFF Ernst; El Estado de la sociedad industrial; Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, página 225.

FRIEDE, Juan; Fuentes Documentales para la historia del Nuevo Reino de Granada, desde la instalación de la Real Audiencia de Santafé; Biblioteca del Banco Popular, tomos VII y VIII, Bogotá, 1976.

GACETA JUDICIAL, Corte Suprema de Justicia.

GUASTINI, Ricardo; Distinguiendo, Estudios de Teoría y metodología del Derecho; Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.

GUASTINI, Ricardo; Distinguiendo, Estudios de Teoría y metodología del Derecho; Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.

HÄBERLE, Peter. Las jurisdicciones constitucionales en su fase actual de desarrollo; UNED, Teoría y realidad constitucional, número 14, 2º semestre 2004.

HABERMAS, Jürgen; Facticidad y Validez, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

HESSE Konrad; Derecho constitucional y derecho privado, Civitas, Madrid, 1995.

LEY FUNDAMENTAL para la REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA del 8 de mayo, promulgada el 23 de mayo de 1949.

LÓPEZ GUERRA, Luis, Las Sentencias básicas del Tribunal Constitucional, CEPC, Madrid, 1998.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín; Tratado de Derecho Civil, T. I. Perrot, página 141.

MAYORGA GARCÍA, Fernando; La Audiencia de Santafé en los siglos XVI Y XVII; Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1991.

PÉREZ, Frsancisco de Paula, derecho Constitucional. Derecho Constitucional Colombiano, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana 1992; Estudios Constitucionales, Bogotá, Editorial Centro, 1936.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, George; Tratado elemental de Derecho Civil, Tomo II, página 129.

REAL AUDIENCIA DE SANTA FÉ, en el Nuevo Reino de Granada; Libros de Acuerdos Públicos y Privados; Bogotá, tipografía Colon, casa editorial, 1938.

RODRÍGUEZ FREILE, Juan. El Carnero, según el manuscrito de Yerbabuena.; Instituto Caro y Cuervo, Bogotá, 1984, y edición de don Felipe Pérez, en 1859, en la imprenta de Pizano y Pérez, en Bogotá, con 252 páginas.

RODRÍGUEZ PIÑEREZ, Eduardo; Tratado de *Derecho Civil Colombiano*, Tomo I y Tomo II, Biblioteca jurídica Diké. Medellín. 1990; *Derecho Español*; y *Derecho Usual*, Bogotá, 1973; *Estudio sobre el secreto profesional*, Temis, Bogotá, 1980; *Comentarios al Código Civil y leyes vigentes que lo adicionan y reforman*, Bogotá, 1940; *El Olimpo Radical*, Bogotá, 1950; *La Vida de Castillo y Rada Bogotá, 1949 y Táctica Parlamentaria*, Librería El Carnero, Bogotá.

ROJAS GÓMEZ, Roberto, en *La Esclavitud en Colombia*, Boletín de Historia y Antigüedades, Academia Nacional de Historia, Año XIV, número 168, mayo de 1925.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, Cincuenta años de Jurisprudencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Konrad Adenauer- Stiftung, Bogotá, 2003.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

VILLEGAS DEL CASTILLO, Carolina. *Del Hogar a los Juzgados: reclamos familiares ante la Real Audiencia de Santa fé a finales del período colonial (1800-1809)*, Historia Crítica, N°. 31, Enero-Junio de 2006, páginas 101 a 120, página 108.

VI.- EXPOSICIÓN

Superada la fase de indagación del fenómeno objeto de investigación, es preciso desarrollar su exposición, lo cual se hará en tres publicaciones que contienen los productos o resultados de la investigación.

La primera de ellas, se realizó bajo la denominación de **“El principio de irradiación de los valores en la jurisprudencia de la Colonia y la República”**, en la revista *Temas Socio-Jurídicos* número 58; en este segundo informe se presentan y exponen las conclusiones relativas a los siguientes temas:

V.- La República liberal y la familia

5.1. La **“Revolución en marcha”** y los hijos naturales

5.2. El concubinato

5.4. La Unión Marital de Hecho (UMH)

La tercera de ellas, se realizará bajo la denominación de **“El principio de irradiación de los valores en el Estado Social de Derecho”** a cuyo efecto se presentan y exponen las conclusiones relativas a los siguientes temas:

VI- El Estado Social de Derecho, la Constitución de 1991 y su irradiación en el derecho de familia

6.1. La Irradiación en la Corte Suprema de Justicia.

6.2. La Irradiación en la Corte Constitucional

V.- LA REPÚBLICA LIBERAL Y LA FAMILIA

La legislación nacional, hasta la mitad del siglo XX, mantuvo la desigualdad entre los hijos, diferenciándolos por la condición marital de sus padres al momento de la concepción y del nacimiento, para designarlos como hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y no reconocidos, y los hijos de punible y dañado ayuntamiento, esto es, los adulterinos e incestuosos.

Los hijos naturales debían ser reconocidos por el padre, bien fuese mediante reconocimiento voluntario y solemne en instrumento notarial, por acto testamentario, o forzosamente mediante acción de investigación en virtud de acción establecida en los artículos 310 a 313 del Código Civil.

No obstante la inicial libertad para la investigación de la paternidad, con efectos jurídicos limitados al deber de cuidado y ayuda de crianza y a prodigar educación primaria hasta la obtención de profesión u oficio, la Ley 153 de 1887 derogó los artículos 333 y 334 del Código Civil, en detrimento de la protección legal a los hijos adulterinos e incestuosos, y eliminó la acción de investigación de la paternidad a todos los hijos de uniones ilegales.

Así mismo, la Ley 153 de 1887 plagó de hostilidad el acto de reconocimiento voluntario de la paternidad natural, señalando que debía hacerse por instrumento público o acto testamentario, incorporando el requisito de aceptación o repudiación del reconocimiento por parte del hijo, y la posibilidad de que cualquier persona que probara interés actual, pudiese impugnar el reconocimiento, así como limitándolos al cuidado personal y a la atención de gastos y a la educación primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio.

Posteriormente, la Ley 95 de 1890, en su artículo 7º estableció la presunción de reconocimiento materno, como hijos naturales, de aquellos concebidos por mujeres viudas o solteras, con efectos exclusivos en la filiación materna.

En la sentencia del 16 de julio de 1908, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la revocación del acto testamentario no afectaba el reconocimiento del hijo natural que se hubiese verificado en el instrumento revocado, ya que si bien el testamento es un acto de disposición de bienes, que por su esencia es revocable, la revocación del mismo no afecta el reconocimiento del hijo natural, que constituye un acto atinente al estado civil, que es por su naturaleza irrevocable, y que no cambia en razón al acto que lo contiene :

“La esencia del estado civil se halla propiamente en ser irrevocable. Y si es irrevocable para el legislador, que no quiere ni puede producir perturbaciones en la constitución de la familia, que es un asunto cardinal de orden público y de seguridad social, no puede admitirse la consecuencia, verdaderamente extraordinaria, que en este punto

otorga más poderes al padre que sigue la ley que al legislador que la establece”³.

Para la Corte, con fundamento en la Ley 153 de 1887, artículo 56, el reconocimiento del hijo natural es una confesión que se consigna con ciertas solemnidades, bien sea por escritura pública o acto testamentario, esto es, en forma solemne; pero una vez hecha, es irrevocable.

5.1 LA REVOLUCIÓN EN MARCHA Y LOS HIJOS NATURALES

La reforma constitucional de 1936 insufló los nuevos aires de la “*Revolución en marcha*”⁴ a la legislación y a la jurisprudencia nacional; en desarrollo de ella se expidió la Ley 45 de 1936, que marcará un hito en la investigación y declaración judicial de la paternidad natural, instituto jurídico en cuyo análisis profundizaría la Corte Suprema de Justicia en memorable sentencia del 26 de abril de 1940, en la cual la Corporación realizó un balance del estado de la cuestión y de los futuros desarrollos de las acciones de filiación.

Los eventos en que procedería la acción de investigación de la paternidad natural, y había lugar a declararla judicialmente, conforme a la Ley 45 de 1936⁵, eran los siguientes:

- 1°) En los casos de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.
- 2°) En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.
- 3°) Cuando el pretendido padre hubiere hecho confesión inequívoca de paternidad mediante documento escrito.
- 4°) La existencia de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre, en la época en que se presume la concepción, conforme al artículo 92 del Código Civil.

Las relaciones pueden inferirse del trato personal y social entre el presunto padre y la madre, apreciado dentro según las circunstancias, antecedentes, naturaleza, intimidad y continuidad.

- 5°) Si existen hechos indicativos de la paternidad, derivados del trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y el parto,

3 CORTE CONSTITUCIONAL, *Gaceta Judicial XVIII-342*, sentencia del 18 de julio de 1908, en Antología Jurisprudencial, Op. Cit. Página 16.

4 La “*Revolución en marcha*”, fue la consigna programática del gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo, que se tradujo en la reforma constitucional de 1936, que impuso límites al *Ius abutendi* del derecho de propiedad, al introducir el concepto de función social de la propiedad, desarrollado en materia legal en la Ley 200 de 1936 sobre régimen de tierras; en materia de filiación se expidió la Ley 45 de 1936. Este programa de corte liberal democrático impulsó importantes desarrollos jurisprudenciales al interior en la Corte Suprema de Justicia.

5 Ley 45 de 1936, artículo 4°: “Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente... (...)”

apreciado dentro según las circunstancias, antecedentes, naturaleza, intimidad y continuidad.

6°) Cuando se acredite la posesión notoria del estado civil de hijo.

La ley no determinó de manera expresa un plazo preclusivo para el ejercicio de la acción de investigación, razón por la cual la Corte procedió a ejercer la actividad intelectual de la norma para deducir que no era posible ejercitarla después de la muerte del presunto padre, hecho que ella toma como una determinación **“tácita o implícita”** de la causa de extinción de la acción, a cuyo efecto cita como fuentes aplicables las disposiciones de los artículos 401, 403, y 404 del Código Civil, sobre legítimo contradictor y la representación del legítimo contradictor, por remisión expresa del artículo 7° de la Ley 45 de 1936⁶.

Para la Corte, que se decanta por una interpretación exegética de las normas, en toda causa en que esté comprometida la paternidad, siempre deberá intervenir el padre forzosamente, so pena de nulidad, a cuyo efecto aduce:

“La Ley 45, que viene a reglamentar la filiación sobre nuevos postulados de justicia social, estimó darles estricta y obligatoria aplicación en controversias de esta última naturaleza, ningún recurso de sana lógica puede ofrecer otra interpretación, distinta a la que son obligatoriamente aplicables al caso de autos; en consecuencia, siempre que en una cuestión esté comprometida la paternidad del hijo natural, deberá el padre intervenir, so pena de nulidad.”⁷

Estimó la Corte, que en el caso de la acción de filiación, la Ley 45 de 1936, estableció una excepción al principio general de derecho procesal, de que en todo proceso puede intervenir todo el que tenga interés jurídico en los resultados judiciales de la acción, aduciendo que dicha excepción se halla avalada por los textos de los artículos 403 y 404 del Código Civil; por tanto, en los procesos de filiación, sólo contra el padre debe dirigirse la demanda e iniciarse cuando menos el litigio **“sin que el más ilustrado y generoso criterio jurisprudencial pueda**

6 Ley 45 de 1936, artículo 7°: *“Las reglas de los artículos 395, 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil, se aplican también al caso de la filiación natural.”*

Artículo 401 del Código Civil: *“El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, no solo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los derechos que dicha legitimidad acarrea.*

La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna.”

Artículo 403 del Código Civil: *“Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de paternidad es el padre tras la madre o la madre contra el hijo. Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad.”*

Artículo 404 del Código Civil: *“Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos, que, citados, no comparecieron.”*

7 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Gaceta Judicial XLIX-43*; Op. Cit, página 308.

modificar la interpretación y alcance de estos textos legales (...); sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad y que los herederos únicamente representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia.⁸

En fase de argumentación la Corte aduce que si bien la Ley 45 de 1936, procura la protección de la progeñe extramatrimonial, esta no puede convertirse en una amenaza constante contra la familia **“otorgándole a los aspirantes temerarios de herencias un instrumento eficaz para perturbar el ritmo de los hogares, cuando una vez fallecido el presunto padre, se hace más difícil y expuesta a errores la investigación de la paternidad.”**⁹

De contera, la Corte introduce elementos ideológicos que, pese a los **“nuevos aires normativos”**, y al salvamento de voto de sus magistrados **“progresistas”**¹⁰ marcarán la impronta de su jurisprudencia en torno al derecho de familia, hasta la expedición de la Constitución Política de 1991.

Al respecto dijo la Corte Suprema de Justicia:

“En las uniones libres en donde no se presume legalmente la fidelidad de la mujer y que no son permanentes por su naturaleza, y esto es lo que distingue al matrimonio del concubinato, según apuntan los autores, el fruto de aquellas no puede adquirir el estado civil de hijo natural por presunción que ampare esa unión, sino que es preciso por medio de pruebas adecuadas, convertir el estado civil o situación irregular o anormal, que esa sí se presume, en un estado civil regular, el de hijo natural, el cual pasa, en ese caso, a un estado civil constituido, dejando cuando eso suceda su condición de hijo ilegítimo.”¹¹

En este acápite, la mayoría conservadora de la Corte, incidentalmente constituida, despliega su arsenal de prejuicios contra las uniones matrimoniales de hecho, ¡basados en el argumento de autoridad de unos autores que por demás no identifica!

Afirma adicionalmente la Corte que las acciones del estado civil son de carácter estrictamente personal, que terminan con la muerte de la persona y, por tanto, no son transmisibles, así como que ellas tienen efectos tanto patrimoniales como extramatrimoniales, a tal punto que pueden generar impedimentos matrimoniales ; y que respecto a aquellos, si bien **“el padre está obligado a alimentar, corregir y**

8 *Ibidem*, página 309.

9 *Ibidem*, página 310.

10 La decisión de la sentencia que requirió la participación de dos conjucees, fue tomada por la mayoría conformada por los magistrados Liborio Escallón, Fulgencio Lequerica Vélez, Víctor Cock (Conjuez), y Carlos Arturo Torres Pinzón (Conjuez); salvaron el voto los magistrados Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta, y Juan Francisco Mújica.

11 *Ibidem*, página 312.

educar a estos (a los hijos), no está obligado a dejarles bienes que formen luego la masa herencial.”¹²

A manera de conclusión, la Corte invoca razones éticas y motivos de orden público **“de orden superior estrictamente vinculadas a la tranquilidad familiar y a la buena organización social”¹³**, para sustentar su tesis de que la acción de investigación de la paternidad fenece con la muerte del padre presunto, o con la del hijo pretensor.

El la sentencia del 31 de mayo de 1944, la Corte estudió el tema del reconocimiento como hijos naturales de los antes llamados hijos adulterinos, con fundamento en el artículo 1º de la Ley 45 de 1936 a cuyo efecto despacha una andanada contra las mujeres casadas que conciben de hombre distinto al marido: **“El hecho de que una mujer casada conciba de otro hombre, aunque constituye un acto esencialmente inmoral, no es óbice para que el fruto de esa unión irregular sea reconocido como natural por el padre...”¹⁴**

A tal efecto, no basta el reconocimiento del padre, sino que es preciso desvirtuar mediante sentencia judicial la presunción *pater est is quem nuptiae demonstrant*, para poder destruir la presunción de hijo legítimo que acompaña y favorece al hijo de la mujer casada; por ello, se requiere tanto la sentencia que determine la destrucción de la presunción de la paternidad legítima, como el acto de reconocimiento de la paternidad natural; al respecto dijo la Corte:

“La misma redacción gramatical del inciso 1º de tal artículo (3º de la Ley 45 de 1936¹⁵) convence de lo anterior por cuanto la expresión “que el marido lo desconozca” no es una construcción o locución de ante-presente, equivalente a la que es propia de este tiempo verbal “haya desconocido” sino que se refiere al tiempo pasado, al presente y al futuro. Lo que se necesita es que exista ese desconocimiento y la sentencia que así lo declare.”¹⁶

5.2. EL CONCUBINATO

Uno de los institutos jurídicos respecto de los cuales la Corte Suprema de Justicia se mostró más recelosa, fue el llamado **“concubinato”**, al cual a pesar de haberse suprimido por el Decreto 2300 de 1936, constitutivo del Código Penal de 1936, la ilicitud penal, en su doctrina ella mantuvo la percepción de ilicitud civil, al

12 Ibidem, página 313.

13 Ibidem, página 324.

14 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Gaceta Judicial* LVII-385, en Antología Jurisprudencial; Op., Cit. Página 351.

15 Ley 45 de 1936, artículo 3º, “El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo. Prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural, cuando se atribuye a una mujer casada, salvo en el caso final del inciso anterior.”

16 Ibidem, página 352.

considerarlo como un peligro para la institución matrimonial, a cuyo efecto siguió desconociéndole todo atisbo de efecto patrimonial.

Múltiples prejuicios militaban contra el concubinato, desde el supuesto ataque al modelo de familia cristiana, hasta ser fuente del mestizaje de las razas negra, hispánica e indígena que era considerado como un factor de su degeneración.

El concubinato se constituye por el intercambio heterosexual estable, y con permanencia temporal, con fines similares a los del matrimonio, bien sea de manera pública o discreta; su raíz etimológica “**cumcubare**” *lo relaciona con la comunidad de lecho*, mientras que el Diccionario de la Real Academia Española dice que “**concubina**” es la “**manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si fuera su marido.**”¹⁷

Don Joaquín Escriche, jurisconsulto muy acogido en nuestro medio judicial, en especial por la Corte Suprema de Justicia, al respecto dice:

“Concubinato: La comunión o trato de un hombre con su concubina. El concubinato es mirado como contrario a la naturaleza del cristianismo, a las buenas costumbres y al interés del Estado; pero la debilidad humana parece disminuye a los ojos de los hombres la gravedad de este pecado; y en las grandes ciudades no se hacen muchas diligencias para estorbar este trato ilícito, ya por los disfraces con que suele cubrirse, ya por evitar otros males mayores, cuales son los raptos y adulterios, que de este modo serán menos frecuentes. Hablo del concubinato entre personas libres o solteras, pues el de las otras es castigado con cierta severidad, y aún debe serlo también el de aquellas, como puede verse en la palabra *Amancebados*.”¹⁸

Y sobre el “**amancebamiento**” el jurista español señala que consiste en “**el trato ilícito y continuado entre hombre y mujer**”¹⁹ y explica las penas que se establecieron contra este tanto en Las Partidas como en la Novísima Recopilación, como la pérdida por el hombre de la mitad de sus bienes a favor del fisco, si la manceba es casada, o si el hombre vive con la manceba abandonando a su mujer.

Sin embargo, para propiciar la redención de la manceba de un hombre casado, se establecía la pérdida de la quinta parte de los bienes del hombre, hasta la cantidad de diez mil maravedíes, por cada vez que este se hallare con la mujer, los cuales se depositaban en poder de uno de los parientes de la manceba, para que los custodiara y los entregara a ella, si dentro del término de un año se casaba, o entraba a monasterio, o hace vida honesta; en caso contrario se repartían entre el fisco y el acusador.

17 DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

18 ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia; editorial Temis, Bogotá, 1977, tomo II, página 183.

19 *Ibidem*, tomo I, página 294.

Si el amancebado era un clérigo se le aplicaban las penas canónicas, y a la manceba se le aplicaba pena de prisión y al pago de ocho onzas de plata, y al destierro por un año del pueblo, la primera vez, a la segunda, a ocho onzas de plata y a destierro por dos años; a la tercera vez, ocho onzas de plata, cien azotes y otro año de destierro.

El amancebamiento público entre hombre y mujer solteros, prohibido por la Iglesia como pecado mortal, era inicialmente tolerado por las autoridades civiles, para evitar mayores males, pero por Real orden del 22 de febrero de 1815, se ordenó castigarlo junto con las separaciones voluntarias de los matrimonios y la vida licenciosa de los cónyuges, encargando a los jueces y tribunales el puntual cumplimiento de dichas ordenes, disponiendo como sanciones penas pecuniarias, reclusión en hospicios o casas de corrección y el servicio de las armas, según las circunstancias.²⁰

El Código Civil de la Unión, expedido por Ley del 26 de mayo de 1873 adoptado luego por la República Unitaria, mediante la Ley 57 de 1885 en su Artículo 329 dijo que **“era concubina la mujer que viviera con un hombre públicamente como si fueran casados, siempre que uno y otro estuvieren solteros o fueren viudos”**²¹; posteriormente, en la Ley 153 expedida el 15 de agosto de 1887, distinguió entre el **“concubinato adulterino y el incestuoso”**

La Ley 19 del 18 de octubre de 1890, que configura el llamado Código Penal del 90”, había establecido como delitos **“el amancebamiento del marido y el adulterio de la mujer”**, y en su Artículo 451 definió el amancebamiento como **“el hecho de que dos personas de diferente sexo, sin ser casadas, hicieran vida como tales, en una misma casa y de manera pública y escandalosa”**²².

Ante la persistencia de la institución, y la innegable concurrencia del tráfico sexual con el tráfico económico entre los llamados **“concubinos”**, tíbiamente la Corporación empezó a aceptar que sus actividades económicas podían generar sociedades de hecho, que era preciso reconocer, lo cual ella hizo por vía de la acotación de sus efectos; así dijo la Corte que como **“el concubinato no crea por sí sólo comunidad de bienes”**²³, para que una sociedad de hecho creada entre concubinos pueda reconocerse, es necesario que concurren dos circunstancias adicionales:

- 1º) Que no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuera así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón a su móvil determinante; y
- 2º) Que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar

20 *Ibidem*, página 295.

21 CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, artículo 329.

22 CÓDIGO PENAL DE 1890, artículo 451.

23 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Gaceta Judicial XLII- 476*, sentencia el 30 de noviembre de 1935, Antología Jurisprudencial, Op. Cit. Página 98.

beneficios, de lo que es el simple resultado de la común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro, o de ambos.²⁴

El llamado gobierno de la **“Revolución en marcha”**, mediante Ley del 21 de febrero del 1936, despenalizó el concubinato y el amancebamiento, al promulgar la Ley 95 del 24 de abril de 1936, que configuró el Código Penal del 36, el cual comenzó a regir el primero de enero del año 1938.

No obstante haber desaparecido de la tipificación penal, y de que las normas de seguridad social empezaron a otorgarle algunos efectos a la institución del concubinato, como aconteció con la Ley 90 de 1946²⁵, que le otorgó derecho a la concubina para ser beneficiaria de prestaciones e indemnizaciones en caso de que su concubino muriese, siempre y cuando ambos concubinos fuesen solteros y pudiesen contraer nupcias²⁶, esta seguía siendo mirada con recelo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En sentencia del 7 de febrero de 1990, la Corporación precisó su doctrina sobre la llamada **“Sociedad de hecho entre concubinos”** desde la perspectiva del reconocimiento de los Derechos de las Concubinas, a cuyo efecto señaló que **“en Colombia, si bien se han reconocido a la concubina, en su calidad de tal, ciertos y determinados derechos – sobre todo en el campo de la seguridad social-, esos derechos, en lo que respecta a una sociedad de bienes creada o surgida a raíz de la sola convivencia *more uxorio* extramatrimonial no existen.”**²⁷

Sostiene la Corte que la extensión de los derechos de la sociedad conyugal al concubinato, está prohibida por el artículo 208²⁸ del Código Civil, cuando proscribe las sociedades a título universal, tanto de bienes presentes y venideros o de ganancias, excepto entre cónyuges.

No obstante, por vía de jurisprudencia y por razones de equidad se fue abriendo paso a la llamada **“sociedad de hecho entre concubinos”**, pero advirtiendo que

24 *Ibidem*, Op. Cit. Página 99.

25 El Decreto 2623 de 1950, y los Decretos 2663 y 3743 de 1950, adoptados por la Ley 141 de 1961 como Código Sustantivo del Trabajo, hicieron ciertos reconocimientos a los hijos naturales con el fin de que estos heredaran algunas prestaciones pertinentes a su padre, y para facilitarlos permitieron la inscripción de compañera o concubina a la seguridad social, lo que fue refrendado en la Ley 12 de diciembre de 1975, en su Art. 1º al establecer derechos legales de la concubina, en materia de prestaciones sociales.

26 Ley 90 de 1946.

27 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Gaceta Judicial CC-29, sentencia del 7 de febrero de 1990; en Antología Jurisprudencial.

28 CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, artículo 208: “Se prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes o venideros o de unos u otros. Se prohíbe así mismo, toda sociedad de ganancias a título universal, excepto entre cónyuges. Podrán, con todo, ponerse en sociedad cuantos bienes se quiera especificándolos.” Ésta norma fue derogada por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995.

ella no surge de la mera cohabitación, sino del aporte de bienes y de la recíproca colaboración de la pareja en una actividad económica, con un propósito común y que este aporte podía consistir en la propia actividad laboral.

Por tanto, según la Corte Suprema de Justicia, el concubinato por sí solo no hace surgir sociedad de bienes, ni permite presumir su existencia, como tampoco la comunidad de bienes puede surgir con el propósito de mantener el concubinato, porque se haría palmaria la ilicitud de la causa en la sociedad.

Dijo la Corporación:

“A partir de la sentencia de 30 de noviembre de 1935 (XLI, 476) la Corte ha admitido que entre concubinos puede darse la existencia de una sociedad de hecho, de las que se forman en virtud de un consentimiento implícito...(…) es preciso que los constituyentes sean legalmente capaces, que presten su consentimiento, que les mueva una causa lícita y que su voluntad recaiga sobre un objeto lícito; y es menester que los asociados hagan aportes, que persigan beneficios, que ostenten *affectio societatis* e intención de repartirse las ganancias y las pérdidas.”²⁹

5.3. LA UNIÓN MARITAL DE HECHO (UMH)

La Ley 54 de 1990 se generó una mutación fundamental a las relaciones heterosexuales singulares con vocación de permanencia, afectando no sólo la denominación sino el contenido conceptual del anteriormente proscrito concubinato, para darle legitimidad jurídica y asimilar el vínculo de facto en sus efectos al matrimonio, bajo la denominación de Unión Marital de Hecho (UMH).

En sentencia del 10 de septiembre de 2003, la Corte señaló, al referirse al afianzamiento de los derechos de la familia extramatrimonial, que se inicia con esta ley, premonitoria de la acción del constituyente de 1991, que demoliendo prejuicios ancestrales, erradicó de

“un tajo todas aquellas denominaciones que aun cuando dibujaban etimológicamente lo que era la vida de una pareja sin casamiento, habían degenerado hacia lo peyorativo; prefirió que no se hablara más de concubinatos, ni de uniones libres, sino que se partiera llamándola Unión Marital de Hecho; y que la mujer allí involucrada no se denominara amante, concubina, manceba o barragana, sino compañera permanente...”³⁰

29 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Gaceta Judicial* CC-29, sentencia del 7 de febrero de 1990; en Antología Jurisprudencial; Op. Cit., página 51; la sala Civil, que profirió esta sentencia fue conformada por los magistrados Rafael Romero Sierra, José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

30 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 10 de septiembre de 2003, expediente 07603, Antología Jurisprudencial, tomo II, página 548.

Igualmente, en la Ley 54 se reconocieron efectos patrimoniales similares a los generados por sociedad conyugal, a la Unión Marital de Hecho que perdure por más de dos (2) años, siempre y cuando ambos cónyuges no tengan vigentes sociedad conyugal anterior, por haber sido disueltas y liquidadas, en caso de haber existido, “por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la Unión Marital de Hecho.”³¹

Al respecto la Corte expresó que:

“...Dentro de este contexto brota evidente que el legislador sabedor de muchas son las uniones de hechos que se integran con personas que son o han sido casadas con terceros, previó que no concurrieran dos sociedades patrimoniales, la conyugal que se conformó por razón del matrimonio anterior y la patrimonial entre compañeros permanentes: igualmente previó que si uno de los compañeros permanentes contrae matrimonio con persona distinta, se disuelve la sociedad marital patrimonial precedente. En ese orden de ideas, resulta perfectamente admisible, lógico y coherente pensar que el legislador no tuvo en mente dar cabida, en cambio, a la coexistencia de sociedades patrimoniales nacidas de la Unión Marital de Hecho...”³²

Para la Corte entonces, el legislador no permite que coexistan varias uniones maritales con efectos patrimoniales, por el hecho de haber aceptado la coexistiera de un matrimonio vigente con la Unión Marital de Hecho, ya que justamente estableció como presupuesto, que si existe un matrimonio vigente, la sociedad patrimonial generada por este, debe estar previamente disuelta y liquidada, con un año de antelación, al establecimiento de la Unión Marital de Hecho, que así mismo dispuso que el matrimonio posterior de uno de los compañeros permanentes extingue la sociedad patrimonial generada por la unión marital con un tercero, razón por la cual no se hace necesario un mandato legal expreso de prohibición de la simultaneidad de uniones maritales, ni de sus efectos patrimoniales consiguientes.

Según la Corte, cuando la ley demanda que los compañeros permanentes hagan una **“comunidad de vida permanente y singular (...) la permanencia toca con la duración firme, la constancia, la perseverancia y, sobre todo la estabilidad de la comunidad de vida, y excluye la que es meramente pasajera o casual...”**, que se concreta en un término de dos años de convivencia única, lo cual excluye que una persona pretenda mantener una pluralidad de uniones maritales de hecho.

La comunidad de vida singular que implica la exclusión de la coexistencia de múltiples uniones maritales de hecho de parte una misma persona, tiene por objeto impedir el surgimiento de los conflictos patrimoniales, con lo cual se garantiza la seguridad jurídica necesaria en la constitución de la familia, sea de derecho o de facto, librándola de incertidumbres, lo cual es indispensable para la existencia de la

31 Ley 54 de 1990, artículo 2°.

32 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 20 de septiembre de 2000, expediente 06117, Antología Jurisprudencial, tomo II, página 350.

unidad indisoluble del núcleo familiar, que demanda que **“la vida en pareja debe ser constante y continua por lo menos durante dos años, reflejando así la estabilidad que ya la Corte reconoció como aspecto fundamental de la relación, reduciendo a la condición de poco serias las uniones esporádicas o efímeras que no cumplen con tal requisito.”**³³

Dice la Corte que la Unión Marital de Hecho se hace acreedora de la protección estatal, en la medida que desarrolle el objetivo de la unidad familiar, y que ello depende de la estabilidad determinada por la **“convivencia plena, el respeto profundo entre sus miembros en aplicación de los mismos principios que redundan la vida matrimonial formalmente constituida, pues, como se indicó, se pretendió considerar esta unión como si lo único que faltara para participar de aquella categoría fuera el rito matrimonial que corresponda.”**³⁴

Posteriormente, en sentencia del 30 de octubre de 2000, la Corte Suprema de Justicia señaló que en el sistema jurídico colombiano coexisten como sociedades de hecho, la civil, la comercial y la proveniente de la unión marital de hecho, **“...cada una con presupuestos autónomos en el plano sustantivo como en el procesal.”**³⁵

Señala la Corte, que con antelación a la vigencia de la Ley 54 de 1990 la jurisprudencia reconoció la existencia de la sociedad de hecho ente concubinos, generada por el consentimiento recíproco de asociarse entre los concubinos, aunado al aporte económico para explotar una actividad lucrativa, tendente al reparto de utilidades, a cuyo efecto, la relación concubinaria era intrascendente, debiendo, por tanto, sólo comprobarse los presupuestos fácticos de la sociedad económica, lo cual se realiza ante los jueces civiles, por ser una relación de contenido eminentemente patrimonial.

Curiosamente, en esta providencia la Corte, al examinar la sociedad establecida por la Unión Marital de Hecho, vuelve a introducir en su argumentación el desueto concepto de **“concubinato”**, al señalar que al compañero permanente, para probar la existencia de la sociedad prevista en la ley 54 de 1990, ante los jueces de la jurisdicción de familia , **“le basta probar la prolongación de sus relaciones concubinarias en el tiempo para que se presuma la existencia de la sociedad patrimonial, supuesto que envuelve una situación sustancialmente diferente a la anterior.”**³⁶

Para la Corte, en esta providencia pródiga en retórica y con carencia de todo sentido pragmático, pretendiendo balancear el fardo de los prejuicios sobre las angustiosas colisiones entre la defenestrada concepción del concubinato con la nueva

33 Ibídem, página 361.

34 Ibídem, página 361.

35 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 30 de octubre de 2000, expediente 05830, Antología Jurisprudencial, tomo II, página 373.

36 Ibídem, página 374.

configuración de las uniones maritales, salió al paso a las tesis que propugnaban por declaración voluntaria, notarial, de la existencia de la Unión Marital de Hecho, o que esta se pudiese comprobar por confesión ficta, por incomparecencia a la audiencia de conciliación, como efecto establecido en los decretos 2651 de 1991 y en la ley 446 de 1998.

La Corte Suprema de Justicia, estableció entonces, que la declaración de la existencia de la sociedad generada por la Unión Marital de Hecho debe realizarse judicialmente en el **“proceso contencioso que es el escenario judicial donde se discute una controversia preexistente (...) orientado a conseguir ante todo la reconstrucción de la verdadera certidumbre histórica de los hechos debatidos. Objetivo que impone una actividad acuciante del fallador, quien, en estrictez jurídica, ha de mirar con interés extremo todo aquello que lo conduzca al haz luminoso de la realidad...”**³⁷

Para la Corte la Unión Marital de Hecho, surge de vínculos naturales, de una suma de comportamientos humanos plurales y retirados, sin solución de continuidad en el tiempo, como confirmación diaria de una actitud, surge del hecho no de un mero acuerdo, pero que de acuerdo con mandato expreso de la ley, demanda que si existen vínculos matrimoniales anteriores, que estos tengan disueltas y liquidadas las respectivas sociedades patrimoniales surgidas de dichos matrimonios; en su decir:

“La teleología de exigir, amén de la disolución, la liquidación de la sociedad conyugal, fue entonces rigurosamente económica o patrimonial: que quien entre a formar la unión marital llegue, no traiga consigo sociedad conyugal alguna; sólo puede llegar allí quien la tuvo, pero ya no, para que, de ese modo, el nuevo régimen económico de los compañeros permanentes nazca a solas.”³⁸

Para la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de la norma cuando exigió que estuvieran disueltas y liquidadas las sociedades conyugales preexistentes a la Unión Marital de Hecho, no es otra que la de impedir la concurrencia de sociedades, y que entonces, a ese efecto bastaba exigir la simple disolución y que la norma **“ al llegar hasta exigir en tales eventos la liquidación de la sociedad conyugal, sin ningún género de dudas fue a dar más allá de lo que era preciso para lograr la genuina finalidad que se propuso.”**³⁹

Consideró la Corte que la norma fue redactada de manera imperfecta, por cuanto excedió el propósito de impedir la coexistencia de sociedades, la conyugal y la patrimonial incorporando aparentemente algunos eventos en que la sociedad conyugal permanece se encuentra sin liquidar, a pesar de estar disuelta, como es el

37 *Ibidem*, página 375.

38 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 10 de septiembre de 2003, expediente 07603, Antología Jurisprudencial, tomo II, página 551.

39 *Ibidem*, página 552.

caso de los viudos, cuando a pesar o cuando existiendo matrimonio nulo, este no genera sociedad conyugal, como en el evento de los matrimonios nulos por existencia de vínculo matrimonial anterior al momento de su celebración.⁴⁰

Igualmente contempló la Corte, como generadoras de problemas jurídicos necesarios de resolver, las hipótesis en que pese a subsistir el vínculo matrimonial, la sociedad económica se encuentra disuelta e incluso liquidada, como en el evento de quienes se han separado de cuerpos y, o de bienes, a cuyo efecto propone realizar una **“interpretación racional y sistemática”** de la norma.

La corporación encontró que era indubitable que en el caso de los viudos, no era exigible la liquidación de la sociedad conyugal, disuelta de pleno derecho por la muerte del cónyuge, como precondition de la constitución de la Unión Marital de Hecho, porque la razón de la exigencia es impedir la multiplicidad de sociedades, y que no existiendo en este caso dicho riesgo, pues la prohibición se tornaría innecesaria.

Considera que lo que pone fin definitivamente a la sociedad conyugal es la disolución, momento en el cual se define su patrimonio, sus activos y pasivos; al decir de la Corte, **“cuando ocurre cualquiera de las causales legales de disolución la sociedad conyugal termina sin atenuantes”**⁴¹, por cuanto la liquidación consiste simplemente en la realización de las operaciones numéricas para determinar los gananciales o participaciones, esto es, para concretar los derechos abstractos de los cónyuges, generados por el hecho del matrimonio desde su celebración hasta su disolución, actividad a la cual por demás, la ley no le impone tiempo determinado **“en términos elípticos, liquidar lo que acabado está.”**⁴²

Realizadas las anteriores consideraciones, procede la Corte Suprema de Justicia a otorgar efecto de irradiación a los principios y valores ínsitos en el mandato constitucional del artículo 42 de la Carta, que reconoce en pleno pie de igualdad la constitución de la familia, bien que esta fuese mediante las formalidades legales o mediante lazos meramente naturales, por **“la voluntad libre y responsable de conformarla”**⁴³; para proceder a señalar, que el requisito de la liquidación de la sociedad conyugal, además de innecesario, colisiona con los principios y valores constitucionales, y se halla en contravía de la prevalencia de derecho sustancial, deviniendo en **“insubsistente”**, por virtud del poder reformatorio derogatorio que la Constitución tiene sobre la legislación preexistente, **“cuando ésta es claramente contraria a su letra y a su espíritu”** ya que no sería explicable que,

“...en un Estado edificado sobre el fin de garantizar un orden político, económico y social justos, se permita que los derechos de las personas que han cumplido con la quintaesencia de lo que es la Unión Marital de Hecho,

40 CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, artículo 140, numeral 12.

41 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 10 de septiembre de 2003, expediente 07603, Antología Jurisprudencial, tomo II, página 553.

42 *Ibidem*, página 553.

después de consagrados esfuerzos comunes para subvenir las necesidades familiares, incluida quizá la prole, se escapen, como azogue de entre los dedos, no más que por el prurito legal de algo que sobra como es la liquidación de una sociedad conyugal anterior; cuando menos sería un valladar que no guarda ninguna proporcionalidad, absolutamente desmesurado...”⁴⁴

Así entonces, la Corte Suprema de Justicia en aplicación de la prevalencia de la norma constitucional posterior, ínsita en el artículo 4° de la Carta y en desarrollo del artículo 9° de la ley 153 de 1887, procedió a “desechar como insubsistente”, el presupuesto de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente a la Unión Marital de Hecho, para impedir que por la ausencia de un mero tecnicismo legal, desaparezca el fruto del esfuerzo compartido.

5.3.1. LA UMH Y LA PREEXISTENCIA DE UN VÍNCULO MATRIMONIAL

En la sentencia del 2 de septiembre de 2005⁴⁵ la Corte Suprema de justicia aborda dos problemas jurídicos que se suscitan respecto a la Unión Marital de Hecho: el primero relativo a la preexistencia de un vínculo matrimonial anterior; el segundo al carácter supletivo de algunas de las disposiciones de la Ley 54 de 1990.

Para clarificar el alcance de las disposiciones de los artículos 1° y 2° de la norma en cuestión, la Corte plantea la tesis de que no podrá surgir la Unión Marital de Hecho ente compañeros permanentes, y menos presumirse el advenimiento de una sociedad patrimonial entre estos, mientras subsista un vínculo matrimonial, sin importar que este haya sido celebrado dentro o fuera del país.

Igualmente sostiene que es indiferente que el susodicho matrimonio hubiese generado o no sociedad conyugal, y que hubiere sido declarado nulo con posterioridad por existencia de un matrimonio anterior, y siendo por tanto indiferente que la sociedad conyugal del vínculo primigenio hubiese sido eventualmente disuelta y liquidada.

La Corte fundamenta su tesis en el inciso 1° de la Ley 54 de 1990⁴⁶, destacando los caracteres de heterosexualidad, esto es formada entre un hombre y una mujer, que se deriva de la norma constitucional del artículo 42 de la Carta política de 1991⁴⁷, y

43 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, artículo 42: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de conformarla.”

44 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 10 de septiembre de 2003, expediente 07603, Antología Jurisprudencial, tomo II, página 554.

45 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 2 de septiembre de 2005, expediente 07819, Antología Jurisprudencial, tomo II, página 683.

46 LEY 54 de 1990, artículo 1°: “... a partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.”

47 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, artículo 42, inciso 1°: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de conformarla.”

de convivencia de **“facto”** permanente y singular, esto es, sin que medie vínculo matrimonial, en una interpretación de corte exegético, con técnica gramatical, en acatamiento a la norma del artículo 27 del código civil⁴⁸, y reiterando decisiones precedentes contenidas en la sentencia del 25 de noviembre de 2004⁴⁹.

Para apuntalar su aserto, la Corte señala que a la misma conclusión se llegaría si el intérprete asumiese una intelección sistemática de la norma, con fundamento en el artículo 30⁵⁰, en procura de la debida correspondencia y armonía normativa.

En efecto, la corporación estima que en el numeral 1º la ley 54 de 1990 definió el instituto jurídico de la UMH, mientras que en el 2º dirigió su atención al tema patrimonial, **“consagrando una presunción legal de surgimiento de una sociedad de esa naturaleza entre los compañeros permanentes”**⁵¹, siempre que la UMH tuviese una duración no menor de dos (2) años, bien fuese que ente los compañeros no hubiese impedimento legal para casarse, o de existir impedimento por parte de uno o de ambos, la sociedad o sociedades conyugales hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos con un año de antelación al inicio de la Unión Marital de Hecho.

Para el tribunal de casación, el elemento común de los dos literales del artículo 2º de la norma, sobre los cuales se edifica la presunción de sociedad patrimonial de la UMH, los constituye el que **“exista la Unión Marital de Hecho entre la pareja, lo que implica, por ende, la inexistencia de matrimonio entre compañeros permanentes proclamada en el reseñado artículo primero.”**⁵²

Así entonces, en su criterio, no puede existir una superposición entre un matrimonio vigente y una hipotética sociedad de hecho, para hacer operar simultáneamente las reglas atinentes a los efectos patrimoniales del matrimonio, como las propias de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, ya que el propósito expreso del legislador, además de definir la institución de la UMH, se determinó que ellas sólo podían conformarse heterosexualmente, entre un hombre y una mujer, que no estuviesen casados entre sí; y precisa apelando a sus precedentes que **“si la pareja contrajo matrimonio, cualquiera que fuese su naturaleza, queda sustraída del régimen propio de las uniones maritales de hecho debiendo someterse, por tanto, a la regulación propia del derecho matrimonial...”**⁵³

48 CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, artículo 27 **“Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”**. La providencia indica el artículo 26 de la codificación civil, pero resulta evidente que se trata de un yerro en la cita.

49 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 25 de noviembre de 2004, Expe., 7291.

50 CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, artículo 20: **“El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.”**

51 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 2 de septiembre de 2005, expediente 07819, Antología Jurisprudencial, tomo II, página 683.

52 *Ibidem*, página 685.

53 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 25 de noviembre de 2004, expediente 7291, Antología Jurisprudencial, tomo II, página 686.

Igualmente aduce, que cuando el matrimonio entre la pareja es nulo, de conformidad con los artículos 148 a 151 del Código Civil,

“... mientras no se declare su invalidez, produce por regla general todos los efectos que le son propios, de modo que los contrayentes se reputan casados y son titulares de los mismos derechos y obligaciones y aquellos que no están afectados de vicio legal alguno, y no de manera aparente o artificial sino real y verdadera, y , de otro lado, porque la nulidad judicialmente declarada no produce efectos retroactivos de tal modo absolutos que pueda colegirse que se tiene por no celebrado(...) Mientras no se decrete judicialmente la nulidad, existe vínculo matrimonial y los contrayentes tienen la calidad de cónyuges y, obviamente, los derechos y obligaciones que la ley les impone.”⁵⁴

No obstante, después de desaparecido el vínculo matrimonial inicial entre los consortes, por virtud del divorcio o la declaración de nulidad, los mismos pueden establecerse como pareja, configurando una Unión Marital de Hecho que después de dos años, puede generar la sociedad patrimonial, a condición de que cumplan con los requisitos de la UMH, ya que para la Corporación la sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes, es una consecuencia presunta de la configuración de la Unión Marital de Hecho, y, por tanto, aquella no puede ni surgir ni existir al margen de ésta, en su decir, **“en el derecho colombiano es posible convenir, a manera de un contrato autónomo, (...) una sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes, pues dada la naturaleza de orden público que cabe predicar de la reseñada regla del artículo 1° de la ley 54 de 1990, ella escapa a la voluntad de los interesados.”⁵⁵**

Lo anterior no obsta para entender que algunas disposiciones de la ley 54 de 1990, no tienen la naturaleza de **“normas de orden público”**, y que varias son de orden privado, como aquellas atinentes a la sociedad patrimonial, que pueden modificarse de acuerdo con el régimen de las capitulaciones matrimoniales, pues estos aspectos sólo atañen al interés particular de los compañeros permanentes, por cuanto la presunción legal sobre la constitución de la sociedad patrimonial ente compañeros permanentes es desvirtuable, y, por tanto, **“es admisible algún tipo de convenio paritario e imparcial acorde con las finalidades de la ley y el mínimo de derecho que ésta reconoce a los compañeros permanentes...”⁵⁶**

Dado que existe remisión expresa a las normas del Libro IV, Título XXII, Capítulos I a IV del Código Civil, para efectos de la liquidación de la sociedad patrimonial ente compañeros permanentes, entre ellas los artículos 1771 a 1780, concernientes las capitulaciones matrimoniales, o “convenciones” celebradas entre los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes, para la Corte es aplicable una convención de esta naturaleza, en la cual se pacte un régimen de separación de

54 *Ibidem*, página 686.

55 *Ibidem*, página 688.

56 *Ibidem*, página 688.

bienes u otro distinto, ya que la presunción legal surge **“a falta de pacto escrito en contrario”**.

5.3.2 LOS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES EN LA UMH

En sentencia del 19 de diciembre de 2005, la Corte Suprema de Justicia, al estudiar el caso de una cohabitación sexual permanente entre padre e hija, señaló que si existieren impedimentos dirimentes para contraer matrimonio entre compañeros permanentes, excepto la de un matrimonio anterior con sociedad conyugal disuelta y liquidada, dentro del término legal, no podrá establecerse la Unión Marital de Hecho, por cuanto a ella se le aplican todas las demás prohibiciones nupciales.

Realiza la Corte una interpretación armónica y acude con la técnica histórica al examen del **“concubinato romano”** reglamentado por Octavio Augusto, en el cual para su reconocimiento se demandaba que fuera singular **“entre personas púberes, sin vínculo de parentesco de afinidad o consanguinidad que constituyera un impedimento matrimonial”**⁵⁷ y prohibía la unión entre parientes o entre personas casadas, las relaciones incestuosas, adulterinas o las surgidas del estupro o la violencia.

En el mismo sentido, acude a las normas castellanas sobre **“barraganía”** de las Siete Partidas, según las cuales los amancebados debían carecer de todo impedimento basado en la cognación o agnación que les impidiesen contraer matrimonio, con el objeto de evitar relaciones incestuosas, de lo cual colige que **“los precedentes históricos reseñados, ponen de relieve que la ausencia de impedimentos matrimoniales han sido contemplados en el devenir de los tiempos como un requisito necesario para la constitución del concubinatos, aserto que contribuye a justificar el discernimiento de la Ley 54 de 1990”**⁵⁸, por ella expuesto.

Para apuntalar su tesis, acude también a argumentar en técnica sistemática, para remitirse a los impedimentos matrimoniales, que según ella tienen por finalidad proteger a la familia, Así como su articulación con las normas penales que proscriben y sancionan las relaciones sexuales incestuosas con los ascendientes, los descendientes, los adoptantes, los adoptivos, con los hermanos, las hermanas.⁵⁹

Enfatiza la corporación al señalar que las relaciones sexuales endogámicas alteran el vínculo de pareja y el sistema filial, distorsionando los roles de padres e hijos, alteran las relaciones síquicas, afectivas y sexuales en la familia, generan riesgos genéticos a la prole, y que por tal motivo culturalmente, también han sido rechazadas, razón por la cual ella considera que una relación sexual incestuosa no

57 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 19 de diciembre de 2005, expediente 7756, Antología Jurisprudencial, tomo II, página 721.

58 *Ibidem*, página 722.

59 Vid. Ley 95 de 1936, artículo 357; Decreto 100 de 1980, artículo 259, y Ley 599 de 2000, artículo 237.)

genera sociedad patrimonial entre la pareja, por cuanto el ordenamiento no puede a la vez permitir y reprimir una conducta, ya que este reclama coherencia entre sus instituciones, para decir que cuando ello acontece, ni existe la Unión Marital de Hecho reglada por la Ley 54 de 1990, ni surge sociedad patrimonial; al efecto señala:

“Considera la Corte que la existencia de un vínculo de parentesco en los grados previstos por el legislador como causal de impedimento no solamente obsta el nacimiento de una sociedad patrimonial entre los amantes, sino, lo que es más tajante, impide que aflore entre ellos una Unión Marital de Hecho que merezca tutela legal.”⁶⁰

Precisa la Corte que si bien un matrimonio incestuoso sí genera sociedad conyugal, en virtud del mandato del artículo 1820, numeral 4 del Código Civil, no acontece lo mismo con la unión natural de hecho, ya que el matrimonio es un singular acto jurídico cuyos efectos se surten mientras no sea declarado nulo por decisión judicial, cuyos efectos no son retroactivos, por regla general, conforme lo dispone el artículo 148 del referido estatuto civil, situación esta que no es aplicable a una relación de facto como son las relaciones maritales extramatrimoniales, que no pueden asimilarse a las matrimoniales, y que **“esa es la razón por la cual el legislador buscó impedir de entrada la producción de efectos a las uniones afectadas por ese impedimento.”⁶¹**

5.3.3. LA RETROSPECTIVIDAD DE LA UMH

Con relación a los efectos de la aplicación de la Ley 54 de 1990 en el tiempo, la Corte sostuvo inicialmente la tesis de que ella no se puede aplicar a las uniones maritales que nacieron con anterioridad a su vigencia, y que por tal razón el tiempo establecido para presumir la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes debe computarse desde la fecha de promulgación de la ley, que lo fue el 31 de diciembre de de 1990, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.⁶²

La corporación, en sentencia del 28 de octubre de 2000, modificó su doctrina, para concluir que:

“...la Ley 54 de 1990 sí se aplica a las uniones maritales, que surgidas con anterioridad a su promulgación continuaron desarrollándose sin solución de continuidad durante su vigencia -no así para las que ya habían fenecido-, por manera que para los efectos de la conformación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, debe

60 Ibidem, página 724.

61 Ibidem, página 724.

62 Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencias de casación civil del 20 de abril de 2001, expediente número 5883; del 20 de marzo de 2003, expediente 6726 y del 9 de marzo de 2004, expediente número 6984.

tenerse en cuenta la totalidad del tiempo que ellos convivieron, incluido por supuesto el anterior al 31 de diciembre de 1990...”⁶³

El cambio de precedente se explica acudiendo al efecto de la irradiación que los principios y valores de la Constitución de 1991, en materia de la familia, generan en el ordenamiento jurídico, lo cual conlleva a extender la protección de la Ley 54 de 1990 a todas las uniones maritales, que venían desarrollándose desde antes de la vigencia de la Ley, aún las llamadas **“relaciones concubinarias”**.

Considera la Corte de casación, siguiendo el magisterio de la Corte Constitucional, que la Constitución,

“se aplica de manera inmediata y hacia el futuro, tanto a aquellos hechos que ocurran durante su vigencia, como a las situaciones en tránsito de ejecución. No así, por el contrario a aquellas situaciones jurídicas que de alguna doctrina prefiere denominar consolidadas y no simplemente concretas, como lo propuso en su momento Bonnescase.”⁶⁴

Por ello, la Corte Suprema cambia su anterior intelección de las disposiciones de la Ley 54 de 1990, en procura de proteger las familias de facto integradas con anterioridad a la expedición de la norma y que se preservaron con posterioridad a ella, para otorgarles el inmediato reconocimiento, en especial en lo relativo a los efectos patrimoniales.

Aduce también que en el caso de la Ley 54 de 1990 existió un interés general de brindar pronta y eficaz tutela a los derechos de cierto grupo de personas, que antes carecían de ella y por tal razón, se hace necesario reparar injusticias y llenar vacíos legales, lo que ha sido impulsado por la jurisprudencia de la Sala Civil que progresivamente fue abriendo espacios jurídicos a las familias de **“facto”** o extramatrimonial y a su prole, superando el viejo criterio de ilicitud, que sin fundamento se le endilgaba, por cuanto desde la expedición del Código Penal de 1936, el **“concubinato”** dejó de ser tipificado como conducta punible, y, por el contrario, la relación marital fáctica se tornó en una forma más de constituir familia en el seno social, al impulso de diversos factores, como **“... las tradiciones culturales, las dificultades para disolver los vínculos matrimoniales católicos, la ausencia durante largos años de legislación sobre el matrimonio civil, las transformaciones ideológicas y culturales surgidas respecto a los conceptos de pareja y familia.”⁶⁵**

63 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 28 de octubre de 2005, expediente 00591, Antología Jurisprudencial, tomo II, página 700.

64 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-014, del 21 de enero de 1993, magistrado ponente Ciro Angarita Barón.

65 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 28 de octubre de 2005, expediente 00591, Antología Jurisprudencial, tomo II, página 704, y sentencias del 10 de agosto de 1983, del 27 de junio de 2005.

Apuntala la Corte su argumentación, desde la perspectiva de la diacrónica, haciendo un análisis del paulatino proceso de reforma legal, que no sin retrocesos debió surtirse para que a la relación marital de facto le fuesen reconocidos efectos jurídicos **“como si de matrimonio se tratara”**; a tal efecto determina que en el Código Civil de la República unitaria, expedido el 15 de abril de 1887, en los artículos 328 y 329⁶⁶, la prole del llamado **“concubinato”** estaba protegida con la presunción de paternidad, similar a la de los hijos de la mujer casada, por ello, los hijos de una o una mujer que **“vivía públicamente con un hombre como si fueran casados”**, se reputaban hijos de este, siempre y cuando que uno y otro fuesen solteros o viudos.

Sin embargo, en la Ley 153 de 1887 el legislador bajo el control del régimen de la Regeneración reculó, para lanzar al ostracismo la familia surgida del concubinato, hasta cuando bajo los impulsos reformistas tibiamente introducidos primero en el derecho laboral se concedieron ciertos derechos la concubina, para que luego la jurisprudencia civil empezara a atisbar la fundamentación de una doctrina sobre la sociedad de hecho entre concubinos **“a condición, eso sí, de que la sociedad no hubiere tenido por móvil crear o fomentar la relación concubinaria.”**⁶⁷

Con fundamento la Ley 45 de 1936, la Ley 75 de 1968 y el Decreto 2820 de 1974, la jurisprudencia empieza a reconocer el fenómeno sociológico de la relación marital de hecho, pero sólo se atrevió a consagrar su plena eficacia, cuando el poder constituyente en 1991 estableció la plena igualdad de los efectos de las distintas formas matrimoniales, que pueden establecer un hombre y una mujer, esto es, la familia heterosexual, removiendo la expresión formal de voluntad como elemento constitutivo, para entender que ésta se puede expresar a través de **“una cadena de hechos”**, en su decir, **“La voluntad no es indispensable expresarla, va envuelta en los hechos: y aunque se ignorasen las consecuencias jurídicas, igual se gesta la figura, total es la suma de comportamientos humanos plurales y reiterados, sin solución de continuidad en el tiempo.”**⁶⁸

Para la Corte, si bien el matrimonio es fruto de la expresión de una voluntad formal y solemne, la unión marital lo es de los actos conscientes y reflexivos, constantes y prolongados, **“... es como la confirmación diaria de la actitud. Es un hecho, que no un acuerdo jurídico familiar”**⁶⁹, y eso, según ella, fue lo que vino a reconocer la Ley 54 de 1990, al otorgarle efectos de carácter patrimonial, al entender que junto con la relación biológica, afectiva y psicológica, ella también satisface las necesidades económicas de la familia así constituida, y que entonces, la consolidación económica

66 CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, artículo 328: “Los hijos de la concubina de un hombre serán tenidos como hijos de este, a menos que se compruebe que durante el tiempo que debió verificarse la concepción estuvo imposibilitado para tener acceso a la mujer.”

Artículo 329: “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.”

67 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 28 de octubre de 2005, expediente 00591, en Antología Jurisprudencial, página 703.

68 *Ibidem*, página 704.

69 *Ibidem*.

de ella, su propósito de permanencia inmersos en la comunidad de visa, no genera ilicitud sino todo lo contrario; es positiva para el orden social.

Así entonces, reconociendo que en la Ley 54 de 1990 subyacen consideraciones de orden público encaminadas a remediar una injusticia social y jurídica, no duda en mutar su doctrina, **“para evitar que tales injusticias se produzcan en el futuro sin que se eliminen las ya producidas: o en otros términos, que su aplicación comprenda las nuevas situaciones y las anteriores.”**⁷⁰

La Corte Suprema de Justicia, asume entonces, el nuevo rumbo trazado por la nueva Carta Política de 1991, en materia del reconocimiento de la familia natural y reconoce la urgencia de disciplinar la Unión Marital de Hecho, ahora reconocida no sólo por el legislador sino por el constituyente, y se decanta por una intelección teleológica de las normas jurídicas, para darle efecto inmediato y reconocer que el surgimiento tanto de las uniones maritales de hecho, como sus efectos patrimoniales, se producían desde el surgimiento de sus presupuestos fácticos, y no desde la entrada de vigencia de la ley 54 de 1990, por cuanto

“...diferir la solución de una injusticia ,cuando hay plena y confesada conciencia de su existencia y de sus devastadores consecuencias, es tanto como darle la espalda al genuino norte de la misión legislativa y judicial, esto es, la incesante búsqueda de la justicia, en claro apartamiento de la teleología que anima la hermenéutica contemporánea, muy alejada de la exégesis y de las interpretaciones meramente literales, de suyo pétreas y distantes de la realidad imperante, de suyo muy otra.”⁷¹

Redefine entonces la Corte su posición doctrinal, para señalar que con la Ley 54 de 1990 no sólo se eliminaron las denominaciones discriminatorias en la conformación de la familia, para crear una nueva institución, la Unión Marital del Hecho, sino que el efecto jurídico de dicha mutación conceptual y normativa también implicaba que reconocida la institución como un hecho, sus efectos jurídicos dimanaban del hecho y no de su reconocimiento.

Para ello, la Corte argumenta que no se trata de colisiones de normas en el tiempo, cuando una norma deroga la anterior, para hablar de efecto retroactivo o inmediato, como tampoco de colisiones de hechos, ni mucho menos de que existieren **“derechos adquiridos”** por cuanto antes de la entrada en vigencia de la ley 54 de 1990, la Unión Marital de Hecho no existía en el mundo del derecho, para ella, aquí se trata simplemente de que las situaciones jurídicas en curso, que venían desarrollándose con anterioridad a la promulgación de la nueva norma, continúan desarrollándose bajo su imperio; por ello, en su nueva doctrina la Ley 54 de 1990, es de vigencia inmediata, pero también es retrospectiva,

70 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 18 de Julio de 1956, *G.J. LXXXIII*, página 269., y casación civil del 29 de mayo de 1997, expediente 4845.

71 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 28 de octubre de 2005, expediente 00591, en *Op.Cit.*, página 706.

“... motivo por el cual regula a partir de su promulgación, todas las situaciones de hecho a que ella se refiere y no sólo las que surjan con posterioridad, sino las que estaban en desarrollo, o sea los hechos *in fieri* y a las “consecuencias no consumadas de los hechos pasados”⁷², pues la ley puede modificar los efectos futuros de los hechos o actos, aún anteriores a ella, sin ser retroactivas.”^{73/74}

Reconocer a la Ley 54 de 1900 el carácter retrospectivo, impone considerar el tiempo de convivencia anterior a la fecha de la promulgación y computarlo en el plazo previsto para configuración de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, lo que no puede soslayarse ni alegando que se está tratando de otorgar efectos retroactivos a la ley, ni que se vulnera el régimen probatorio de una presunción legal establecida por el legislador para facilitar la prueba de la existencia de la Unión Marital de Hecho, por ello acudiendo a su arsenal doctrinal, que rememora desde 1937, en los cuales ha reconocido la **retrospectividad** de las normas, diferenciándolo del otorgamiento de efectos retroactivos, la Corte Suprema, invocando la autoridad doctrinaria del antiguo magistrado Manuel J. Angarita, quien sostiene que **“hay leyes que se refieren al pasado, sin vulnerar ningún derecho adquirido, ...leyes (que) no tienen carácter retroactivo y deben ser consideradas únicamente como “retrospectivas..”**⁷⁵

El magistrado Manuel José Angarita nació el 25 de diciembre de 1840; estudió en los colegios de San Bartolomé y del Rosario entre 1856 y 1865, se desempeñó como Juez Civil de Circuito y Magistrado del Tribunal Superior de Cundinamarca entre 1875 y 1879. De raigambre conservadora, fue un respetado autor de varias obras jurídicas⁷⁶, junto con Francisco Eustaquio Álvarez, un abogado rosarista y rector del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, oriundo de Gigante (Huila), nacido en 1827, y fallecido en Bogotá en 1897, quien fuera célebre fiscal en el proceso contra el abogado José Raimundo Russi⁷⁷, editaron la revista *El foro*, fundada en agosto de 1869, y lograron publicar 72 números, en su breve pero fecunda existencia, hasta el 20 de julio de 1870.

72 Vid. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín; citado por la Corte Suprema de Justicia, respecto de su Tratado de Derecho Civil, T. I. Perrot, página 141.

73 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 28 de octubre de 2005, expediente 00591, página 709.

74 Vid. PLANIOL, Marcel y RIPERT, George; citados por la Corte Suprema de Justicia, respecto de su Tratado elemental de Derecho Civil, Tomo II, página 129.

75 ANGARITA Manuel José; citado por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 28 de octubre de 2005, expediente 00591.

76 ANGARITA, Manuel José. Sus obras son: Defensa del derecho de propiedad, o de los legítimos intereses, de los pueblos del Tolima y Cundinamarca, lesionados por el monopolio de la renta de licores, Bogotá, 1898 52 páginas; Código Judicial de la República de Colombia y leyes adicionales, Bogotá, 1904, 576 páginas; Códigos de organización judicial de la nación y leyes adicionales concordadas y comentadas, 1891, 521 páginas; Codificación nacional de la República de Colombia, 1890, 122 páginas; Código Civil Nacional concordado y leyes adicionales, la Ley 57 de 1887, Bogotá, 1888, 579 páginas.

77 El abogado José Raimundo Russi, reconocido abogado de pobres en Bogotá a mediados del siglo XIX, autor de tres opúsculos, explicativos de su causa, en 1851, denominados “La Razón de las conciencias (1851)”, Defensa ante el Jurado y Testamento.

El doctor Manuel José Angarita, fue elegido como magistrado suplente a la Corte Suprema de Justicia, que se constituyó el 3 de septiembre de 1886, en cumplimiento del inciso 47 del artículo 1, de las Disposiciones Transitorias de la Carta de la Regeneración de 1886, y permaneció en la Sala de Casación de la corporación desde 1886 hasta 1916.

En su época, Angarita fue reconocido en los medios judiciales, no sólo como juez estricto y guardián severo de la ley, defensor de la disposición del artículo 6° de la Ley 153 de 1887, la cual determinaba que:

“Una disposición expresa de la ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura o deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe.”

La norma fue derogada por el artículo 40 del Acto Legislativo 3 de 1910, que estableció el Control Constitucional en la República en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, como supremo Guardián de la Constitución; no obstante, la Corte Suprema de Justicia auto restringió su poder, para excluir de dicho control los vicios de forma en la construcción de las leyes, lo cual permitía al legislador cometer abusos contrariando los preceptos constitucionales, sin que existiera control alguno para evitarlos.

En efecto, en la decisión del 20 de abril de 1912⁷⁸, la Corte Suprema de Justicia sostuvo, haciendo culto a la tridivisión de poderes, promovida por los juristas conservadores acaudillados por el Presidente del Senado, el reputado constitucionalista José Vicente Concha, que el trámite de una ley escapaba del control de la Corte, establecido en el artículo 41 de la Constitución, por cuanto este era asunto exclusivo del poder que representa la soberanía, y, por tanto, el poder judicial no podía **“...declarar que una ley no es ley...”**, ya que debía respeto a la **“voluntad soberana del cuerpo legislativo expresado en forma de ley...”**.

Dicha doctrina regiría como sólido precedente judicial por más de cuarenta (40) años, cuando después de enconado debate, contenido en la decisión inhibitoria del 22 de septiembre de 1949⁷⁹, la minoría señaló que la mayoría había acudido a un subterfugio para violar el precedente, al declararse incompetente por vicio formal, pero haciendo pasar un asunto procedimental del trámite legislativo, como si fuese asunto de fondo del tema.

José Raimundo Russi, murió fusilado junto con sus clientes, integrantes de la llamada la Banda del Molino del Cubo, que comandaba Arturo Tronches un antiguo subalterno del General Montalvo (José María Obando), quien la constituyó con el objetivo de recaudar fondos para la causa del caudillo popular. Russi y sus representados, fueron acusados del asesinato del herrero Manuel Ferro, convertido en delator de los múltiples robos que la banda cometió contra la oligarquía bogotana, y quien en el momento de su agonía inculpó al abogado Russi como jefe intelectual de la banda.

78 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, decisión del 20 de abril de 1912, magistrado ponente Alberto Suárez Murillo.

79 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, decisión del 22 de septiembre de 1949, Magistrado Ponente Belisario Agüelo B.

En la sentencia del 28 de julio de 1952⁸⁰, que resolvió sobre la exequibilidad de la Ley 9ª de 1951, que creó el Departamento de Córdoba, la Corte, en decisión dividida, abandonó su vetusto precedente y asumió el control constitucional de los vicios de forma, en el proceso de creación de las leyes.

Entre los defensores de la concepción de la supremacía legislativa, que generó tan sólido precedente judicial, figuró conformando la mayoría, el magistrado Manuel José Angarita, quien en sus comentarios sobre el Código Civil considera que hay más probabilidad de acierto en la interpretación **legislativa** de la Constitución, que en la interpretación **judicial** de la misma, tanto por el mayor número de individuos que concurren a la expedición de las leyes, como por la circunstancia de requerirse la voluntad de la mayoría de dos Cámaras, cuyos miembros son elegidos de diversa manera; también por la serie de debates que son necesarios; por la diversidad de opiniones respetables que se emiten en el curso de la discusión; por la oposición de la minoría, y finalmente, por la acción benéfica de la prensa, que se ejerce con mayor expansión de la que se ejercería respecto de las decisiones judiciales, porque éstas se elaboran, no a la luz de la publicidad, como sucede con las leyes, sino bajo la sombra de la más estricta reserva.

Contra la disposición del artículo 6 de la Ley 153 de 1887 hubo una fuerte reacción, por cuanto se decía que con él, la Constitución quedaba en el hecho suplantada por la ley, porque ésta podía contener principios de obligatorio cumplimiento contrarios a la Carta; con el artículo 40 del Acto legislativo número 3 de 1910 culminó la intensa campaña adelantada para conseguir la derogatoria del mandato del legislador de 1887.

Entre los adversarios del referido artículo 6º de la Ley 153 de 1887, se destacaron , entre otros, Francisco de Paula Pérez⁸¹, quien propugnó por la supremacía de la Constitución, y Miguel Moreno Jaramillo⁸², quien en su obras **Ley de Leyes y Sociedades**, expuso que el artículo 40 de la reforma de 1910 constituía una conquista republicana de amplias proyecciones en la vida jurídica del país, y que ella complementa la disposición sobre guarda de la Constitución consagrada en el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910; de la misma opinión fue José Antonio Archila⁸³, quien la expresa en su estudio sobre *Justicia Administrativa*.

Por otra parte, el jurista Eduardo Rodríguez Piñeres⁸⁴, acotaría que la reacción contra el artículo 6 de la Ley 153 de 1887 se llevó a un extremo a que no debió

80 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 28 de julio de 1952, Magistrado Ponente, Luis Enrique Cuervo Araoz.

81 PÉREZ FRANCISCO de PAULA, abogado liberal, constitucionalista y administrativista, autor del libro Derecho Constitucional Colombiano, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana 1992 (editado por primera vez en 1952) y de Estudios Constitucionales, Bogotá, Editorial Centro, 1936

82 JARAMILLO MORENO, Miguel; *Ley de Leyes y Sociedades*.

83 ARCHILA, José Antonio, *Justicia Administrativa*.

84 RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo. Fue magistrado de la Corte Suprema de Justicia en 1954, es autor de un tratado de *Derecho Civil Colombiano*, Tomo I y Tomo II, Biblioteca jurídica Diké. Medellín. 1990.

llegarse y que la adopción conjunta del sistema del artículo 41 y la del sistema norteamericano contenida en el 40 presenta graves inconvenientes.

Señaló que el constituyente de 1910, en el deseo de asegurar la supremacía de la Constitución, creó un complejo sistema de Control Constitucional que incluso, consagró, la excepción de inconstitucionalidad, que podían plantear las autoridades encargadas de aplicar la ley, otorgándoles, por tanto, la facultad de desecharla si la juzgan inconstitucional.

Así entonces, esta facultad estaba deferida no solamente al Poder Judicial, sino a todos los empleados encargados de aplicar la ley, de manera que los Alcaldes, o los Inspectores de Policía se encontraban capacitados para calificar la constitucionalidad de la ley y abstenerse de aplicarla escudados en el precepto que les otorgaba dicha atribución.

Carlos E. Restrepo⁸⁵ opinaba que las autoridades deben tener toda ley por constitucional, dejando a la Corte la atribución de declararla inexecutable; señalaba que sólo en el caso de una verdadera y flagrante incompatibilidad entre la Constitución y las leyes, en que de modo deliberado y sistemático se pretenda con éstas suplir el imperio de aquélla, pueden las autoridades aplicar de preferencia la Constitución, en defensa de los derechos individuales y de las garantías sociales:

“Piénsese en la anarquía judicial y administrativa, en el caos nacional que se seguiría de admitir que cualquier empleado o funcionario público, hasta los agentes de policía, tuvieran la facultad de negarse a cumplir las leyes porque las juzgan incompatibles con los preceptos constitucionales.”

Pero también acude la Corte en su argumentación sobre la retrospectividad de la Ley 54 de 1990, a una fuente jurídica de estirpe liberal y linaje radical, el jurista santandereano Eduardo Rodríguez Piñeres⁸⁶, oriundo de El Socorro, nacido en 1869 y fallecido en 1958, fue magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en 1954, y varias veces Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia (1909, 1922, 1948-1952), ejerció la profesión por cerca de cincuenta años, en asocio con los juristas provenientes del liberalismo radical Nicolás y Domingo Esguerra, con el General y Doctor Lucas Caballero, con el jurisconsulto Miguel S. Uribe Holguín y, posteriormente, con su propio hijo, Jaime Rodríguez Fonnegra.

85 RESTREPO, Carlos E; Abogado y periodista antioqueño, conservador, sucedió a Rafael Reyes en la Presidencia de Colombia por una alianza de conservadores y liberales, denominada Unión Republicana entre 1910 y 1914.

86 RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo, Tratado de *Derecho Civil Colombiano*, Tomo I y Tomo II, Biblioteca jurídica Diké. Medellín. 1990; *Derecho Español*; y *Derecho Usual*, Bogotá, 1973; *Estudio sobre el secreto profesional*, Temis, Bogotá, 1980; *Comentarios al Código Civil y leyes vigentes que lo adicionan y reforman*, Bogotá, 1940; *El Olimpo Radical*, Bogotá, 1950; *La Vida de Castillo y Rada* Bogotá, 1949 y *Táctica Parlamentaria*, Librería El Carnero, Bogotá.

Rodríguez Piñeres, fue durante más de cuarenta años profesor de derecho civil, derecho romano y español en las Universidades Republicana, Externado de Colombia y Nacional, la última de las cuales le otorgó el título de **Doctor Honoris Causa**, al cumplir cincuenta años de ejercicio profesional, participó en la preparación y concordancia de casi todos los Códigos del país y fue autor de múltiples escritos y obras de derecho, entre las que se destacan el *Tratado de Derecho Civil, Derecho Español y Derecho Usual, Estudio sobre el secreto profesional, Comentarios al Código Civil y leyes vigentes que lo adicionan y reforman, El Olimpo Radical, La Vida de Castillo y Rada, Táctica Parlamentaria, y un importante estudio autocrítico sobre la simulación en los contratos solemnes.*

La Corte Suprema de Justicia, apuntala su línea argumental invocando la autoridad de Eduardo Rodríguez Piñeres, quien al respecto asevera:

“Existen cuatro categorías de leyes que producen efecto retroactivo a saber: 1. Aquellas a las cuales el mismo legislador les asigne ese efecto, dentro del sistema constitucional; 2. Las leyes interpretativas; 3. Las que establecen presunciones legales; y 4. La leyes que disminuyen las sanciones, o les quitan el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía...”⁸⁷

Así la Corte determina que la Ley 54 de 1990, en cuanto que en ella consagra una presunción tiene vigencia inmediata y produce efectos retrospectivos y permite a las uniones maritales de hecho, **“recibir el beneficio probatorio que se le apareja a la presunción, tanto más si se considera establecido el indiscutido interés público que se enseñorea en la Ley...”⁸⁸**

87 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 28 de octubre de 2005, O. Cit., página 710

88 *Ibidem*, página 710.