

**OMISIONES LEGISLATIVAS DEL REGIMEN JURIDICO DEL MATRIMONIO  
FRENTE A LA UNION MARITAL DE HECHO EN COLOMBIA**

**MAILYNG PATRICIA VERGARA GARCES**

**UNIVERSIDAD DE LA COSTA, CUC**

**FACULTAD DE DERECHO**

**BARRANQUILLA**

**2013**

**OMISIONES LEGISLATIVAS DEL REGIMEN JURIDICO DEL MATRIMONIO  
FRENTE A LA UNION MARITAL DE HECHO EN COLOMBIA**

**MAILYNG PATRICIA VERGARA GARCES**

**DRA. ALICIA ALVAREZ PERTUZ**

**ASESOR**

**UNIVERSIDAD DE LA COSTA, CUC**

**FACULTAD DE DERECHO**

**BARRANQUILLA**

**2013**

**NOTA DE ACEPTACIÓN**

---

---

---

---

---

---

---

---

---

**Firma Jurado**

---

**Firma del Jurado**

---

**Presidente Firma del Jurado**

Barranquilla, Septiembre 26 de 2013

## DEDICATORIA

A Dios Todopoderoso, por ser mi guía y horizonte, fuente de inspiración, por darme la sabiduría y fortaleza, para concluir de manera satisfactoria, mis estudios en el campo del Derecho.

A mi madre Alicia, que ha sido el ejemplo para mi formación como persona, ya que con sus valores y principios logró educarme para ser una mujer exitosa y de bien en una sociedad cada vez más exigente.

A mis hermanas Jennifer y Liz, por darme su apoyo, respeto y cariño.

A mi esposo Carlos, gracias por todo tu amor, por tus sabios consejos para la vida y sobre todo por el apoyo incondicional que siempre me has brindado.

A mi hijo Carlos Alejandro, que me dota de ánimo, amor y me renueva cada día para continuar formándome como persona, en lo académico y familiar;

A mis familiares y amigos, quienes me han acompañado en este proceso de formación.

***Gracias a todos los que creyeron en mi...***

***Mailyng Vergara***

## **AGRADECIMIENTOS**

La Autora expresa sus agradecimientos:

A La Universidad de la Costa C.U.C., Facultad de Derecho por abrirme las puertas al conocimiento.

A los profesores de la Facultad de Derecho, por desprenderse de su conocimiento, saber y experiencias, a fin de formar excelentes abogados. Ustedes nos dieron lo necesario para lograr este tan anhelado objetivo.

A mi tutora ALICIA ALVAREZ, que logró mediante su oportuna y bienvenida orientación, hacer de este trabajo monográfico, una guía para muchos estudiantes de pregrado en Derecho. Gracias por su incondicionalidad, dedicación, esfuerzo y tiempo.

A la Dra. BELIÑA HERRERA, por darme su apoyo incondicional e intelectual para poder llevar a cabo el presente trabajo de investigación.

Gracias también, a todas aquellas personas que intervino de manera positiva para culminación de esta meta.

## RESUMEN

El presente estudio es el resultado de la investigación sobre las omisiones legislativas del régimen jurídico del matrimonio frente a la unión marital de hecho en Colombia, aspectos que de alguna manera han sido abordados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y ha trascendido en diversas esferas.

Mediante este proceso analítico jurídico de la jurisprudencia, se aprecian progresos jurídicos, garantías y obligaciones de las parejas unidas por el matrimonio y la unión marital de hecho mediante dos vías: una, la eventual revisión de las acciones de tutela invocadas en protección de los derechos fundamentales de las personas, y la segunda el ejercicio de la función constitucional de guarda y supremacía de la Constitución Política, como interpretación de carácter obligatorio y general que realiza la Corte Constitucional Colombiana.

Se pretende explicar las desigualdades entre el matrimonio y la unión marital de hecho en Colombia, permitiendo resaltar las omisiones legislativas del régimen colombiano respecto a la unión marital, pues es una de las formas más usadas por los colombianos para formalizar un hogar, a pesar de lo cual que los compañeros permanentes no poseen la igualdad de derechos que decreta la Carta Magna frente a lo cual el legislador no se ha puesto en la tarea de igualar estas uniones por motivación propia, sino que los vacíos de esta temática y el reconocimiento de derechos se ha hecho mediante tutela.

**Palabras clave:** derechos y privilegios, estatus jurídico, grupo sexual minoritario, parejas, matrimonio.

## **ABSTRACT**

This study is the result of research on legislative omissions marriage legal regime against marital union in Colombia, both of which have somehow been addressed by the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court and has transcended in various areas .

Through this process legal analytical jurisprudence, legal developments are seen, warranties and obligations of couples joined by marriage and marital union in two ways: one, the possible revision of the protective actions invoked in rights protection people's fundamental and the second exercise of the constitutional role of guard and supremacy of the Constitution as binding interpretation of general and performs the Colombian Constitutional Court.

It seeks to explain the disparities between marriage and marital union in Colombia, thus highlighting the Colombian regime legislative omissions regarding the marital union, it is one of the most used by the Colombians to formalize a home, despite which they do not have permanent partners equal rights that the Constitution decrees against which the legislature has not been put to the task of matching these unions for self-motivated, but that gaps of this topic and the recognition of rights has been done through mentoring.

**Keywords:** rights and privileges, legal status, sexual minority group, couples, marriage.

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	10
1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	12
1.1. Planteamiento del Problema	12
1.2. Pregunta Problema	14
2. OBJETIVOS	15
2.1. Objetivo General	15
2.2.- Objetivos Específicos	15
3. JUSTIFICACIÓN	16
CAPITULO 1.	
DERECHOS CONFERIDOS A LAS UNIONES MATRIMONIALES Y A LAS UNIONES MARITALES DE HECHO	18
1.1.- UNIÓN MATRIMONIAL:	18
1.2 UNIÓN MARITAL DE HECHO	23
1.2.1 Fundamentos Constitucionales	29
1.2.2 Fundamento Legal	33
1.2.3 Reconocimiento legal de la Unión Marital de Hecho, Ley 54 de 1990, Omisiones	34
CAPÍTULO 2.	
AVANCE JURISPRUDENCIAL EN CUANTO AL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS A LAS UNIONES MARITALES DE HECHO EN COLOMBIA	44
2.1 SOCIEDAD CONYUGAL	48



2.2 RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LAS UNIONES MARITALES DE HECHO	49
2.3 LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL LITERAL A) DEL ARTÍCULO 47 DE LA LEY 100 DE 1993, ANÁLISIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	54
2.3.1 La Pensión de Sobrevivientes en el Sistema General de Pensiones,	59
2.3.1.1 Marco Normativo	60
2.3.2 Desarrollo Normativo y Jurisprudencial, Sustitución Pensional en Uniones Maritales de Hecho	62
CAPÍTULO 3.	
DERECHOS CONFERIDOS A LAS UNIONES MATRIMONIALES Y A LAS UNIONES MARITALES DE HECHO EN LAS LEGISLACIONES MEXICANA, BRASILERA Y PERUANA	68
3.1 MÉXICO	68
3.2 PERÚ	74
3.3 BRASIL	91
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	96
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	
ANEXOS	

## INTRODUCCIÓN

A través de la historia se ha podido observar que el ser humano siempre ha estado unido a los elementos de sociabilidad indisoluble de su propia naturaleza, y es así que por esta razón necesita la cercanía de otros para encontrar su equilibrio y vivir en armonía, es así como se ha unido de generación en generación formando, desde las formas mas primitivas, como la familia, hasta las mas sofisticadas, como la sociedad, una integración humana de relaciones que le permiten alcanzar un desarrollo integral, y por ende su propia felicidad y aceptación en el entorno en el que se rodea.

Por otro lado, la familia, conceptualizada bajo diferentes principios de unidad y pluralidad, guarda en su seno una indiscutible realidad de la convivencia social de las personas, convirtiéndose en el primer ambiente para el desarrollo armónico y esencia para el desenvolvimiento de los miembros de la misma; debido a que es la forma mas antigua de asociación, posterior a la cual nace el estado y a la par de la historia las normas de convivencia, el derecho como factor y producto social aparece para regular las conductas y estatuye formas legales para controlar las actuaciones de los particulares y del Estado mismo, ejemplo de ello es la instauración de la figura del matrimonio como institución mediante la cual un hombre y una mujer sin impedimentos legales pueden decidir convivir juntos, bajo un mismo techo, con el fin de amarse y procrear formalizando su unión ante un

funcionario del Estado para que tal acto tenga fe publica, formando por ende y en definitiva una familia, en principio, nuclear.

Con todo esto y quizá buscando ideas neoliberales pro así decirlo, o anotar apuntes a estas nuevas perspectivas que se han dado en torno a los cambios sociales a los que se ha involucrado la familia valdría la pena soslayar sobre las características apreciativas que se tienen en torno al matrimonio de un hombre y una mujer en donde pueden permanecer juntos con los mismos fines (amarse, convivir, procrear), puede darse entonces la validez de alguna otra figura legal que pueda contemplar los principales derechos para las personas que asumen estas formas diferentes de permanencia bajo la semejanza del matrimonio sin llegar a serlo y qué estos de alguna manera le dieran privilegios específicos en el contexto del matrimonio.

De acuerdo con los párrafos anotados anteriormente claramente invitan a reflexionar sobre los elementos que se pueden debatir en la presente investigación, la cual en forma sencilla establecerá la existencia o no de tales figuras distintas al matrimonio, los efectos del matrimonio y de las uniones maritales de hecho sobre la base de la jurisprudencia, de la doctrina y del ordenamiento jurídico en Colombia y sobre todo el tener en cuenta las diferentes decisiones que se han dado jurisdiccionalmente, la evolución y las transformaciones que se han suscitado en la institución matrimonial existente actualmente, en el cual se han roto algunos paradigmas para dar entrada a nuevas conceptualizaciones que permitan confrontar una plena identificación de

los derechos e igualdades por los que el ser humano siempre ha luchado, independientemente se constituye en familia a través del matrimonio o de la unión marital de hecho.

## **1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

### **1.1. Planteamiento del Problema.**

Si bien es cierto, el legislador reconoció una realidad o fenómeno social, no es menos cierto que hoy en día nos vemos enfrentados a una problemática social consistente en las omisiones legislativas dentro del régimen jurídico que regula la institución del matrimonio frente a la unión marital de hecho.

Al analizar el régimen jurídico se ha encontrado que existen diferentes derechos contenidos en el régimen matrimonial no han sido conferidos a las uniones maritales de hecho, que se derivan de realidades de convivencia entre las parejas.

Es aquí, donde la jurisprudencia recopilada a través de los fallos de las Altas Cortes y del principio de obligatoriedad que le es inherente a estos fallos, que se ha podido dirimir los conflictos que rodean esa problemática. La Corte Suprema de Justicia a partir de un intenso trabajo jurisprudencial fue la encargada de

comenzar el proceso de hacer justicia en el caso de las uniones maritales de hecho, en aspectos tales como el económicos, social y cultural en general.

La corriente renovadora de la jurisprudencia, fue una de las consecuencias de las más profundas transformaciones legislativas de los últimos años, porque, si bien para el legislador era natural que las leyes elevaran la condición de la mujer casada, para la jurisprudencia le era determinante asumir la defensa de la compañera o compañero en unión marital de hecho, previo el cumplimiento de una serie de requisitos como la estabilidad y vocación de permanencia.

Teniendo en cuenta que Colombia es un país donde aproximadamente la mitad de las uniones maritales son de hecho, uno de los puntos importantes a desarrollar tiene que ver con la porción conyugal en el evento de existir la simultaneidad, la cual encontramos dentro de los casos, que el legislador en forma directa no ha entrado a legislar.

A pesar de la labor jurisprudencial del constituyente que por medio de sus fallos ha dado reconocimiento a las relaciones maritales de hecho, y en especial cuando ocurre la convivencia simultánea, en relación a los derechos económicos, no es aceptable desde el punto de vista legislativo la omisión en que ha incurrido el Estado, en relación a la protección de los derechos adquiridos por las compañeras y/o compañeros permanentes.

## **1.2. Pregunta Problema**

¿Cuáles son las razones jurídicas por las que se presentan omisiones legislativas en el régimen jurídico del matrimonio frente a la unión marital de hecho en Colombia?

## **2. OBJETIVOS**

### **2.1. Objetivo General**

Identificar las razones jurídicas por las que se presentan omisiones legislativas en el régimen jurídico del matrimonio frente a la unión marital de hecho en Colombia.

### **2.2.- Objetivos Específicos**

- Determinar los derechos conferidos a las uniones matrimoniales y a las uniones maritales de hecho.
  
- Identificar el avance jurisprudencial en cuanto al reconocimiento de derechos a las uniones maritales de hecho en Colombia.
  
- Determinar los derechos conferidos a las uniones matrimoniales y a las uniones maritales de hecho en las legislaciones mexicana, brasilera y peruana.

### 3. JUSTIFICACIÓN

Si bien es cierto, la Constitución Política de 1991 estableció un marco jurídico constitucional que reconoce y protege, tanto a la unión matrimonial como la unión marital de hecho, vemos como nuestro legislador no da un trato igual a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica, al no contemplar dentro de la normatividad la protección de los derechos que se originan en la uniones maritales de hecho situación tan común hoy en día.

El Estado tiene la obligación, en cumplimiento de preceptos constitucionales, de proteger con normas positivas a todas las personas que se encuentran en situación de igualdad, evitando atropellos a los derechos de los semejantes.

Durante los últimos años en el contexto de la legislación colombiana, no se ha podido encontrar, en materia de derechos de las compañeras y compañeros permanentes, situaciones que no se encuentran en reguladas dentro de las disposiciones que tiendan a proteger sus derechos, al igual que se protege la sociedad conyugal, y disminuir las diferencias entre la unión matrimonial y la unión marital de hecho, que en sí mismas no son contrarias a la Constitución, lo cual ha traído como consecuencia que ante esta anomia jurídica se genere un fuerte impacto en el campo patrimonial dentro de este tipo de relaciones.



Todo este conjunto de situaciones ha motivado a la investigación a formular una búsqueda exhaustiva en torno al tema específico y la realización del presente trabajo sobre la omisión legislativa, analizando las causas que lo originan, la cual no está ajustada a la realidad que se vive hoy en día, y trae como consecuencia perjuicios tanto para aquellas parejas que viven en una relación matrimonial como para las que viven en Unión Marital de hecho.

Además de lo anterior, permite un mayor conocimiento sobre la normatividad y la jurisprudencia que regula la protección de los derechos patrimoniales dentro de la convivencia simultánea, en particular en el campo laboral, al determinarse el reconocimiento a quien o a quienes, y en qué circunstancias se otorga el derecho a la pensión de sobreviviente y a la porción conyugal en el campo civil, permitiéndonos dentro del ejercicio de la profesión, un mejor desempeño en esta materia.

## CAPÍTULO 1.

### DERECHOS CONFERIDOS A LAS UNIONES MATRIMONIALES Y A LAS UNIONES MARITALES DE HECHO

#### 1.1. Unión Matrimonial:

El proceso histórico que ha sufrido el tema, se puede observar que este concepto nació mediante una institución social que creó un vínculo conyugal entre sus miembros. Esta institución es reconocida socialmente, ya sea por medio de disposiciones jurídica o por la vía de usos o costumbres, crea una serie de derechos y obligaciones que son determinados por el derecho. El matrimonio permite legitimar la filiación de los hijos procreados o adoptados, de conformidad a lo establecido por la ley.

*“El artículo 113 del Código Civil colombiano define el matrimonio como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. Su perfeccionamiento se da por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en el Código Civil, y no producirá efectos civiles y políticos si en su celebración se contravinieren a tales formas, solemnidades y requisito”. (Código Civil Colombiano. Artículo 113).*

De acuerdo con este contexto existe un sin número de fallos proferidos por la Corte Constitucional hacen referencia a la institución del matrimonio, su naturaleza, origen, derecho y obligaciones que se derivan al respecto, la Corte expresa:

*“Los criterios jurisprudenciales transcritos conducen a efectuar una indagación acerca de los integrantes de la familia y con ese objetivo conviene señalar inicialmente que, según el artículo 42 superior, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos y, así mismo, destacar el vínculo jurídico que le da origen, el cual, de conformidad con decantada jurisprudencia constitucional, es el matrimonio, “como el propio texto constitucional lo pone de manifiesto” (Cfr. Sentencia C-533 de 2000. En Sentencia C-577/11) en donde claramente se expresa en relación a la “decisión libre” de contraerlo.*

Tratándose del matrimonio, el artículo constitucional glosado encarga a la ley civil de fijar sus formas, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, mientras que el artículo 113 del Código Civil, anterior a la Carta de 1991, le confiere el carácter de contrato solemne e incluye como uno de sus requisitos la heterosexualidad de los contrayentes, al preceptuar que lo celebran “un hombre y una mujer”, expresión esta última que es objeto de las demandas de inconstitucionalidad examinadas.

El matrimonio comporta, entonces, un vínculo formal que no se crea por la mera comunidad de vida surgida del pacto conyugal, sino de *“la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges” que es la esencia del matrimonio, pues el consentimiento que expresan los contrayentes hace que “la unión que entre ellos surge sea una unión jurídica, es decir que en lo sucesivo tenga el carácter de deuda recíproca”, de modo que “sin consentimiento no hay vínculo jurídico y el principio formal del mismo es el vínculo jurídico”.* (Cfr. Sentencia C-533 de 2000. En Sentencia C-577/11)

Así las cosas, si el matrimonio da origen a una familia, es claro que los casados la conforman, aún sin que exista descendencia, por cuanto, *“no son simplemente dos personas que viven juntas”, sino “más bien, personas jurídicamente vinculadas” que, de acuerdo con el artículo 42 constitucional, establecen “relaciones familiares” basadas “en la igualdad de derechos y deberes de la pareja” y, además, “en el respeto recíproco entre todos sus integrantes”.* (Constitución Política de Colombia, Art. 42).

*“Quienes tienen la calidad de cónyuges adquieren, por esa sola circunstancia, recíprocos derechos, cargas, deberes y obligaciones, en la medida en que son miembros de una relación familiar y los tienen en condiciones de igualdad entre ellos mismos como pareja, pero también “frente a la sociedad y al Estado”.* (Cfr. Sentencia C-533 de 2000. En Sentencia C-577/11) Vale la pena aclarar que en

este sentido la Corte ha explicado que “la familia encuentra firmeza y solidez en la alianza que surge entre los esposos”, quienes, “en el seno de la familia” y en forma conjunta, “asumen el cumplimiento de las obligaciones y derechos correlativos que el orden natural y positivo les imponen”, bien sea, “por su condición de esposos” o por su calidad de padres, si llegan a serlo.

En lo que se refiere a los esposos, esas obligaciones y derechos se concretan en el debítum conyugal, la fidelidad, la convivencia, la asistencia y auxilio mutuo, la solidaridad y la tolerancia y, a juicio de la Corte, *“entre ellas, las más relevantes son las que se refieren a la comunidad de vida y a la fidelidad mutua”, habiéndose destacado adicionalmente que “algunas de las obligaciones derivadas de este vínculo jurídico comprometen a los cónyuges incluso después del divorcio, como las que conciernen a la obligación alimentaria a favor del cónyuge inocente”.* (Cfr. Sentencia C-533 de 2000. En Sentencia C-577/11)

Ahora bien, aun cuando es cierto que en su configuración legal el matrimonio está concebido como un contrato, también lo es que las principales características de la familia a la que da lugar *“impiden aplicar a esta modalidad de acuerdo de voluntades en sus diversas etapas, los mismos criterios que se aplican dentro del régimen general de los actos jurídicos y de los contratos en particular”,* especialmente porque *“los componentes afectivos y emocionales que comprende la relación matrimonial”* impiden esa aplicación y, más allá de sus efectos

patrimoniales, le confieren singulares caracteres que lo diferencian de cualquier otro acto convencional o acuerdo de voluntades. (Cfr. Sentencia C-246 de 2002, Sentencia C-577/11).

Así pues, el matrimonio, *“como uno de los actos constitutivos de la familia genera deberes en cabeza de los cónyuges”*(Cfr. Sentencia C-246 de 2002. En Sentencia C-577/11), *también da lugar a derechos y, en todo caso constituye en familia a la pareja que, con esa finalidad, manifiesta libremente su consentimiento, lo que se torna todavía más patente en el caso del casamiento de personas ancianas cuya edad fértil ha pasado, de quienes contraen matrimonio in articulo mortis a sabiendas de la infertilidad de alguno de los cónyuges o de ambos y de los casados que se proponen no tener hijos, lo que en nada afecta a sus derechos individuales o de pareja, tampoco los deberes u obligaciones que en razón del vínculo jurídico surgen entre ellos ni, por supuesto, la condición de familia fundada en el matrimonio, pues pensar en lo contrario implicaría una inaceptable e inconstitucional distinción entre unos matrimonios que tendrían la aptitud para originar una familia y otros que carecerían de esa aptitud. Así lo ha entendido el legislador que en el artículo 2º de la Ley 294 de 1996, dictada para “prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”, estableció que, para los efectos de esa regulación, junto a otros supuestos, la familia está integrada por los cónyuge”* (Corte Constitucional. Sentencia C-577/11. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

## 1.2 UNIÓN MARITAL DE HECHO

Un crecido número de familias en Colombia (aproximadamente el 47%) se encuentran conformadas por las uniones maritales de hecho (DNP, 2005). Aunque durante mucho tiempo no existió en Colombia un régimen jurídico ajustado a la realidad de la problemática presentada en relación a la protección a los derechos de los compañeros permanentes, toda vez que se daba mayor relevancia a las uniones matrimoniales, esta omisión legislativa, vino a superarse en parte con la expedición de la Ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes (Corte Constitucional. Sentencia C-577/11. Magistrado P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

La ley 54 de 1990 define la unión marital de hecho como la comunidad de vida permanente entre un hombre y una mujer; presume la existencia de sociedad patrimonial si la unión marital durara dos años cuando menos, caso en el cual el capital producido del trabajo pertenece por partes iguales ambos compañeros; también regula las causas de su disolución y la forma de liquidación. (Ley 54 de 1990).

Con la expedición de esta ley se le otorgó pleno reconocimiento a las Uniones maritales de hecho, al reconocérsele el mismo derecho y la misma protección que a las uniones matrimoniales, siempre y cuando cumplan con las condiciones que

establece la ley, es decir, la voluntad de un hombre y una mujer de conformarla, la responsabilidad y seriedad para asumir las obligaciones que de ella se desprenden, etc.

A partir de la Constitución Política de 1991 no sólo el matrimonio es fuente de la familia cuya protección le compete al Estado, sino también la constituida por un hombre y una mujer con voluntad responsable de conformarla. De esta forma el Estado colombiano reconoce y promete proteger tanto a la familia matrimonial como a la extramatrimonial, integrado de manera responsable, seria y asumiendo las obligaciones que implica formar parte de un grupo familiar. En conclusión, la Constitución protege a la familia extramatrimonial en la medida en que reúne las características de la familia matrimonial, faltándole únicamente el vínculo conyugal. (Fruggeri, L. 2000).

El doctrinante Arturo Valencia Zea, define a la familia extramatrimonial como aquella que surge de la “unión sin vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer que se comportan ante los demás como esposos” la considera como un fenómeno que se ha vuelto bastante común dentro de la sociedad moderna, ya que, los vínculos religiosos y formales se han vuelto innecesarios para conformar una familia que se encuentre en igualdad de condiciones a las legalmente conformadas ante la ley. Se debe tener en cuenta, que aunque el matrimonio y la unión marital de hecho son dos instituciones que se conforman de maneras distintas, existe una serie de elementos y obligaciones que surgen de igual manera en ambos vínculos familiares, tanto en las uniones matrimoniales como en



las que se forman al margen de la ley se suelen cumplir los mismos fines: procreación de hijos, sustentación de estos, fidelidad mutua, obligación de socorro y ayuda, etc. (Valencia Zea, 1995).

Así que bajo los supuestos de licitud de la unión de un hombre y una mujer, o bien, no contrariando prohibiciones de ley ni las buenas costumbres, y siendo permanente y estable, en cuanto constituye una familia, una sociedad así formada tiene la protección jurídica similar a la que se le brinda a la sociedad matrimonial. Lo anterior significa, que no se protegen las relaciones rechazadas por la ley ni aquellas transitorias que no tengan el propósito de conformar una familia.

Pero este no ha sido el reconocimiento que a través de los años se le ha dado a la familia extramatrimonial o unión marital de hecho anteriores de la promulgación de la ley 54 de 1990 el derogado artículo 329 del Código Civil Colombiano definía a la concubina de un hombre como “la mujer que vive públicamente con él, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos”.( Texto original del Antiguo Código Civil Colombiano. Artículo 329.)

En relación con el tema del concubinato, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 febrero 1976, resumió esta problemática de la siguiente manera:

*"El concubinato, que es la resultante de relaciones sexuales permanentes y ostensibles entre un hombre y una mujer no casados entre sí, como situación de hecho que es, desde el punto de vista jurídico ha sido diversamente apreciado por los sistemas de derecho positivo; en algunos aparece repudiado enérgicamente; en otros admitido con definitiva y total eficacia; y, en los más, se lo recibe y regulan sus efectos con determinadas restricciones." (Corte Suprema de Justicia, 1976)*

*"Estas diversas posiciones se apoyan, no obstante, en el mismo fundamento: la moral. Quienes ven en el concubinato una afrenta a las buenas costumbres o un ataque a la familia legítima, lo estiman contrario a la moral y por tanto lo rechazan, negándole eficacia jurídica a las consecuencias que de él dimanar; quienes, en cambio, propugnan su defensa, aseveran que lo inmoral es desconocer en forma absoluta validez a las obligaciones y derechos que son efecto del concubinato.*

*"Los partidarios de la tesis ecléctica ven en la circunstancia del concubinato dos aspectos diferentes: de un lado, las relaciones sexuales que, por no estar legitimadas por el vínculo matrimonial, consideran ilícitas; y de otro, las consecuencias de orden económico que, en rigor jurídico, no están cobijadas por presunción de ilicitud y que, por lo tanto, estiman que deben ser objeto de regulación por el derecho.*

*"De acuerdo con ella, el concubinato no genera, como sí ocurre con el matrimonio, una sociedad de bienes que la ley se anticipa a reconocer y reglamentar. Con base en la equidad, empero, se sostiene que una conjunción de intereses, deliberada o no por los*

*amantes, un largo trabajo en común puede constituir una sociedad de hecho, producto casi siempre más de las circunstancias que de una actividad razonada y voluntaria.*

*"Fue, pues, así como la doctrina, en punto de relaciones económicas o patrimoniales de los concubinos, al comienzo abrió la puerta inicialmente a la actio in rem verso, en beneficio del concubino que ha colaborado con el otro en sus empresas; y luego, para la partición de los bienes adquiridos en común y la repartición de los beneficios, se consagró la actio pro socio" (Colombia Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 febrero 1976, CLII, 35, en Sentencia C 239 de 1994)*

*"Por el camino indicado, se corrigieron situaciones injustas, en muchos casos. Pero, evidentemente, subsistían problemas, como estos: la coexistencia del matrimonio, prácticamente disuelto en razón de la separación de hecho, con el concubinato de uno de los esposos, situación que implicaba un conflicto entre la sociedad de ganancias a título universal, surgida por el hecho del matrimonio, y la sociedad entre los concubinos, creada por los hechos; la dificultad de probar la existencia de la sociedad de hecho, que exigía la tramitación de un proceso ordinario, etc." (Colombia Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 febrero 1976, CLII, 35, en Sentencia No. C 239 de 1994.)*

En razón de la ley 54 de 1990, el legislador consagró la creación de una nueva institución jurídica, la unión marital de hecho, a la cual le asigna unos efectos económicos, o patrimoniales en relación con los miembros de la pareja.

Pero no ha sido solamente la Constitución Nacional de 1991 y posteriormente la ley 54 de 1990, quienes le han dado un reconocimiento a la familia conformada mediante unión marital de hecho, la Corte Constitucional no solo le ha dado reconocimiento, sino que ha ido mucho más allá, al establecer en reiterados fallos las diferencias existentes entre la institución Matrimonial y la Unión Marital de Hecho como también la igualdad de derechos y obligaciones, tal como se evidencia en la Sentencia C-1035/08. M .P. Dr. Jaime Córdoba Triviño. “La jurisprudencia constitucional ha precisado con suficiencia las diferencias del matrimonio frente a la unión marital de hecho y ha sostenido que el matrimonio y la unión marital de hecho son instituciones con especificidades propias y no plenamente asimilables, y no obstante, a partir del reconocimiento de estas diferencias, la Corte ha amparado el derecho a la igualdad de las personas que en ambos casos han constituido una familia”. Recuperado de ([http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc\\_sc\\_nf/2008/c-1035\\_2008.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2008/c-1035_2008.html)), al igual que al establecer en sus fallos cuales son los requisitos o circunstancias en los que se da reconocimiento a la convivencia simultánea entre cónyuge y compañero o compañera permanente. (Sentencia C-1035/08. M .P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.)

Según la Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia C-1035/08 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño *“El requisito de la convivencia simultánea, para determinar el beneficiario de la pensión de sobreviviente tiene que ver con la convivencia caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia,*

*esto es, que ocurran al mismo tiempo la convivencia del causante con el respectivo cónyuge y con el compañero o compañera permanente durante los cinco años previos a la muerte del causante y excluye de antemano las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante, como tampoco se refiere a aquellas situaciones en las cuales el causante convivió con diversas personas de forma sucesiva (no simultánea), situación que tiene su regulación especial'* (Sentencia C-1035/08 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño)

### **1.2.1 Fundamentos Constitucionales**

Con la Constitución Política de 1991, el constituyente elevó a rango constitucional las uniones maritales de hecho al consagrar en su artículo 42 las características de constitución de la familia como núcleo fundamental de la sociedad. (República de Colombia Constitución Política Nacional: Artículo 42: Bogotá, 1991)

Esta norma constitucional ubica en un plano de igualdad a la familia originada en el vínculo matrimonial y a la familia producto de las uniones maritales de hecho. No obstante a esta aparente igualdad, existen sustanciales diferencias entre una y otra institución que permiten su individualización y que se desprenden de la propia definición y elementos de cada una de estas figuras

En sentido amplio, la familia es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar. En sentido restringido, la familia comprende sólo el núcleo paterno-filial denominado familia conyugal o pequeña familia, es decir, la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad. De tal manera que puede afirmarse, desde este punto de vista, que la familia es un conjunto de personas entre las que existe algún vínculo jurídico de orden parental; en esta definición quedan comprendidos todos los ascendientes, descendientes y colaterales, sin limitación alguna. (RUIZ, 1953).

Para el tratadista Enrique Díaz de Guijarro, la familia “es la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.” (Díaz De Guijarro, 1974)

Para el profesor Eduardo Zannoni (1978) “la familia constituye un régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y la procreación.” En sentido amplio, la familia es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar. (Eduardo Zannoni, 1978)

Dentro de todo Estado Social de Derecho, la protección de la familia, debe ser principio fundamental de obligatorio cumplimiento sin distinción de modalidad de conformación de la misma, de manera que cualquier violación a sus derechos atenta contra el orden constitucional. Si el hombre y la mujer, que conforman

comunidad doméstica, se encuentran vinculados por el matrimonio, estamos ante la familia legítima o matrimonial, si no existe matrimonio, resulta la denominada familia extramatrimonial o unión marital de hecho. (Giraldo, 2005).

A pesar del trabajo realizado por el constituyente para dar un reconocimiento a las uniones maritales de hecho, se seguía encontrando dentro de nuestro ordenamiento jurídico disposiciones que parecían reconocer un mejor derecho a la familia matrimonial que a la familia de hecho, en especial a lo relacionado con el sistema pensional. (Espinoza, 2005)

Al interior de la Asamblea Nacional Constituyente prevaleció el propósito de consagrar una expresa y particular protección constitucional de la familia la cual debería referirse al derecho que le asiste a todo ciudadano a tener una familia, a la inviolabilidad de esa familia y a la protección de las funciones básicas que cumple la familia y que le explican dentro de una sociedad, como núcleo esencial de la misma. En consecuencia, tal protección no se agotaría en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia; como lo son las uniones maritales de hecho, velando porque la protección en ese caso se extienda a la propia concubina. (TOBON, A 2003).

La Constitución Política de 1991, estableció un marco jurídico constitucional que reconoce y protege, tanto a la familia matrimonial como la extramatrimonial, siempre que ésta última esté formada por la voluntad de un hombre y una mujer de conformarla, que lo hagan de manera responsable, seria y asumiendo las obligaciones que implica constituir parte de un grupo familiar. Es decir, la Constitución protege la familia matrimonial y extramatrimonial, en cuanto llenen las características que establezca la ley, para los múltiples efectos que el legislador contemple, sean en las áreas del derecho de familia, ora en lo penal, civil, laboral o tributario, etc. (Constitución Política, 1991).

Este reconocimiento constitucional (artículo 42) sobre la familia extramatrimonial, es a su vez, reafirmada por la legislación, por el derecho comparado y aún por la jurisprudencia colombiana, penal, civil, laboral o contencioso administrativa, en cuanto aceptan y reconocen las diferentes formas de relaciones familiares extramatrimoniales y ordenan darle un tratamiento igual al que se le otorga a la familia matrimonial. Ese tratamiento de igualdad, previsto por la Carta, es una preceptiva de aplicación directa y no programática, por cuanto el constituyente no exige un desarrollo, por parte del legislador, como sí lo obliga en otros aspectos normativos contenidos en Constitución de 1991, para dar protección y reconocimiento a las diversas estructuras familiares que asumen en el mundo contemporáneo las diversas modalidades de orden filial o sanguíneo. La Constitución Nacional consagra dentro de sus mandatos un alto grado de protección a la familia y, por ende, a las personas que forman parte de ella. (SUAREZ, 1998).



### 1.2.2 Fundamento Legal

Desde el punto de vista jurídico, el Código Civil Colombiano no define la familia, pero si hace referencia a ella en varios artículos, tal como ocurre en el párrafo tercero del artículo 874 (derechos reales de uso y habitación), en donde alude a esta institución cuando expresa que, “La familia comprende la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución”. (Código Civil Colombiano. artículo 874. Inciso 3).

En relación a este tema la Ley 294 de 1996 en su artículo 2º establece que la familia está integrada por: los cónyuges o compañeros permanentes; el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar; los ascendientes y descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la comunidad doméstica. (Ley 294 de 1996 artículo 2º.)

Institución histórica y jurídica de más honda arraigo a través de las diferentes etapas de la civilización. Constituye uno de los grupos sociales que satisfacen los profundos intereses personales del hombre y la sociedad en conjunto. Como núcleo natural del desarrollo colectivo, es la base de la solidaridad humana y de la

ayuda mutua. Por ello juega un papel decisivo en el desarrollo del mundo y en fortalecimiento de la comunidad. (NARANJO, 2006).

A la familia se le debe considerar como la institución jurídica por excelencia, cuyos actos se proyectan tanto en el campo del derecho privado como en el del derecho público y en cuya organización y protección debe intervenir directamente el Estado, regulando todas las complejas consecuencias legales que pueda engendrar este núcleo. (ECHEVERRI DE FERRUFINO, 2010)

En Colombia no puede afirmarse con fundamento jurídico que la familia gira alrededor de uno sólo de los consortes. De acuerdo con el Decreto 2820 de 1974 y el artículo 43 de la Constitución Nacional de 1991, hombre y mujer, marido y esposa, han sido puestos jurídicamente en un mismo pie de igualdad, y por lo tanto, ambos comparten la autoridad del hogar. (ECHEVERRI DE FERRUFINO, 2010)

### **1.2.3 Reconocimiento legal de la Unión Marital de Hecho, Ley 54 de 1990, Omisiones**

Nadie desconoce que el régimen legal establecido en la Ley 54 de 1990 para las uniones maritales de hecho no es el más completo, muchos son los aspectos que el legislador no tocó sobre todo, teniendo en cuenta el auge que esta institución ha tomado dentro de nuestro conglomerado social. Discrepa mucho de ser el régimen que regule las uniones de hecho o sea por fuera de la institución

del matrimonio. Esta omisión hace que el papel del juez adquiriera gran importancia al momento de entrar a decidir sobre esta materia, y es aquí donde ha sido de gran importancia los aportes de la jurisprudencia, a pesar de que el órgano encargado de regularla ha encontrado tropiezos en su creación, si se tiene en cuenta que la institución de la unión marital de hecho representa un fenómeno social, político, jurídico y económico. (Rodríguez, 2005).

La carencia de una norma específica que regule una protección a los derechos en la unión marital de hecho, que proteja de igual forma como se protegen los derechos dentro de la sociedad conyugal, ha generado un fuerte impacto en el campo patrimonial dentro de este tipo de relaciones.

La ley 54 de 1990 representa una actitud diametralmente opuesta a la que hasta ese momento se tenía frente al concubinato; esta ley a pesar de no cumplir con las expectativas esperadas, no sólo denomina estas relaciones como unión marital de hecho, sino que hace de esta unión el supuesto de hecho de la presunción simplemente legal que permite declarar judicialmente su existencia. (Monroy, 2008).

La unión marital de hecho se puede definir como la comunidad formada por un hombre y una mujer respecto de los cuales ningún impedimento hay para que puedan casarse; de manera que constituida esta comunidad para formar una familia, es decir de manera permanente y estable, faltándole únicamente el vínculo conyugal en virtud de lo cual tiene que recibir un tratamiento jurídico semejante en

muchos aspectos al que merece la unión conyugal. Así que bajo los supuestos de licitud de la unión de un hombre y una mujer, o bien, no contrariando prohibiciones de ley ni las buenas costumbres, y siendo permanente y estable, en cuanto constituye una familia, una sociedad así formada tiene la protección jurídica similar a la que se le brinda a la sociedad matrimonial. Lo anterior significa, por el contrario, que no se protegen las relaciones rechazadas por la ley ni aquellas transitorias que no tengan el propósito de conformar una familia. (García Restrepo, 2001).

En consecuencia, dos son los presupuestos fundamentales para reconocer como situación jurídica que debe tratarse sin distinciones: la licitud y la permanencia y estabilidad de la familia. Presupuestos que sin ninguna duda se observan en la familia matrimonial, y que en cuanto aparezcan en la unión marital de hecho, dan lugar para conformar la familia extramatrimonial que reconoce y protege la Constitución Nacional. (ESPAÑA. CUENCA, 2010)

Con la expedición de esta ley 54 de 1990, se pone fin a la controversia en relación a la calificación de ilegal e inmoral de la unión marital de hecho, pero que aunque se reconocieron en la misma los efectos jurídicos, estos no se especificaron por lo cual resultan insustanciales al ir a aplicarlos a un caso concreto. Si bien esta ley crea el régimen de la sociedad patrimonial de bienes, no concreta ningún efecto civil en relación a la unión y sus componentes, pero deja abierta la posibilidad de crear una nueva regulación.

Para el Magistrado Álvaro García Restrepo “No son muy claras las razones del porque el legislador fue escaso al momento de legislar en relación a las Uniones de hecho o convivencia sin matrimonio, antes de la expedición de la ley 54 de 1990 nada se había reglamentado en materia patrimonial en las uniones de hecho, y que ante la ausencia de legislación se hicieron intentos, para lo cual se debía vencer las resistencias moralistas y religiosas que amparadas en una supuesta defensa de la institución familiar y del régimen matrimonial, desconocían los derechos de esas familias que se conformaban sin esa formalidad de un contrato o un acto religioso. (M.P. García, 2007).

Como se dijo anteriormente pese al empeño del legislador de definir las uniones de hecho y crear un régimen patrimonial para aquellos que la integran, no logro integrar todos los aspectos atinentes a la unión en sí misma, y a los demás efectos personales y patrimoniales, que se derivan de ella tales como:

El registro o reconocimiento jurídico de dichas uniones: O sea definir la unión marital de hecho señalando de una vez su naturaleza jurídica como estado civil. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia, expresó lo siguiente:

*“La ley, es cierto, no designa expresamente a la unión marital de hecho como un estado civil, pero tampoco lo hace con ningún otro, simplemente los enuncia, aunque no limitativamente, y regula, como acontece con los nacimientos, matrimonios y defunciones, y lo*

*propio con la referida unión. Por ello, el artículo 22 del Decreto 1260 de 1970, establece que los demás 'hechos, actos y providencias judiciales o administrativas relacionadas con el estado civil', en todo caso, 'distintos' a los que menciona, deben inscribirse, al igual que éstos, en el registro respectivo, así sea en el libro de varios de la notaría, como lo permite el artículo 1º. Del Decreto 2158 de 1970".*  
(Magistrado Ponente Doctor Jaime Alberto Arrubla Paucar Auto del 18 de junio de 2008)

En el contexto de la regulación alimentaria, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 de la ley 54/90 que pareció incluirse el concepto alimentario cuando se habló de ayuda y socorro mutuo, obligación que incumbe por partes iguales a ambos compañeros permanentes. (Sentencia C-1033/2002). Esta aclaró este tema partiendo del principio de solidaridad de la obligación alimentaria y el derecho de igualdad para el cónyuge y compañero permanente.

*"La igualdad de derechos y obligaciones para los miembros de la familia constituida por el matrimonio y la conformada por la unión marital de hecho*

*Una interpretación de los artículos 5 y 42 de la Carta Política permite afirmar que la igualdad que propugna la Carta entre las uniones familiares surgidas de vínculos naturales y la conformada por vínculos jurídicos, abarca no sólo al núcleo familiar como tal, sino también a cada uno de los miembros que lo componen, puesto que estas disposiciones guardan íntima relación con el artículo 13*

*Superior, que prescribe: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua religión, opinión política o filosófica (..)" (Subraya la Corte)." (M. P.:Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Sentencia C-1033/02)*

En lo que se refiere a la Presunción de Paternidad: Si bien es cierto que existen normas que regulan la paternidad de hijos en la uniones maritales de hecho, como lo esbozado a través de la Ley 1060 de 2006, la cual modifica en su totalidad la normatividad del Código Civil en cuanto a las acciones de filiación, ha impactado la regulación en materia de derecho de familia, no solo desde el punto de vista de la filiación, sino en general el parentesco, al equiparar la filiación y el parentesco matrimonial con el extramatrimonial en cuanto a la protección jurídica se refiere. Es por esto importante abordar el tema de las acciones de filiación a la luz de la nueva normatividad., al darles reconocimiento legal a estas uniones maritales demostrándose su permanencia con lo cual, los hijos, gozan de la presunción de paternidad, con lo que se evitan tener que acudir al órgano judicial para obtener su reconocimiento. (Ley 1060 de 2006).

La Fusión con la Sociedad Conyugal: La ley no contempla el caso en que la unión marital de hecho pueda convertirse en sociedad conyugal por matrimonio de los compañeros entre si, lo que da lugar a una incertidumbre en esta materia.

En cuanto a los deberes y derechos entre los compañeros: La principal función de la ley fue la creación de un régimen de bienes entre los compañeros permanentes aunque al hablar de unión marital de hecho bien pudo ocuparse de algunos aspectos personales que son fundamentales, no solo para la creación de una familia, sino también como sustento de la relación tales como: fidelidad, solidaridad, socorro y ayuda mutua, etc.

Causales de separación: En la normatividad colombiana se señalan los motivos para la disolución de la sociedad patrimonial, pero no se establece en favor de uno de ellos la posibilidad de obtener forzosamente esta disolución cuando se considere ofendido como si es el caso en el matrimonio donde se especifican unas causales de divorcio” (García Restrepo. 2001).

Con todo lo anteriormente anotado, vale la pena destacar a nivel jurisprudencial que tanto el matrimonio como la unión libre dan origen a la familia y, con independencia de la respectiva forma de constitución, así como existen aspectos que implican diferenciación, los hay también que comportan similitud, por lo cual la sola consideración de las diferencias no puede dar lugar a aceptar, prima facie, que todo trato diverso deba ser aceptado, debiéndose, entonces, analizar si en relación con una concreta materia cabe la asimilación o se justifica el tratamiento dispar otorgado por el legislador.



Por su parte la Corte Constitucional en sentencia T-506 de 2011 se refirió al tema de la siguiente manera:

“La obligación alimentaria, por regla general se mantiene por toda la vida del alimentado mientras se conserven las condiciones que dieron origen a ella, es decir en tanto subsista la necesidad del alimentario y la capacidad del alimentante. En caso de divorcio o separación, se requiere además que, el cónyuge inocente no inicie vida marital con otra persona, pues en este caso se extinguirá el derecho.

Lo anterior, implica que la muerte del alimentado será siempre causal de extinción del derecho de alimentos, porque el término máximo de duración de dicha obligación es la vida del mismo, pues los alimentos no se transmiten por causa de muerte. Situación diferente a la anterior, se presenta cuando quien fallece es el alimentante, o lo que es lo mismo, el deudor de los alimentos, pues en este caso no siempre se extingue la obligación, ya que si subsiste el alimentario y su necesidad, éste último podrá reclamarlos a los herederos del deudor, aunque concretando su pretensión sobre los bienes dejados por el alimentante, siempre y cuando no opere la confusión, como modo de extinguir las obligaciones”. (Sentencia T-506 de 2011).

Finalmente hay que tener en cuenta que la sociedad conyugal se forma con el matrimonio y la unión marital de hecho tiene que transcurrir dos (2) años de convivencia, o cuando alguno de los cónyuges tiene sociedad conyugal un año después de disuelta ésta, de acuerdo con lo enmarcado en la ley, la cual no sólo

se limita a definir las uniones maritales de hecho, sino que las regula desde su formación, elementos, duración y su disolución, teniendo presente, que esta ley establece que se presume la existencia de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo segundo, además de existir unión marital de hecho, ésta ha perdurado por un lapso no inferior a dos (2) años; la acción que se instaure para obtener la disolución y liquidación de esta sociedad, prescribe en un año, contado a partir de la separación física y definitiva de los compañeros, conforme a lo señalado en el artículo 8° de la mencionada ley 54/90.

En cuanto al divorcio, sólo puede ser demandado por el cónyuge inocente y alegando alguna de las causales prescritas en el artículo 154 del C.C., en tanto que la unión marital de hecho pueda darla por terminada cualquiera de los compañeros, sea culpable o inocente.

Por otro lado, se pudo observar que la sociedad patrimonial nace como lo establece la ley 54 de 1990, Art. 2 cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos (2) años sin impedimento legal para casarse y si alguno de los compañeros permanentes tenía una sociedad conyugal anterior esta debido ser disuelta y liquidada por lo menos un año antes de la fecha en que inició la unión marital de hecho, en suma si uno de los compañeros incurre en este caso serían tres (3) años para formalizar la sociedad patrimonial y en el matrimonio, la sociedad conyugal nace con el matrimonio, esto quiere decir una persona disuelve

y líquida la sociedad conyugal, hoy se casa al día siguiente y nace instantáneamente la nueva sociedad conyugal, en cambio en la unión si uno de los compañeros tenía sociedad conyugal y se quiere unir con otra persona deben esperar tres (3) años para que nazca su patrimonio.

Ahora que se aclara cómo nace la sociedad patrimonial de hecho, se puede observar que la disolución y liquidación de ésta según el artículo 7 de la Ley 54/90 establece un término de pre-inscripción que es de un año contado a partir de la separación física de los compañeros permanentes (Ley 54 de 1990, Artículo 7). Pero en el matrimonio la sociedad conyugal puede liquidarse en cualquier tiempo, es más, se puede hacer ésta sin que implique la cesación de efectos civiles o divorcio.

Además, el divorcio sólo se puede demandar el cónyuge inocente, en tanto que la unión marital de hecho puede darla por terminada cualquiera de los compañeros, sea culpable o inocente, ya sea por mutuo consentimiento de los compañeros, por muerte de alguno de ellos o de los dos, o cuando uno de los compañeros abandona el hogar, que es una de las más comunes.

## **CAPÍTULO 2.**

### **AVANCE JURISPRUDENCIAL EN CUANTO AL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS A LAS UNIONES MARITALES DE HECHO EN COLOMBIA**

Para poder analizar e interpretar la posición adoptada por la Corte Constitucional de Colombia, en torno al tema de la Unión Marital de Hecho, se pueden utilizar dos problemas jurídicos, enfocados hacia temas y diferentes cuestionamientos. El primero de estos problemas es: si el concubinato es equiparable a la unión marital de hecho en sus efectos patrimoniales y jurídicos, y el segundo problema jurídico es si es necesario que la unión marital de hecho cumpla con los requisitos de tiempo para que sea considerada como una sociedad conyugal. Esto se hará mediante el sistema de línea jurisprudencial, ubicando las sentencias relacionadas con el tema durante los últimos años. (López, 2002)

De acuerdo con lo observado en la Sentencia C-600/11. La cual hace referencia a los causales de recusación, en la Omisión legislativa relativa que vulnera el derecho a la igualdad, al no incluir en las normas demandadas al compañero o compañera permanente y a los parientes en primer grado civil.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que desde múltiples perspectivas el matrimonio y la unión marital son dos opciones vitales igualmente protegidas por la Constitución, pero distinguibles en razón de su conformación y efectos jurídicos. En estas condiciones, ha señalado esta Corte que el trato

diferenciado entre uno y otra, siempre que sea razonable y proporcionado, resulta no sólo constitucional sino necesario, pues, una regulación idéntica, equivaldría a desconocer las diferencias existentes entre las dos instituciones e incluso podría implicar anular una de las dos opciones, constitucionalmente protegidas, con que cuentan los ciudadanos para conformar una familia.

Sin embargo, y pese a las diferencias anotadas, ha precisado igualmente que existe una equivalencia sustancial entre el matrimonio y la unión marital de hecho: las dos instituciones dan origen a una familia y, desde este punto de vista, merecen igual protección constitucional. Pero, independientemente de las diferencias existentes entre el matrimonio y la unión marital de hecho en relación con la forma de constitución y efectos jurídicos, la Corporación también ha reconocido que en ambos tipos de uniones surgen entre sus integrantes vínculos morales y afectivos que se estructuran en virtud de la comunidad de vida permanente y singular que las caracteriza.

En este sentido se pronunció la Corte en la C-1287 de 2001 al analizar la regla contenida en el artículo 33 de la Constitución referente a la no incriminación de familiares, en la que precisó que con tal disposición “el Constituyente quiso de un lado respetar la dignidad y garantizar la autonomía de la voluntad del individuo llamado a declarar en juicio contra sí mismo o contra sus familiares más próximos, y de otro, proteger la armonía y la unidad familiar que puede verse amenazada si se impone la obligación de declarar en contra tales parientes, proscribiendo toda actuación de las autoridades que busque obtener la confesión involuntaria de

quien es parte en un proceso, o la denuncia penal de los familiares cercanos, en las mismas circunstancias de involuntariedad.” (C-1287 de 2001).

En la sentencia C-100 de 2011 frente a una demanda dirigida contra el inciso 5 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000 por haber excluido al o a la cónyuge y al compañero o compañera permanente, en la regulación de la circunstancia de agravación punitiva del delito de desaparición forzada, la Sala Plena de esta Corporación sostuvo que “entre las personas excluidas y los parientes efectivamente incluidos en la norma, existe un elemento común que justificaría que él o la cónyuge y el compañero o la compañera permanente hubieran recibido la misma protección: la relación de cercanía, amor y cuidado y los vínculos jurídicos que los unen como familia con la víctima indirecta y el hecho de que su desaparición forzada podría generar el mismo efecto nocivo que la norma quiere prevenir: ataques indirectos contra ciertas personas, por razón de la función que cumplen o por su pertenencia a ciertos grupos marginados o discriminados. De hecho, en el caso del o la cónyuge y del compañero o la compañera permanente, resulta inexplicable su exclusión dado que los lazos que los unen pueden ser incluso más fuertes que los que los vinculan con algunos de los parientes expresamente incluidos.

En el caso de la norma bajo examen, es claro que el Legislador, en ejercicio de su potestad de configuración en materia penal, decidió que era relevante para prevenir el daño social que produce la desaparición forzada, tener en cuenta el

parentesco como factor de agravación punitiva, y para ello, estableció los grados de cercanía que estaban protegidos. No obstante, omitió al o la cónyuge y al o la compañera permanente, quienes si bien no son parientes, tienen con la persona señalada en el numeral 4º del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, fuertes y estrechos vínculos jurídicos y afectivos.

No parece existir razón suficiente para ignorar el hecho evidente, reconocido por el artículo 42 Superior, que él o la cónyuge y el o la compañera permanente cumplen un papel fundamental y determinante en la conformación de la familia.”. Así mismo, esta Sala al analizar sí el numeral 1º del artículo 411 del Código Civil violaba el derecho a la igualdad por restringir el derecho de alimentos a los cónyuges y no incluir a los compañeros permanentes, en la sentencia C-1033 de 2002 concluyó que era inexecutable, en tanto la obligación alimentaria se fundamenta en el principio de solidaridad. Según este principio, los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, y que si bien “la unión marital de hecho al igual que el matrimonio está cimentada en la ayuda y socorro mutuos de quienes integran esas relaciones, no resulta razonable ni proporcional que se brinde un tratamiento desigual en materia de derecho de alimentos a los compañeros permanentes frente a quienes celebraron contrato de matrimonio, por el simple origen del vínculo familiar, más aun teniendo en cuenta la expresa prohibición que hace el artículo 13 Superior.” (C-1033 de 2002).

El objetivo de protección de la familia, en este caso, tiene fundamento en el especial vínculo de afecto, solidaridad y respeto que existe entre las personas que deciden adelantar un proyecto de vida en común, así como en la ayuda y socorro mutuo, frente a los cuales las obligaciones de declarar, denunciar o formular queja, previstas de manera general por el ordenamiento jurídico, resultan demasiado gravosas y dan lugar a conflictos que atentan contra la autonomía, la dignidad y la intimidad personales.

## **2.1 SOCIEDAD CONYUGAL**

La sociedad conyugal se constituye entre dos personas y nace jurídicamente en virtud del matrimonio cuyo patrimonio está integrado por activos y pasivos destinados a repartirse entre los cónyuges por partes iguales al momento de la disolución de la sociedad. Es el sistema que rige las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí y respecto de terceros. En otras palabras, es el sistema según el cual se administra la economía, bienes y dineros de un matrimonio.

En relación con el matrimonio, el Código Civil prevé la constitución de la sociedad conyugal por el solo hecho del matrimonio, a falta de pacto escrito, según el artículo 1774; “Presunción de Constitución de Sociedad Conyugal. A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título”. (Código Civil Colombiano. Artículo 1774).



Para la jurista Beatriz Espinosa (2007) La sociedad patrimonial no es de la esencia del contrato matrimonial en tanto que la sociedad conyugal es una presunción (ESPINOSA PÉREZ. Beatriz. 2007. En <http://www.espinosaasociados.com/>), y así lo ha confirmado la Corte Suprema de justicia en sala Civil como la Sentencia de Octubre 02 de 2004, M.P. Manuel Ardila Velásquez, en la cual al pronunciarse sobre el nacimiento de la sociedad conyugal, en el segundo matrimonio, siempre que la sociedad conyugal del matrimonio anterior haya sido liquidada, hizo consideraciones que dejan claro el carácter autónomo de la sociedad conyugal frente al contrato del matrimonio. De la misma manera las sentencias del 25 de noviembre del 2004, M.P. Manuel Isidro Ardila y de 4 de septiembre de 2006, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

## **2.2 RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LAS UNIONES MARITALES DE HECHO**

En cuanto al régimen patrimonial, cabe decir lo siguiente: En relación con la unión marital de hecho, el Código y las leyes anteriores a la ley 54 de 1990, no preveían nada semejante en relación con su régimen patrimonial. Lo cual era lógico si se tiene en cuenta la moral predominante en la época en que se adoptó el Código en Colombia, circunstancia que explica regulaciones legales injustas, que especialmente perjudicaban a la mujer y a los hijos naturales o extramatrimoniales.

Situación que vino a cambiar con la expedición de la ley 54 de 1990, que en sus artículos 2º y 3 de la ley 54 de 1990 señalan una serie de requisitos para que la sociedad patrimonial tenga existencia y efectos jurídicos. Estos requisitos son:

- Que se cumplan los requisitos necesarios para que exista la unión marital de hecho.
  
- Que si en el momento de iniciarse la unión no existía impedimento legal para que ese hombre y esa mujer pudieran contraer matrimonio, tal unión haya existido por lo menos durante dos años continuos.
  
- Que si en el momento de iniciarse la unión existía impedimento legal para que ese hombre y esa mujer pudieran contraer matrimonio, entre ellos, además del requisito de los dos años de duración mínima de esa unión, es indispensable que la sociedad o las sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Los demás artículos de la ley 54 reglamentan lo relativo a la prueba, la disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, a semejanza, como se ha dicho, de lo que ocurre con la sociedad conyugal.

En virtud de la ley 54 de 1990, el legislador consagró la creación de una nueva institución jurídica, la unión marital de hecho, a la cual le asigna unos efectos económicos, o patrimoniales en relación con los miembros de la pareja. Sin embargo, esto no significa que a los compañeros permanentes se le hayan establecido los mismos derechos y obligaciones que existen entre los cónyuges. Basta pensar, por ejemplo, que la sola voluntad de uno de sus miembros, es suficiente para poner término a la unión marital de hecho, lo que no ocurre con el matrimonio.

Sobre la institución de la Unión Marital de Hecho a partir del análisis de la Ley 54 de 1990, la Corte en la Sentencia C-098/99 señaló:

*“En este punto, la Ley 54 de 1990, sin equiparar a los miembros de las uniones libres y a los cónyuges vinculados por matrimonio, avanza en el sentido de reconocer jurídicamente su existencia y regular sus derechos y deberes patrimoniales. Si bien la jurisprudencia con base, primero, en la teoría del enriquecimiento sin causa y, más tarde, en la de la sociedad de hecho, había ofrecido su apoyo a la parte débil de la pareja que con su actividad y esfuerzo participaba en la creación de un patrimonio común, las dificultades probatorias y la complejidad de los procedimientos para su reconocimiento, limitaban notoriamente la eficacia de los instrumentos con que podía contar para su defensa. Precisamente, las disposiciones sustantivas y procedimentales de la ley se orientan a suplir esta falencia. Las presunciones legales sobre la existencia de la*

*unión marital de hecho, la configuración de la sociedad patrimonial entre los miembros de la pareja, la libertad probatoria para acreditar la unión, comportan mecanismos y vías diseñadas por el legislador con el objeto de reconocer la legitimidad de este tipo de relaciones y buscar que en su interior reine la equidad y la justicia.”* (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-098/1999. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes)

Del análisis de los anteriores pronunciamientos puede afirmarse que la jurisprudencia constitucional ha diferenciado la institución del matrimonio de la unión marital de hecho, sin equiparar los efectos de una y otra. No obstante, a partir del reconocimiento de esa diferencia ha amparado el derecho a la igualdad de las personas que en uno u otro caso, conforme lo permite la Constitución, han constituido una familia.

En materia legal la igualdad entre las uniones maritales de hecho y las uniones matrimoniales encuentra reconocimiento en diversas normatividades, como por ejemplo en las normas sobre seguridad social integral, entendida ésta como el marco de instituciones, procedimientos y sistemas legales de que disponen las personas y la comunidad, para garantizar los derechos irrenunciables a la misma, cuyo propósito es obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana y precaver el cubrimiento de sus necesidades futuras, mediante la estructuración de un régimen de salud o pensional que proteja al trabajador y a su núcleo familiar ante las contingencias como la invalidez, la enfermedad o la vejez y aun la muerte.

En relación al régimen patrimonial de las uniones matrimoniales y de las uniones maritales de hecho, existen importantes diferencias entre uno y otro tipo de sociedad determinadas por su diferente naturaleza y no conllevan discriminación contraria a la igualdad consagrada por la Constitución, porque el concepto de igualdad debe entenderse no en forma absoluta, sino relativa.

Desde el punto de vista procesal es razonable que la acción encaminada a demostrar la existencia y disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, prescriba en un término relativamente breve, contado a partir de la separación física y definitiva de los compañeros, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o ambos compañeros. Por eso, el término de un año, fijado por el artículo 8° de la ley 54, no parece suficiente. Con mayor razón, si se tiene en cuenta que el término se interrumpe con la sola presentación de la demanda, como expresamente lo determina el párrafo del artículo últimamente citado.

La existencia de la Unión Marital de hecho se prueba de conformidad a lo establecido en el artículo 4° de la Ley 54 de 1990 “la existencia de la unión marital de hecho se establecerá por los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil y será de conocimiento de los jueces de familia en primera instancia”. (Ley 54 de 1990. Artículo 4°)

### **2.3 LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL LITERAL A) DEL ARTÍCULO 47 DE LA LEY 100 DE 1993, ANÁLISIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.**

La Corte Constitucional en diversas sentencias, ha señalado que la situación reconocida por la Carta en el artículo 42 sobre la familia extramatrimonial, es a su vez, reafirmada por la legislación, por el derecho comparado y aún por la jurisprudencia colombiana, penal, civil, laboral o contencioso administrativa, en cuanto aceptan y reconocen las diferentes formas de relaciones familiares extramatrimoniales y ordenan darle un tratamiento igual al que se le otorga a la familia matrimonial.

Ese tratamiento de igualdad, previsto por la Carta, es una perspectiva de aplicación directa y no programática, por cuanto el constituyente no exige un desarrollo, por parte del legislador, como sí lo obliga en otros aspectos normativos contenidos en la Constitución de 1991, para dar protección y reconocimiento a las diversas estructuras familiares que asumen en el mundo contemporáneo las diversas modalidades de orden filial o sanguíneo.

Bajo esta perspectiva, las diversas formas de familia protegidas constitucionalmente, encuentran reconocimiento pleno en las normas sobre seguridad social integral, entendida ésta como el marco de instituciones, procedimientos y sistemas legales de que disponen las personas y la comunidad, para garantizar los derechos irrenunciables a la misma, cuyo propósito es obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana y precaver el cubrimiento de sus

necesidades futuras, mediante la estructuración de un régimen de salud o pensional que proteja al trabajador y a su núcleo familiar ante las contingencias como la invalidez, la enfermedad o la vejez y aun la muerte.

La Corte Constitucional, en relación con la sustitución pensional acoge la teoría según la cual se tiene como factor determinante en la aplicación del literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional, en casos de conflicto entre el cónyuge superstite y la compañera o compañero permanente, el hecho del compromiso efectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja, al momento de la muerte de uno de sus integrantes. Así mismo, en sentencia de julio 1º de 1993, la Corte Constitucional acoge el criterio del Consejo de Estado, Sección Segunda, al referirse al tema de la sustitución pensional y la existencia de cónyuge y/o compañera o compañero permanente que le sobreviven al pensionado fallecido, según el cual:

*“La ley da preferencia al cónyuge sobreviviente en la sustitución de los derechos pensionales de la persona fallecida sobre la eventual compañera o compañero permanente de ésta, privilegio que solamente pierde cuando, conforme a lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto 1160 de 1989, exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, salvo en caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía.”(Corte Constitucional. Sentencia C-1035 De 2008).*

En este orden de ideas, se tiene que a falta del cónyuge es beneficiario de la sustitución pensional el compañero permanente según corresponda; entendiéndose que falta el cónyuge, según lo dispone el artículo 6º del decreto citado, en los siguientes casos: por muerte real o presunta, por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico, y por divorcio; pero también se entiende que falta el cónyuge para efectos de que la compañera o compañero permanente puedan adquirir el derecho a la sustitución pensional cuando aquél, con anterioridad al fallecimiento del causante, ha perdido ese derecho sin que posteriormente lo haya recobrado por haberse restablecido la vida en común de los casados, puesto que el espíritu que orienta la normas que rigen la sustitución pensional a cargo de los empleadores particulares es el de proteger a la persona que en realidad prestó asistencia y compañía al trabajador o a la persona pensionada hasta el momento de su fallecimiento, claro está, que sin perjuicio del cónyuge que no lo pudo hacer por culpa del causante.

Respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros (as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio.

Por el contrario, la ley acoge un criterio material que es la convivencia efectiva al momento de la muerte y no simplemente formal (vínculo matrimonial) en la



determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida. En consecuencia, en el hipotético caso de la negación de este derecho a la compañera permanente bajo el argumento de un vínculo matrimonial preexistente, pero dissociado de la convivencia efectiva, por ejemplo, por el abandono de la esposa debido a la carga que representaba el cónyuge limitado físicamente, se configuraría una vulneración del derecho de igualdad ante la ley en perjuicio de quien materialmente tiene derecho a la sustitución pensional.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-389 de 1996, en la cual expresó lo siguiente:

*“La legislación colombiana acoge un criterio material - esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte - como elemento central para determinar quien es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido.”* (Corte Constitucional.

Sentencia C-389/1996. M.P. A. Martínez)

Por todo lo anterior, la Corte considera que para que el compañero o cónyuge supérstite pueda acceder a la pensión de sobreviviente es necesario:

- Que conviva con el pensionado al momento de su muerte;
  
- Que haya hecho vida marital desde el momento en que el fallecido tuvo derecho a la pensión;
  
- Finalmente, que haya convivido al menos dos años continuos, y sólo este último requisito puede ser reemplazado por la condición alterna de haber procreado uno o más hijos con el pensionado.

En principio la Corte no encuentra ninguna objeción a que la ley establezca mayores exigencias que la simple convivencia al momento de la muerte, pues la pensión de sobrevivientes es una institución en donde el Legislador tiene una amplia libertad de configuración.

Además, la norma persigue de esa manera una finalidad legítima pues, como lo muestra la regulación legal, la pensión de sobreviviente es asignada, según diferentes reglas, a diversos beneficiarios. Así, según los literales b, c y d de ese mismo artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en caso de que no haya cónyuge, la pensión se reparte entre los hijos, y en su defecto es asignada a los padres del causante si dependían económicamente de éste o a los hermanos inválidos. En ese orden de ideas, al evitar convivencias de última hora, la ley protege los derechos de otros posibles beneficiarios de la sustitución pensional, por lo cual no viola la Carta que, dentro de límites de razonabilidad, la ley consagre requisitos

suplementarios para que los cónyuges o compañeros supérstites puedan acceder a la pensión de sobrevivientes.

Por otro lado, dentro del ordenamiento jurídico colombiano existen disposiciones que parecieran reconocer un mejor derecho a la familia matrimonial que a la familia de hecho, particularmente en lo referente al reconocimiento de derechos laborales (sustitución pensional, derecho a la salud de la compañera o compañero permanente, etc.), planteándose una aparente contradicción con el mandato constitucional que establece la igualdad entre la familia matrimonial y la familia de hecho. Surge entonces la duda sobre la aplicabilidad o caducidad de estas normas, en el sentido de establecer si las mismas son inaplicables o deben ser aplicadas interpretándolas de conformidad con las disposiciones constitucionales, es decir, actualizándolas frente a la nueva Constitución.

### **2.3.1 La Pensión de Sobrevivientes en el Sistema General de Pensiones, Sustitución Pensional.**

La pensión de sobreviviente, es una de las prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones en Colombia, que tiene como finalidad esencial proteger a la familia de la contingencia de la muerte de un afiliado que pudiera fallecer.

### **2.3.1.1 Marco Normativo**

**Artículo 9 del Decreto 1889 de 1994.** “El cónyuge del pensionado que fallezca tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes cuando cumpla con los requisitos exigidos por los literales a) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993.”

**Artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.**

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su

propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente serán la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

#### **Artículo 10 del Decreto 1889 de 1994.**

“Para efectos de la pensión de sobrevivientes del afiliado, ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al

del causante, que haya hecho vida marital con él, durante un lapso no inferior a dos (2) años.

Tratándose del pensionado, quien cumpla con los requisitos exigidos por los literales a) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993.”

**Artículo 11 del Decreto 1889 de 1994.**

“Se presumirá compañero o compañera permanente, quien haya sido inscrito como tal por el causante en la respectiva entidad administradora. Igualmente, se podrá acreditar dicha calidad por cualquier medio probatorio previsto en la ley.”

**Artículo 13 del Decreto 1889 de 1994.**

“El estado civil y parentesco del beneficiario de la pensión de sobrevivientes, se probará con el certificado de registro civil”.

**2.3.2 Desarrollo Normativo y Jurisprudencial, Sustitución Pensional en Uniones Maritales de Hecho**

En relación a este punto la Corte Constitucional en Sentencia T-098 del 2010, nos presenta un acertado estudio en el cual hace un análisis evolución normativa de la sustitución pensional, aportando con su jurisprudencia, un sustento jurídico al presente estudio. Expresa la Corte:

*“En la actualidad, tanto las familias constituidas por vínculos jurídicos como naturales son igualmente dignas de respeto y protección por parte del Estado. En efecto, la Constitución contempla en el artículo 5º que “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”. En igual sentido, el artículo 42 de la Carta establece que la familia – como núcleo fundamental de la sociedad – se constituye de pluralidad de formas, por la voluntad responsable de conformarla o por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio. De esta disposición, a los efectos del presente asunto conviene recalcar la manera explícita como el constituyente estableció en el inciso segundo del mencionado artículo la protección integral a la familia, sin importar la naturaleza del vínculo de quienes la constituyen.*

*Ahora bien, en décadas pasadas, visiones morales - revestidas de normas jurídicas- acarreaban tratos diferentes – bajo una perspectiva que actualmente sería vista como discriminatoria - para aquellas familias que se hubiesen conformado sin seguir cánones sociales específicos, esto es, sin contraer matrimonio. De allí que tales uniones se reconocieran bajo nombres peyorativos como concubinato, amancebamiento o barraganería, las cuales al ser consideradas “ilegítimas”, les eran adscritas consecuencias jurídicas adversas por la diferencia de trato que tenían respecto de quienes se encontraban casados por contrato matrimonial.*

*Un ejemplo de lo anterior se encontraba en lo previsto en el artículo 275 del CST (Decretos 2663 y 3743 de 1950, adoptados por la Ley 141 de 1961 como legislación permanente), que establecía el derecho de la cónyuge y los hijos legítimos menores de diez y ocho*

*(18) años de recibir temporalmente la mitad de la pensión del trabajador jubilado. Además de las limitaciones establecidas al derecho a la sustitución pensional en términos generales, vale la pena destacar entonces que Por cuanto la misma se establecía como un derecho sólo por los dos años siguientes al fallecimiento del causante, por la mitad de la pensión que hubiese percibido el trabajador jubilado según se ha dicho y a condición de que el mismo estuviera disfrutando de su mesada al momento de la muerte y siempre que los beneficiarios no dispusieran de otros medios suficientes para su congrua subsistencia, los hijos habidos fuera del matrimonio sólo tenían derecho a la mitad de la mesada pensional a que tenían derecho los hijos “legítimos” y ningún derecho era reconocido a la concubina, El texto del mencionado artículo era el siguiente: artículo 275. Pensión en caso de muerte. 1. Fallecido un trabajador jubilado, su cónyuge y sus hijos menores de diez y ocho (18) años tendrán derecho a recibir la mitad de la respectiva pensión durante dos (2) años contados desde la fecha del fallecimiento, cuando el trabajador haya adquirido el derecho dentro de las normas de este Código, lo esté disfrutando en el momento de la muerte, y siempre que aquellas personas no dispongan de medios suficientes para su congrua subsistencia..*

*Así mismo, para las uniones de hecho no existía protección de bienes habidos durante la convivencia de la familia, al no constituirse ni reconocerse sociedad patrimonial.*

*Varios desarrollos normativos y jurisprudenciales para desmontar ese tipo de discriminaciones by law se produjeron a lo largo del siglo pasado. Ya la Corte Suprema de Justicia, en encomiable jurisprudencia, había asentado doctrina para proteger el patrimonio*



*habido durante el denominado concubinato; para lo cual elaboró la doctrina de las sociedades de hecho, consagrando la actio pro socio para la partición de los bienes adquiridos en común y la repartición de los beneficios. Pero se continuó sin una protección legal hasta la promulgación de la Ley 54 de 1990. El texto del mencionado artículo era el siguiente: Artículo 275. Pensión en caso de muerte. 1. Fallecido un trabajador jubilado, su cónyuge y sus hijos menores de diez y ocho (18) años tendrán derecho a recibir la mitad de la respectiva pensión durante dos (2) años contados desde la fecha del fallecimiento, cuando el trabajador haya adquirido el derecho dentro de las normas de este Código, lo esté disfrutando en el momento de la muerte, y siempre que aquellas personas no dispongan de medios suficientes para su congrua subsistencia.*

*Incluso en el campo de la responsabilidad extracontractual fue necesaria la intervención del Juez Administrativo para que se reconociera el interés legítimo de la concubina de accionar contra los responsables de la muerte de su compañero y ser reparada, en caso de acreditarse la responsabilidad por el daño antijurídico. En efecto, mediante providencia del veintinueve (29) de abril de mil novecientos ochenta (1980), la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, estableció que la concubina se encontraba en una “situación jurídicamente protegida” y tenía derecho, frente a la muerte ilícita de su concubino, a ser reparada por los perjuicios materiales y morales que conllevaba este daño. Esta fue una decisión importante, puesto que en ella se decidió que en el campo de la responsabilidad, en cuanto a la titularidad del derecho a ser reparada por el daño antijurídico, tanto la cónyuge como la concubina se encontraban en pie de igualdad.*

*Frente a la seguridad social, una primera variación importante fue la posibilidad de que las viudas recibieran de forma vitalicia la sustitución pensional, quienes sólo hasta la Ley 33 de 1973 obtuvieron ese derecho, pero se continuó excluyendo del mismo a las concubinas. A mediados de la década de los 70 del siglo pasado, se promulgó la Ley 12 de 1975.*

*Esta disposición, empero, desde una interpretación literal, restringía la sustitución pensional a que el trabajador muerto no se hubiera jubilado aún. Por lo mismo, se promulgó la Ley 113 de 1985, que adicionó la Ley 12 de 1975. El párrafo 1º del artículo 1º de esa nueva disposición, contempló que el derecho de la sustitución pensional procedería “(...) tanto cuando el trabajador fallecido estaba pensionado como cuando había adquirido el derecho a la pensión”.*

*Una vez expedida la Constitución de 1991, la seguridad social y, específicamente, la sustitución pensional, fueron reguladas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993.*

*Pero este tipo de pronunciamientos no sólo han sido efectuados por el Juez constitucional. En reciente jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, observó que las familias que se habían constituido en unión marital muchos años antes de la entrada en vigencia de la Ley 54 de 1990 veían sus derechos transgredidos al aplicarse la norma sólo a partir de la vigencia de esta disposición. Por lo mismo, todos los bienes adquiridos con antelación a ese momento no hacían parte de la sociedad patrimonial por liquidarse y disolverse. Ante esta evidencia, empleando el principio de retrospectividad de la ley, resolvió que en*

*aquellas uniones nacidas antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley y que continuaran vigentes con posterioridad a la misma, se tendrían en cuenta todos los bienes producto del trabajo, ayuda y socorro mutuo entre los compañeros.*

*En suma, durante muchos años, el derecho avaló un trato que hoy sería considerado discriminatorio para las uniones maritales de hecho. Entre las medidas sancionatorias se encontraba la exclusión de la compañera permanente del beneficio de la pensión de sobreviviente. (Corte Constitucional en Sentencia T-098/10 M.P. Juan Carlos Henao Pérez).*

**CAPÍTULO 3.**  
**DERECHOS CONFERIDOS A LAS UNIONES MATRIMONIALES Y A LAS**  
**UNIONES MARITALES DE HECHO EN LAS LEGISLACIONES**  
**MEXICANA, BRASILEÑA Y PERUANA**

**3.1 MÉXICO**

De acuerdo a los diferentes procesos que se han tenido como modelo de intervención frente a los nuevos mecanismos sociales de integración en la familia y en la sociedad mexicana se puede observar que esta es una sociedad conservadora constituida principalmente sobre las bases del matrimonio, como una institución jurídica protegida y reconocida por la ley. También ha sido identificada como la forma idónea para constituir una familia (requisito básico de una sociedad).

Se han direccionado diferentes estudios durante los últimos años, y en sus resultados se ha evidenciado que dentro del contexto a nivel internacional se considera a México como un país de alta estabilidad, debido a que tiene bajos niveles de divorcio en comparación con varios países con índices de desarrollo más altos, e incluso con otros cuyos niveles son similares.

Por otro lado, se puede apreciar que en México el concubinato se ha ido extendiendo enormemente en todo el país y este lo ha adoptado como un modelo

de matrimonio “a la ligera” sin necesidad de recurrir a los ritos civiles como tampoco en los religiosos. (Chávez, 1997).

Se puede apreciar que la legislación mexicana ha luchado contra la unión libre, facilitando el matrimonio. Pero según Mazeaud queda mucho por hacer: numerosos son los prometidos faltos de vivienda, y del dinero necesario para la instalación del hogar, y en el plano jurídico hay que simplificar las condiciones de forma y fondo (prohibiciones para celebrarlo, resistencia de los padres al matrimonio de sus hijos). (Citado por ROJINA, 2001).

Los unidos de hecho según Estrada Alonso son hoy reconocidos socialmente y cada vez más por las leyes. Comparando esto en países como Francia, los ayuntamientos expiden «certificado de concubinato», que da derecho en materia de seguridad social, ferrocarriles (S.N.C.F.), arrendamiento, seguros, crédito... Esta unión de hecho -reconoce el autor- puede con todo enfrentarse al matrimonio de uno de ambos convivientes. La unión adulterina entonces puede perjudicar al matrimonio, por lo que en los conflictos con las uniones no matrimoniales a la familia fundada en el matrimonio debe darse trato preferencial. (LECLERCQ, 1967).

Históricamente hablando fue a partir del 29 de diciembre de 2009 en donde fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, la reforma al Código Civil local mediante el cual se modifica tanto el matrimonio como el concubinato a fin de que ambas instituciones estén abiertas no sólo a parejas heterosexuales, sino

también a parejas del mismo sexo. (La reforma en comento entrará en vigor a los 45 días hábiles de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, 2009).

Esta reforma se enfocó en los artículos 146 y 291 Bis del Código Civil local, los cuales definen y establecen los requisitos esenciales para contraer matrimonio o establecer una relación de concubinato, respectivamente.

De acuerdo con el numeral 146 se establece que el matrimonio “es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”. Antes, el mismo precepto establecía que matrimonio era “la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada”. (Edward Martín Regalado, 2010).

De lo anterior, se desprenden dos elementos que son fundamentales para el análisis. A fin de asemejar la unión de dos personas del mismo sexo al matrimonio en su forma tradicional fue necesario reformar esta institución en dos aspectos: (a) el matrimonio ya no exige que la relación se establezca entre personas de sexos opuestos, sino simplemente entre dos personas, y (b) la procreación de hijos no es un fin del matrimonio. De esta manera, ahora “el objeto fundamental de la institución matrimonial es la realización de la comunidad de vida entre dos personas”.

Esta reforma, según lo refiere la propia Iniciativa presentada ante la Asamblea Legislativa, tiene que ver con el principio de igualdad y no

discriminación. Así, se señala en dicho documento que es “fundamental que ninguna institución, incluida la matrimonial, discrimine a las personas”, y que “la predominancia de un modelo específico no puede ser, en modo alguno, un argumento para la ausencia de reconocimiento por parte del órgano legislador de la realidad social actual en México. (Anaya Editores, 2004).

Además de las cuestiones estrictamente de constitucionalidad o de derecho internacional privado (conflicto de normas) que también se analizan aquí, es importante determinar cuál es el deber que el principio de igualdad, y no discriminación, impone al legislador al regular situaciones como éstas y si el Estado debe privilegiar el matrimonio en su concepto tradicional sobre otros tipos de unión (unión heterosexual, homosexual, lésbica, polígama, concubinato, sociedad de convivencia, matrimonio tradicional, matrimonio por comportamiento, matrimonio religioso, etc.), en virtud de las características propias de esas uniones.

Esto intentará responderse mediante el análisis de la reciente reforma al matrimonio en el Distrito Federal, con un triple enfoque: desde el punto de vista constitucional, a la luz de los Tratados Internacionales y a partir de las llamadas normas conflictuales o de derecho internacional privado. Además, se comentarán a lo largo de este estudio precedentes judiciales, nacionales e internacionales, relacionados con el tema.

La Constitución Federal Mexicana sólo alude al matrimonio en forma expresa en uno de sus preceptos. Su artículo 30, inciso B fracción II, establece, entre otros

requisitos, que son mexicanos por naturalización “la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer.

El 12 de enero de 2007 se adicionó un título Código Civil de Coahuila que regula esta materia bajo la figura de Pacto Civil de Solidaridad. mexicanos”.

La alusión en esta disposición es, sin duda, al matrimonio heterosexual. Así se desprende del orden de sus palabras. Dicho texto se refiere claramente, primero, al matrimonio de mujer extranjera con varón mexicano y, después, al matrimonio entre varón extranjero y mujer mexicana. La inversión de los sexos en esa oración es una alusión deliberada al matrimonio heterosexual. No podía ser de otra manera, pues la concepción tradicional del matrimonio es heterosexual y el origen de la fracción en comento se remonta a 1934, año en que difícilmente el constituyente pudo haber pensado en la posibilidad del matrimonio entre personas de igual sexo.

El artículo 30 constitucional otorgaba en 1934 la nacionalidad mexicana por naturalización a “la mujer extranjera que contraiga matrimonio con mexicano”, cuyo texto también hace referencia al matrimonio heterosexual. Sin embargo, dado que el Decreto de reforma constitucional de 1974 tenía por finalidad el igualar a la mujer con el hombre, entonces se reformó este artículo 30 para que se estableciera también el derecho de las mujeres mexicanas a transmitir su nacionalidad a varones extranjeros.

Finalmente, La iniciativa de reforma al matrimonio en el Distrito Federal no presenta una adecuada fundamentación y motivación. Los comentarios aquí



vertidos establecen serias dudas sobre la constitucionalidad de esa reforma. La única referencia al matrimonio en la Carta Magna se refiere, sin lugar a dudas, a la unión heterosexual. Resulta igualmente claro que cuando el constituyente estableció la protección a la familia señaló expresamente que el modelo ideal de la sociedad futura es la familia integrada por “el padre, la madre y pocos hijos”. En lo que respecta a los Tratados Internacionales, los Tribunales en la materia han interpretado que dichos instrumentos se refieren al matrimonio entre personas de sexos biológicos opuestos y que su redacción deja claro que su principal interés es proteger al matrimonio tradicional como la base de la familia.

El principio de no discriminación tampoco parece apoyar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación como los diversos Tribunales Internacionales de Derechos Humanos han interpretado que la garantía de igualdad exige tratar igual a los iguales y diferente a los distintos.

Los “efectos” de la reforma en comento en el ámbito federal (naturalización de extranjeros en caso de matrimonio, seguridad social, etc.) y en el orden local de otras entidades federativas son muy disputables. La interpretación que dé la Corte al artículo 121 constitucional, entre otras, será determinante para el sistema federal mexicano. De entrada, es dudoso que baste una reforma de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para que ello obligue a las autoridades federales y a las locales de todos los estados del país en temas que tanto el Código Civil federal como el de muchos estados del país expresamente prohíben.

Esto debe estar fuera de toda discusión. Además de la enorme trascendencia que tiene la interpretación de los preceptos constitucionales relacionados con esta reforma, el tema central -poco expresado en las discusiones mediáticas- es la definición que el Estado mexicano deba asumir sobre el tema de la familia. Es decir, si el Estado debe privilegiar una forma de unión de personas entre las muy diversas formas (unión heterosexual, homosexual, lésbica, polígama, concubinato, sociedad de convivencia, matrimonio tradicional, matrimonio por comportamiento, matrimonio religioso, etc.) y a pesar de que todas ellas puedan constituir una realidad y funcionar.

### **3.2 PERÚ**

En este país las uniones de hecho que han sido conocidas como concubinato o relaciones de convivencia, de alguna manera son reconocidas como una forma de unión intersexual muy vetusta y longeva que lleva consigo niveles muy parecidos a los del matrimonio y que ha tenido existencia en Perú, desde épocas muy remotas, motivo por el cual ha sido interesante anotar el proceso histórico. (REYES RIOS 2008).

Por otro lado, en este país se le ha dado una especial confrontación y una conceptualización totalmente diferente a la que se han dado en diferentes países latinoamericanos como lo es la consagración del modelo familiar único: el matrimonio, de acuerdo el Código Civil peruano indica:

Artículo 326: La unión estable de un varón y de una mujer, libre de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. En los casos en que la unión de hecho termina por decisión unilateral, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. (HURTADO CARDENAS 2007).

Es por esto que el derecho peruano, si bien no regula orgánicamente las uniones de hecho, lo hace en su Código Civil, otorgándoles a los convivientes derechos patrimoniales semejantes a los de los cónyuges.

El sistema legal liberal plasmado en los viejos Códigos Civiles, empero, muestran una paradoja. Por un lado, el Derecho Civil de la “modernidad” fue edificado sobre la base de una racionalidad lógica formal que se expresaba en la elaboración de conceptos autosuficientes que creasen un sistema legal seguro, predecible, que permitiera conocer anticipadamente las reglas de juego a los agentes económicos, un sistema que se acoplase armoniosamente con la necesidad de construir una sociedad que terminase con los particularismos y se convirtiese en una sociedad homogénea en cuyo interior los bienes y servicios fuesen fácilmente intercambiables por individuos movidos por sus propios intereses. A estos individuos, precisamente, el nuevo sistema les reconoció considerables espacios de autonomía para el juego de sus transacciones que

calzaban con el naciente capitalismo signado por la racionalidad utilitaria. (Bernaes Ballesteros, 1996).

El Estado optó por reglas claras pero monolíticas que privaron de una fuerte dosis de autonomía a los individuos respecto de las decisiones de orden convivencial y familiar. (Vega Mere, 2010).

En cambio, se usa la expresión «convivencia more uxorio», para hacer referencia a la ausencia de hijos aun cuando se aluda a la vida en común. En una posición, si se quiere, más tirada a la libertad o facilidad de disolución, el jurista prefiere hablar de “unión libre”, apuntalando la presencia de espacios de autonomía privada más amplios a los que suele encontrarse en el matrimonio. (VEGA MERE 2010).

Si, finalmente, la actitud del estudioso es la de connotar negativamente el fenómeno, se recurre a expresiones como «concubinato», «convivencia adulterina», «convivencia extramatrimonial», «convivencia fuera del matrimonio», «matrimonio de hecho»; precisamente para hacer notar que no se ajusta a la familia matrimonial y que, por ende, se trata de un hecho que se encuentra fuera del orden social, fuera del derecho, al estrellarse con los valores por todos reconocidos: es lo ilícito, lo anormal, lo reprobable .

El empleo del lenguaje no es gratuito. Responde a la opción del jurista o del propio legislador en torno al fenómeno familiar, al modo cómo ha decidido

enfrentar el análisis y la pretensión de sentirse autorizado para marcar las fronteras de las uniones de hecho que, de modo inevitable, se confrontan con el modelo familiar intitucionalizado en el matrimonio .

En el caso específico de las uniones de hecho, los defensores del modelo único acusan a las parejas no casadas de una actitud ambivalente. Y no les falta razón, en cierto grado. En efecto, sabido es que una gran parte de quienes deciden no contraer nupcias rechazan la formalidad del matrimonio al querer vivir “sin papeles”. Pero con ello, como bien se ha anotado, también rechazan el plano sustancial del matrimonio pues huyen del status de cónyuge y del régimen que la ley dispensa a éstos, de los derechos y sobre todo de las obligaciones que les impone; en pocas palabras, no sólo huyen de la ceremonia, sino del modelo institucional que elimina la elección de la libertad . Pese a querer mantener un amplio espacio para la adopción de decisiones relativas a la continuidad o terminación de la convivencia, sin los efectos que implica, por el contrario, la ruptura de un matrimonio, los concubinos demandan, cada vez con mayor vehemencia, protección legal a favor de sus uniones no conyugales. Es decir, huyen de la ley para luego recurrir a ella.

Es necesario, no obstante, precisar de modo adecuado cuál es el sentido de los reclamos, dado que al privilegiar la autonomía privada para organizar la vida en común, así como la libertad para dar por concluida la unión de hecho y regular las consecuencias patrimoniales en caso de ruptura, lo que demandan es que se proteja legalmente ese particular modo de convivir –en el que, reina la libertad

antes que la sujeción a un régimen definido heterónomamente- y que se respete ese amplio margen de “maniobrabilidad” basado en los acuerdos privados entre los concubinos.

Ese juego entre el no al derecho (matrimonial) y el sí a un derecho *ad hoc* (especialmente concebido para las uniones libres: he allí el acento) ha sido denunciado como una forma de juridificar y de dar un trato equivalente e inclusive más favorable que el trato otorgado a los matrimonios, curiosamente a lo que brilla por ser precario, inestable, transitorio; amparándose, de ese modo, una suerte de liberalismo en materia familiar que conduce, simultáneamente, a una desjuridización del matrimonio, al vaciamiento de su contenido y a la pérdida de su importancia, lo cual implica, para una autora como Palazzani, privatizar el matrimonio (reduciéndose el control sobre la institucionalidad familiar ) y “publicar” las uniones no conyugales pero siempre dentro de los amplios espacios de autonomía reclamados por los concubinos .

Además, se acusa la precariedad de la cohabitación que, según se dice, engendra con demasiada frecuencia familias monoparentales o el aumento del número de hijos de madres solteras que terminan siendo abandonadas. (HURTADO CARDENAS, 2007)

En suma, se rechaza el intento de toda regulación debido a que aceptarla implicaría consagrar un régimen en pro del “individualismo” familiar que se estrella contra los intereses de la familia matrimonial concebida como grupo “formalizado”.

Y, por ello, se señala que no se puede tutelar la libertad absoluta; además, la configuración pública (es decir, de normas obligatorias) de la convivencia more coniugali podría violar la autonomía que tanto reclaman los concubinos, con lo cual un régimen legal a favor de las parejas no casadas no sólo termina causando estragos al matrimonio sino, también, a la propia unión libre. (HURTADO CARDENAS, 2007).

En esta misma perspectiva, se afirma que proteger a las uniones extramatrimoniales es dispensar tutela a lo variable, a la libertad cambiante, a la asociación ocasional y precaria de intereses, a la entrega corporal caracterizada por falta de compromiso. Tutelar las uniones de hecho significaría optar por una concepción del derecho que se pone al servicio de voluntades privadas en un terreno tan álgido como el de la familia. Por ende, sólo se debe proteger al matrimonio , inclusive más allá del pluralismo pues una cosa son las opciones que derivan de éste y que deben mantenerse en ese mundo de las diversidades y otra cosa son las instituciones que el ordenamiento debe acoger como propias del Derecho de familia . (PLACIDO VILCACHAGUA, 2010).

Algunos juzgan que la apertura a otros tipos de familias como una desvinculación entre los fines trascendentes del matrimonio privilegiando lo físico, lo sexual, el hedonismo, la consagración de la “contractualización” de áreas en las que la presencia de “lo público” no puede desaparecer, si es que no queremos arriesgarnos a promover desorden, caos, promiscuidad. (PLACIDO VILCACHAGUA, 2010).

En una posición más radical, pero no por ello menos importante, se sostiene que la simple unión de hecho no da lugar a relaciones jurídicas familiares, por lo que la relación que se establece en las parejas no casadas no puede encuadrarse en el modelo de familia que el ordenamiento protege, porque no hay vínculo jurídico y, por tanto, no existe una situación organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico. (Bernaes Ballesteros, 1993).

Especialistas juristas en Perú como Cornejo Chávez, considera que en los países más industrializados, en los que el progreso científico, técnico y económico parece correr parejo con “cierta descomposición moral, típica por lo demás, de las épocas de decadencias de las culturas”, el concubinato empieza a tener mayor significación, como una suerte de repudio al orden institucional o anhelo de una así entendida liberación. El argumento, en síntesis, es más una apreciación de matiz moral antes que legal, como suele ocurrir con todos aquellos que se oponen radicalmente a acoger a la cohabitación no basada en el matrimonio.

Sin embargo, y para no faltar a la justicia, el propio Cornejo Chávez explica que las razones por las cuales se pone empeño en extirpar el concubinato no son únicamente de orden religioso, sino de carácter sociológico y que pueden resumirse en que la libertad sin límites de que gozan los concubinos es incompatible con las familias que crean.



Al efecto, explica el Ponente del Libro de Familia del Código Civil, que existen tres razones para ello: a) desde el punto de vista de la mujer, generalmente el sujeto débil de la relación, el concubinato la coloca en el doble riesgo de quedar desamparada cuando ni los hijos que ha procreado, ni el propio antecedente de su convivencia, le brindan la perspectiva de una unión duradera, y el de que además su conviviente la despoje del patrimonio que ella ayudó a formar con su trabajo o colaboración directa; b) desde el punto de vista de los hijos, la inestabilidad de la unión concubinaría no es la mejor garantía para su manutención y educación; c) para los terceros que, engañados por la apariencia de un matrimonio, contratan con una presunta sociedad conyugal.

En lo que respecta a la crisis del modelo matrimonial como legitimador de la familia, esta es considerada como una institución natural, quizá como la única institución social que ha estado presente en todas las culturas y civilizaciones a pesar que lo haya hecho de diversas formas, no ha escapado al influjo de los cambios sociales que presionan sobre su estructura o funciones, dado que no ha podido ser impenetrable o insensible a las transformaciones de su entorno.

Como bien ha dicho Fukuyama, desde la década del sesenta, el Occidente ha experimentado una serie de movimientos de liberación que buscan despojar al individuo de las limitaciones impuestas por muchas de las tradicionales normas sociales y regulaciones morales vigentes. La revolución sexual, la liberación femenina, los movimientos feministas y, en las décadas del ochenta y noventa, los

movimientos en favor de los derechos de los homosexuales y lesbianas han estallado en todo el mundo occidental.

Las tradicionales funciones de la familia relacionadas con la educación, la integración de sus miembros al seno social, cooperación entre los consortes y entre ellos para la crianza de los hijos, la asistencia y solidaridad que se predicaban de aquella, vienen sufriendo serios embates. Quizá uno de los datos más importantes de esta transformación, que pasa hoy en día desapercibido, por ser una vieja conquista (pero que se actualiza constantemente por el crecimiento de los índices de violencia familiar), sea el hecho que la familia autoritaria, destinada a mantener una unidad intrafamiliar a todo costo (evitando los conflictos), y caracterizada por la imposición de las decisiones del marido y padre, ha sido sustituida por una familia “democrática” en la que las opiniones de todos los integrantes cuentan, del caudal de derechos individuales provenientes de la legislación nacional y supranacional del siglo XX que dejó de lado el modelo de la familia “entelequia” y que la posa, por el contrario, como medio de realización de aspiraciones personales, individuales .

La familia nuclear, compuesta, en oposición a la familia extensa, por consortes e hijos, sigue diluyéndose. No sólo como consecuencia de la mayor independencia económica de la mujer, que en muchos casos le permite adoptar la decisión de tener descendencia sin necesidad de casarse o de convivir (inclusive mediante el recurso a técnicas de reproducción humana asistidas) sino también

por el hecho de que la tasa de nacimientos ha caído dramáticamente en las sociedades postindustriales y en las clases de mayores recursos o en la clase media de los países en vías de desarrollo. Al mismo tiempo, se observa un crecimiento de hogares unipersonales que no son familia; personas que prefieren dedicarse a sus propios asuntos sin querer asumir responsabilidades y los costos derivados de una unión convivencial o de tener hijos, relajándose, de ese modo, los lazos sociales basados, en buena parte, en los vínculos de parentesco.

Investigadores como Tubert considera que uno de los aspectos más relevantes que incidieron en la transformación de la familia es la crisis del matrimonio, que se manifiesta en la decadencia de su contenido institucional (registro de las uniones) y ritual (ritos sociales, religiosos y civiles que las acompañan). Según la autora, el número de uniones legales disminuye en razón de las relaciones prácticas y simbólicas que los individuos mantienen con la institución familiar al tiempo que se debilita el carácter sagrado de las formas más ritualizadas del matrimonio. Ello responde, afirma Tubert, a los cambios económicos, demográficos y sociales. Para la misma autora, desde un punto de vista ideológico, el avance del matrimonio por amor llega al punto de liquidar al matrimonio mismo por cuanto opone la exigencia de sinceridad del compromiso interpersonal al formalismo de las convenciones .

Continúa diciendo Tubert que una de las mayores evoluciones de los últimos años es el cambio de actitud de las mujeres con respecto a las formas de

establecerse socialmente: el matrimonio ya no es la forma principal de establecimiento social para ellas, como lo era hace treinta años. Ahora aspiran a preservar su autonomía en la orientación de su trayectoria vital y profesional. Existe rechazo al matrimonio debido a que de éste se deriva la división tradicional de los roles sexuales y, según afirma, en expresión que resulta de elevado interés: “... la adopción de la vida en pareja no tiene un carácter de fusión sino que pretende ser asociativa y reversible” .

La erosión del modelo tradicional de familia basada en el matrimonio también tiene relación con los afectos. Bien dice Julio Iglesias de Ussel que los elementos considerados esenciales de la vida familiar de hoy son históricamente muy recientes, tienen un pasado muy corto: la elección de la pareja por los propios contrayentes, la selección fundada en el amor, la legitimación social para la ruptura en caso de desaparición de los afectos de la pareja, etc . ¿Es posible encontrar esos amplios espacios de elección hoy en día sin necesidad de recurrir al matrimonio si en el pasado éste prescindía, con frecuencia, de la opinión y los sentimientos de la pareja, al concertarse las nupcias por terceros y no por los propios interesados?

En el escenario actual de la familia se advierte el reconocimiento y reivindicación del pluralismo. Como dice Iglesias de Ussel, se ha pasado de una configuración monolítica de la familia a otra pluralista en la que las distintas modalidades de articular la vida familiar –cohabitación o matrimonio, hijos dentro o

fuera del matrimonio, familias biparentales o monoparentales, uniones heterosexuales u homosexuales- reclaman legitimidad social y, en ocasiones, regulación legal. Como anota este autor: “El reconocimiento del pluralismo supone la ruptura con el anterior tipo único de familia, con una fuerte protección legal y – en parte- social, que situaba cualquier otra modalidad de convivencia fuera de la legalidad cuando no condenada penalmente” . Pluralismo que ha alimentado la imagen de crisis del modelo único .

Al lado del pluralismo, es claramente perceptible que el profundo cambio en el modelo familiar único es sintetizado por algunos en la fórmula la familia para el individuo y no, como ocurría en el pasado, el individuo para la familia que muestra la diferencia entre la familia-institución (el matrimonio), que es considerada como un valor en sí mismo, portadora de intereses colectivos que subordinan los individuales, y la “nueva” familia que emerge de una nueva visión de la misma como lugar privilegiado de afirmación y realización de la personalidad de los individuos, como espacio de afectos de sus miembros, reservado a satisfacer las necesidades de seguridad existencial y de relaciones sociales y emocionales que se signa como un proceso de progresiva interiorización o privatización del grupo. (CORNEJO CHAVEZ, 2008.)

La tendencia hacia la afirmación del individualismo en las relaciones familiares viene confirmada, como dice Del Dotto, en la realidad social por una serie de factores: aumento de divorcios, reducción de la natalidad, reducción de la

tasa de nupcialidad y el surgimiento paralelo de una multiplicidad de realidades familiares alternativas respecto de aquella conyugal, teniendo singular relevancia las uniones de hecho como una evidente manifestación de las cada vez más difundidas exigencias de libertad y autonomía individual así como el incremento de la convivencia more uxorio y las nuevas orientaciones sobre ella inciden, inclusive, sobre una mayor demanda de flexibilización del matrimonio (que los opositores a su admisibilidad consideran, según vimos, como una desjuridización de las nupcias) .

Las uniones de hecho, gracias al pluralismo en materia familiar, no son miradas con recelo, reprobación moral y jurídica, especialmente en el mundo occidental . Existe una consideración más positiva del fenómeno, mayor tolerancia, más aceptación. Finalmente, se trata de una realidad ineludible, inocultable.

Pese a la consagración de un modelo familiar único y excluyente, el concubinato nunca desapareció como realidad fáctica. Además, aunque se trate de argumentos frecuentemente expuestos por los colectivos de gays y lesbianas, o por quienes convienen en reconocer demandas de orden familiar a favor de estos colectivos, el matrimonio no fue siempre el prototipo de unión verdaderamente libre.

La pretensión de querer englobar los sentimientos y las opciones raigalmente personales a los dogmas volcados en las normas no resiste el paso de los siglos

ni es capaz de contener las mutaciones que se revelan en el plano sustancial, en la dimensión sociológica y en las convicciones colectivas.

En un siglo recargado de demandas de libertad; en una fase histórica como la que se ha vivenciado en la última centuria, en la que se ha acentuado la vertiente individual de los sujetos, en la que el Estado y los organismos internacionales sancionaron instrumentos universales que se convirtieron en títulos de justificación o de plasmación de nuevos derechos y de mayores espacios de autonomía; en un inocultable período de transición que va de una sociedad que pretendió ser sometida a la consabida homogeneidad a una sociedad en la que se reconoce la diversidad, la necesidad de rescatar y respetar las culturas y los valores locales y regionales: el multiculturalismo; en un tiempo en que la postmodernidad implica las diferencias de opciones, de cosmovisión, de elección, de rechazo a la “uniformidad” con la que quiso arrasar las invencibles divergencias; etc., resulta cuestionable seguir afirmando la existencia de un modelo familiar único e ignorar los cambios que la experiencia ha puesto ante nuestra mirada. (CALDERÓN BELTRAN, 2008).

De acuerdo con los posibles sistemas legales para el concubinato, y muy a pesar que para aquellos que se oponen a toda aproximación legal al concubinato les resulta muy cómodo reiterar las palabras condenatorias de Napoleón y, por ende, postulan una postura abstencionista, lo cierto es que tal argumento no resuelve ni aporta nada a “... la cuestión empírica de si realmente la voluntad de las parejas estables es mantenerse al margen de todos los efectos jurídicos del matrimonio, o si simplemente rechazan la forma de celebración o algunos de sus

efectos. Defender que quienes no quieren (o no pueden) vincularse jurídicamente no tienen derecho a invocar, como medida de sus facultades y deberes, las reglas establecidas al vínculo mismo y a partir de él, no puede ser utilizado para negar toda tutela a los convivientes, sino únicamente para rechazar determinadas pretensiones típicamente matrimoniales, y para preservar un amplio ámbito a la autodeterminación, respetando así el fundamento último de tales uniones que es el derecho al libre desarrollo de la personalidad” . (CALDERÓN, BELTRÁN, 2008).

Como bien dice Martín Pérez, la tutela jurídica de las uniones libres se justifica, en primer lugar, por constituir una relación jurídica familiar, y como tal, ha de recibir protección social, jurídica y económica. Si bien no es una relación matrimonial, pero tampoco va en contra de las moral ni contra bonos mores, parece necesaria su tutela por tener una apariencia de matrimonio. En cualquier caso, las situaciones convivenciales exigen atención del derecho en la medida que cuando existe prolongada cohabitación se crea una serie de intereses dignos de tutela. Para este autor, la exigencia que se presenta no es tanto la de regular la relación en sí –creada al margen del derecho (rectius: del status de cónyuge)- como la de regular la situación jurídica de cada una de las partes que forman la unión y sus respectivos patrimonios. El que no exista matrimonio no significa que los intereses personales y patrimoniales de los concubinos no merezcan protección, tanto durante la convivencia como al momento de su ruptura. (Martín Pérez, 2008).



Por otro lado, la ley puede considerar la convivencia como una mera situación de hecho y garantizarle una más o menos amplia parificación con la familia matrimonial. En este caso, sostiene Ferrando, se habla de sistema “presuntivo” o “no opcional” y se alude a la circunstancia que a las uniones convivenciales se les atribuye efectos independientemente de cualquier modalidad de formalización, siendo más bien necesario demostrar que la cohabitación efectivamente existe, y eventualmente su estabilidad por el transcurso de cierto tiempo o bien por el nacimiento de hijos.

En sistemas de este tipo, los convivientes no tiene facultad de elección dado que la ley automáticamente asigne efectos a la unión, por lo general para asegurar a la parte débil protección económica que las partes no siempre prevén. Los interesados pueden limitar los efectos con pactos específicos. Este sistema existe, según Ferrando, en algunas legislaciones latinoamericanas (como Bolivia, Brasil, Costa Rica), en países como Canadá, Hungría, Israel o Sudáfrica, que contemplan un número más o menos amplio de derechos y obligaciones . Este sistema, que prescinde de la formalización de la convivencia, presenta beneficios y desventajas. Se presenta como más pragmático, inclusive cuando la parte más fuerte de la relación quiere sustraerse a todo tipo de control.

Por lo general, se trata de un sistema que opera ex post y se actúa en la medida que se cumplan los requisitos que la ley exija (tiempo de convivencia, inexistencia de impedimentos matrimoniales, etc.). Pero, precisamente por tratarse

de un régimen que prescinde de la elección hecha por las partes (pues se aplica de todos modos), surge la duda de si, en realidad, no atenta contra aquella libertad que quiso mantener la pareja, debido a que el derecho a no casarse debe ser protegido al igual que el derecho a casarse. Quizá por ello resulte menos polémico regular situaciones específicas sin consagrar una disciplina al estilo de la que la se dispensa al matrimonio.

En un segundo sistema se requiere de cierta formalidad como el registro ante una autoridad pública. En este caso tiene suma importancia la elección hecha por los interesados pues se precisa de una solicitud expresa, pudiendo tener efectos limitados (como en Bélgica o en Francia con el Pacte civil de solidarité o PACS ) o una equiparación casi completa con el matrimonio (como en Dinamarca, Suecia, Noruega, Holanda) .

El registro o inmatriculación tiene la ventaja de aportar certeza. Simplifica la prueba de la convivencia y la atribución de derechos y deberes a los concubinos. Además, protege la libertad de elección, dado que sólo quien así lo desea registra el acuerdo de convivencia. Pero no resuelve el problema de las parejas que carecen de la inscripción de los pactos que hubieren celebrado.

En otros sistemas, como en la experiencia norteamericana, priman los acuerdos entre los convivientes como una forma de homenaje o respeto a la autonomía que prevalece en esa realidad. Los acuerdos tienen plena validez y

eficacia como cualquier pacto de naturaleza económica, con prescindencia de su registro en alguna entidad oficial.

### **3.3 BRASIL**

En lo que se refiere al tema, Brasil es un país que consagra la materia en la Constitución Federal Brasileña de 1988 en su artículo 226 en el que se contempla la protección a la entidad familiar, contemplando así las uniones de hecho. La protección a las uniones de convivencia comprende a las parejas heterosexuales cuya convivencia sea pública, continua y duradera. No exige tiempo mínimo de convivencia para constituir una convivencia, salvo el caso de la posesión notoria.

Estas experiencias jurídicas de la legislación comparada otorgan mayor seguridad para el camino propuesto y constituyen un aliciente real para realizar una reforma que para miles y miles de chilenos, es un ansiado anhelo, y que asimismo aspiran a desarrollar nuevas formas de organización familiar que, la realidad legislativa chilena pretérita y actual, ha persistido en dejar de lado.

Algunos expertos (Hironaka, 2001; Bilac, 1999; Braga, 1999) señalan que durante un largo período histórico, las normas jurídicas que componen el Derecho de Familia en Brasil fueron utilizadas como instrumento para imponer un orden de género jerarquizado, que legitimaba una estructura social de tipo patriarcal. El punto de partida para reflexionar sobre esta cuestión está en el Código Civil brasileño, principal precepto de control del mundo privado en el país. Figura en su

texto no solamente la definición sobre unión conyugal, una relación de parentesco, sino también las implicaciones y las interdicciones legales relacionadas a esos vínculos.

El concepto de familia en la legislación brasileña, se puede apreciar que en el conjunto de normas presentes en el Código Civil de 1916, que se prolongó hasta 2002, es evaluado por expertos como esencialmente patrimonialista, conservador y ampliamente excluyente (Almeida Júnior, 2002; Hironaka, 2005; Braga, 1999), se revelaba como un precepto legal moldeado para preservar las relaciones sociales y patrimoniales establecidas en un cierto contexto socioeconómico y cultural, privilegiando un modelo específico de familia (Bilac, 1999). Ese modelo es representado por una pareja unida por el matrimonio indisoluble y los hijos reconocidos eran únicamente aquellos nacidos en la vigencia de esa unión. Cualquiera otra manera de vínculo entre hombre, mujer y prole fue excluida o recibió una protección legal restrictiva. En ese contexto, la definición de derechos y deberes suponía relaciones jerarquizadas no solamente según la generación, sino también por un estándar de relaciones de género extremadamente desigual, basado en la figura del hombre proveedor y en una doble moral sexual (Bilac, 1999; Genofre, 2000).

El matrimonio constituye una pieza fundamental en ese modelo de familia. Al restringir la reproducción al matrimonio, la percepción jurídica del *pater is et quem nuptia demonstrant* establece una combinación de medios de protección de los hombres. Por un lado garantiza la legitimidad de sus hijos, o sea, de sus

herederos, a través del control de la sexualidad de una determinada mujer (la esposa), y por otro, también protege a la familia legítima de las posibles consecuencias de una vida extraconyugal. Así, los hombres podrían ejercer libremente su sexualidad con otras mujeres —amantes y prostitutas— sin que se vean obligados a asumir cualquier tipo de responsabilidad. (Almeida Júnior, Jesualdo Eduardo de 2002)

De esa forma, en una sociedad marcada por profundas desigualdades sociales como es la brasileña y en la cual las posibilidades de concreción de ese modelo familiar, basado en la unión civil y en la relación asimétrica entre un marido-proveedor y una esposa-madre y ama de casa, se muestran diferenciadas conforme la clase social de los individuos. Las familias comandadas por mujeres sin compañero, las uniones consensuales, las separaciones y segundas nupcias son fenómenos que siempre estuvieron presentes en la sociedad brasileña (Côrrea, 1994; Besse, 1996; Bilac, 1999; Da Matta, 1987), pero que se quedaron al margen de los textos legales por mucho tiempo.

Por otro lado, la Constitución de 1988 enfoca la preservación de la dignidad humana y así, la protección de todos los modos de familia que son comprendidos como necesarios por ser el sitio de realización existencial y afectiva de los individuos. Negar amparo legal a cualquier tipo de entidad familiar heriría el principio de la dignidad humana de aquellos que integran, por opción o por circunstancias de la vida, las entidades excluidas (Lobo, 2002).

Así, la Constitución se estableció como la principal referencia jurídica en el tratamiento de las cuestiones de familia, aun después de la promulgación del Nuevo Código Civil en 2002. En verdad, el Nuevo Código de 2002 apenas reiteró los principios contenidos en la Constitución Federal, reconociendo la igualdad de derechos entre todos los diferentes arreglos familiares existentes, facilitando la posibilidad de reconocimiento legal también de las familias homoparentales (aquellas encabezadas por parejas de mismo sexo). (Berquó, Elza, 1998)

El sistema legal brasileño, al reconocer estructuras familiares diversas, ha posibilitado un tratamiento más flexible de las cuestiones que afectan a la familia, la vida conyugal y la filiación (Fachin, 1996). Según algunos expertos, en ese proceso la mirada normativa estuvo atenta a los impactos que surgieron principalmente con los profundos cambios ocurridos en la vida de las mujeres, propiciados por la mejor regulación de la concepción y la consolidación de la posición femenina en el mercado de trabajo (Fachin, 1996, Genofre, 2000, Hironaka, 2001).

La importancia adquirida por estas dimensiones en el campo del Derecho de Familia puede quedar clara al considerar los indicadores de la fecundidad y de la inserción femenina en el mercado laboral brasileño. Durante cuatro décadas ha habido una marcada reducción en el número promedio de hijos por mujer, de 6,2 en el año 1960 a 2,4 hijos en 2000 (IBGE, 2003; Berquó, Cavenaghi, 2004). Los datos de comienzos del siglo XXI muestran que la fecundidad se mantuvo por

debajo del nivel de reemplazo. El descenso de la fecundidad, en parte, ha contribuido a la expansión de la inserción y mantenimiento de las mujeres brasileñas en el mercado laboral. Un perfil que tendió a diversificarse. En la década de los setenta, las mujeres que formaban parte del mercado de trabajo eran en su mayoría jóvenes y solteras. (Ariha, Margareth 1998).

Desde los años ochenta, las mujeres mayores de 35 años, unidas y con hijos ganaron más espacio y ahora predominan en la población de los trabajadores (Bruschini, Lombardi, 2001; Troncoso, 2004)

## CONCLUSIONES

Es importante tener en cuenta que la familia como núcleo fundamental de la sociedad, en todo su contexto ha merecido una protección especial por parte del Estado, sobre todo en lo concerniente al régimen jurídico del matrimonio vs la unión marital de hecho, y de acuerdo con lo que se vive actualmente en las relaciones de pareja se puede ver como el derecho que es un fenómeno social actuando como factor incide sobre las conductas y las regula y como producto social emerge de las necesidades del colectivo, es así como las uniones, distintas al matrimonio, están bajo la tutela estatal y es así como finalmente la Constitución y la jurisprudencia han procurado que se asemejen, en lo que sea posible, los efectos del matrimonio y las uniones maritales de hecho.

Con todo esto se evidencia la necesidad que tiene el legislador de responder a las exigencias de la convivencia social, pues la sociedad por ser un agente cambiante, siempre va a estar en un rol modificador de conductas, lo que debe generar, como en efecto lo hace, la transformación legislativa y, lo que es más importante, el cambio paradigmático de la conciencia cultural y social.

Además de lo anterior, se puede apreciar, que, con la asimilación de las dos (2) uniones, el matrimonio y unión marital de hecho, definitivamente la institución matrimonial es el modelo por excelencia de unión entre un hombre y una mujer



para conformar una familia, sin perder de vista la unión marital de hecho como una alternativa válida y cuyo uso se ha incrementado con el correr de los años.

Y es así como el legislador es a quien le compete precisar el ámbito de aplicación de la ley en cuestión y destacar los elementos de la estabilidad y la notoriedad que permiten verificar de manera objetiva la relación afectiva de pareja no formalizada, así como también acotar, particularmente, el lapso de duración de la unión, decidiendo si se acoge o no el transcurso de dos años de unión estable propuesto por la sentencia de la Sala Constitucional en Colombia.

Vale la pena también anotar que si la ley va a continuar en el sistema acogido por algunas legislaciones en torno a la acreditación de este tipo de relación, mediante su inscripción en un registro especialmente creado para este fin, o a través de otro medio probatorio, se va a exigir su declaratoria judicial en donde las partes interesadas puedan reclamar sus efectos y que es necesario que se pueda valer de cualquier tipo de prueba legal.

Los efectos de orden personal y patrimonial que derivan de la unión marital de hecho, son semejantes a los del matrimonio, entonces el hombre o la mujer pueden optar libremente por una convivencia no formalizada. Es lo que algunos autores han calificado como el “derecho a no casarse” o que en su opinión también debería plasmarse en un texto constitucional. Esto genera consecuencias de que la pareja podría optar por un convenio regulador de la convivencia que contemple los aspectos de orden patrimonial, sin que éste contraría los derechos fundamentales de la persona.

Se pudo concluir además, que se da un sentido diferenciador entre las omisiones legislativas absolutas y las omisiones legislativas relativas. En las primeras no existe actuación del legislador, pero, en las segundas sí existe una actuación del legislador pero ella es incompleta o imperfecta, en cuanto deja de regular supuestos de hecho idénticos o semejantes a los regulados y quebranta por ello el principio de igualdad o el derecho de defensa que deben prevalecer un todo proceder judicial

En relación a la aplicación de la Ley 54 de 1990 como es sabido su esencia es poder proteger la finalidad perseguida por el legislador con la expedición de la ley como lo es el garantizar y reivindicar los derechos de los compañeros permanentes en donde se debe aplicar un carácter retrospectivo y no retroactivo y que la jurisprudencia es la fuente principal del derecho, debe buscar elementos que coadyuven a manejar de manera positiva su cristalización y lo que se pueda constituir en prueba de cómo ya no procede la omnipotencia legislativa para permanecer indiferentes o impasible frente a una norma que se separa de la idea de la mayor humanización del derecho en el entorno de la familia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMEIDA Júnior, Jesualdo Eduardo de (2002) «A evolução do Direito de Família: Uma análise comparativa do Código Civil de 1916 e do Movimento Reformista.», en Instituto Brasileiro de Direito de Família <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=73>>, último acceso 25 de enero de 2003.

ALVARO FERNANDO GARCIA RESTREPO. Unión Marital de Hecho y Sociedad Patrimonial, Necesidad de Una Reforma.

ANAYA Editores, Código Civil Del Estado De Veracruz Actualizada, Única Edición, Anaya Editores, México, 2004,

ARILHA, Margareth (1998) «Homens: entre a 'zoeira' e a 'responsabilidade'», en Arilha, Margareth; Ridenti, Sandra Unbehaum y Medrado, Benedito (orgs.), Homens e Masculinidades: outras palavras, São Paulo, ECOS/Ed. 34.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Comentarios a la Constitución de 1993. Pág. 135.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Comentarios a la Constitución de 1993. Análisis Comparado. Lima-1996.

BERQUÓ, Elza (1998) «Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica», en Schwarcz, Lilia Moritz (org.), História da Vida Privada no Brasil 4. Contrastes da intimidade contemporânea, São Paulo, Companhia das Letras.

CHAVEZ Asencio, Manuel F., La familia En el Derecho, Porrúa, 5ª ED., actualizada, México,1997.

CHAVEZ Asencio, Manuel F., La familia En el Derecho, Porrúa, 5ª ED., actualizada, México,1997.

CALDERON BELTRÁN, Javier E. Tema: Uniones de Hecho en el Perú, en donde cita al maestro CORNEJO CHAVEZ, Héctor en referencia a las acepciones dadas tanto en sentido lato como estricto del concubinato. Lima, 2008.

————— y Cavenaghi, Suzana (2004) «Mapeamento sócio-econômico e demográfico dos régimen de fecundidade no Brasil e sua variação entre 1991 e 2000», trabajo presentado en el XIV Encontro Nacional de Estudos Populacionais, Caxambu-MG, ABEP.

ECHEVERRI DE FERRUFINO, Ligia. Aspectos de familia en la Constitución Política de 1991. Revista Hojas Universitarias. Universidad Central. Documento [Online]. Disponible en:

[<http://www.ucentral.edu.co/humanidades/hojasuni/HOJAS%20U%2059/ASPECTOS%20DE%20FAMILIA%20EN%20LA%20CONSTITUCION%20POLITICA%20E%201991.pdf>], 2010

ESPINOZA QUINTERO, Leonardo. Teoría General de las Sociedades Comerciales. Ed. Sergio Arboleda. Segunda edición, 2005.

ESPAÑA. CUENCA ALCÁINE, Begoña. El marco de las uniones de hecho en España [Online]. Octubre 2010 [Citado 18 de octubre de 2010]. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201010-3579518234528614.html>.

GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio. Unión Marital de Hecho y la Sociedad Patrimonial entre Compañeros Permanentes, Revista Nueva Época, p. 13 ys ss. Bogotá, 2005.

GARCIA RESTREPO, Álvaro Fernando y ROCA BETANCUR, Luz Stella. UNIÓN MARITAL DE HECHO Y SOCIEDAD PATRIMONIAL. Historia Legislativa de la ley 54 de 1990. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2001., p. 162-163

HERRERIAS Sordo, María Del Mar, El Concubinato, Análisis Histórico Jurídico y su Problemática en la Práctica, Porrúa, 1ª ED., México, 1998.

HURTADO CARDENAS, Eduardo de Jesús. Propuestas para la creación del régimen de bienes entre concubinos, p. 33-44. Lima, 2007.

LECLERCQ, Jacques, La familia Según el derecho natural, Herder, 5ª ED. ,  
Barcelona, 1967.

ROJINA Villegas, Rafael, Compendio De Derecho Civil: Introducción,  
Personas y Familia, 31ª ED., Tomo I, Porrúa, México, 2001.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, IUS 2004, SCJN, México  
, 2004.

CD.ROM.

PALES, Marisol, Diccionario Juridico Espasa-Calpe, Tomas Moro Fundacion,  
Madrid, 2001. CD-ROM.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, jurisprudencia septiembre  
2004, Visual Software, México, 2004. CD-ROM:

Antiguo Código Civil Colombiano. Artículo 329

Código Civil Colombiano. artículo 874. Inciso 3.

Colombia Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 febrero 1976, CLII, 35, en  
Sentencia C 239 de 1994. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía. Recuperado de  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-098/1999. Magistrado Ponente.  
Eduardo Cifuentes

CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Artículo 1774.

*Colombia Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 febrero 1976, CLII, 35, en Sentencia No. C 239 de 1994. M.P. Dr. Jorge Arango Mejia. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/htm>*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto del 18 de junio de 2008, Magistrado Ponente Doctor Jaime Alberto Arrubla Paucar. Colombia, Código Civil, Art. 1774. PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL. A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título.

República de Colombia Constitución Política Nacional: Artículo 42: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”)

República de Colombia, Ley 54 de 1990.

República de Colombia, Ley 1060 de 2006. La Filiación y sus Acciones en la Ley 1060 de 2006.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1033 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, 2002.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1035/08 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc\\_sc\\_nf/2008/c-1035\\_2008.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2008/c-1035_2008.html)

Publicado en la página

<http://www.escribiendoderecho.blogspot.com/2008/04/uniones-de-hecho-en-el-per.html> por CALDERON BELTRÁN, Javier E. Tema: Uniones de Hecho en el Perú, en donde cita al maestro CORNEJO CHAVEZ, Héctor en referencia a las acepciones dadas tanto en sentido lato como estricto del concubinato.

República de Colombia, Ley 1060 de 2006. La Filiación y sus Acciones en la Ley 1060 de 2006.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1035/08 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc\\_sc\\_nf/2008/c-1035\\_2008.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2008/c-1035_2008.html)

Publicado en la página

<http://www.escribiendoderecho.blogspot.com/2008/04/uniones-de-hecho-en-el-per.html> por CALDERON BELTRÁN, Javier E. Tema: Uniones de Hecho en el Perú, en donde cita al maestro CORNEJO CHAVEZ, Héctor en referencia a las acepciones dadas tanto en sentido lato como estricto del concubinato.

LECLERCQ, Jacques, La familia Según el derecho natural, Herder, 5ª ED. , Barcelona, 1967.

MONROY, Víctor M. Matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia y unión



libre.Documento[Online].Disponibleen:<http://www.monroyabogados.com.mx/matconcu.pdf>, 2008.

ROJINA Villegas, Rafael, Compendio De Derecho Civil: Introducción, Personas y Familia, 31ª ED., Tomo I, Porrúa, México, 2001.

RUIZ, Humberto. El concubinato como fuente de las relaciones jurídicas. (Tesis de Grado), Universidad Nacional, Bogotá, 1953 p. 37.

NARANJO OCHOA. Fabio: Derecho Civil personas y Familia. Librería Jurídica Sánchez, R., 2006.

PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. El Principio de Promoción del matrimonio y la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse en Observatorio de Derecho Civil. Volumen II: LA FAMILIA. Editorial Motivensa-Lima, 2010

REYES RIOS, Nelson. La Familia no matrimonial en el Perú. Artículo publicado en la revista de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNSMN, p. 38, 2008.

RODRÍGUEZ FONNEGRA Jaime. " La Unión Libre ante el derecho civil" en: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Año 2005, p. 217 a 223.

SUAREZ FRANCO, Roberto. El Derecho de Familia, Tomos I y II, Santafé de Bogotá, Editorial Tunes, 1998.

TOBON, A. Julia Esther, Legitimización de los hijos habidos en la unión marital de hecho, Medellín, UDEM, 2003.

VEGA MERE, Yuri. Pautas para la definición del régimen económico de la unión de hecho en Observatorio de Derecho Civil. Volumen II: LA FAMILIA. Editorial Motivensa-Lima, 2010.

#### LEGISGRAFIA

ANAYA Editores, Código Civil Del Estado De Veracruz Actualizada, Única Edición, Anaya Editores, México, 2004,

ANAYA Editores, Código De Procedimientos civiles del Estado De Veracruz, Única Edición, Anaya Editores, México, 1997.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. La Familia en las Constituciones Modernas. De Palma, Buenos Aires:. 1974.

ESPINOSA PÉREZ. Beatriz. Sociedad Conyugal en el Régimen Jurídico de Colombia. Universidad Javeriana. 2007. En <http://www.espinosaasociados.com/>.

GARCÍA RESTREPO Álvaro Fernando. Unión Marital De Hecho y Sociedad Patrimonial Necesidad de Una Reforma Magistrado Sala Civil Tribunal Superior de Bogotá. 2001.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Ed. Legis, Bogotá D.C. 2002. p.p. 55-60

NORTH, Douglas. Instituciones, Cambio Institucional Y Desempeño Económico Fondo de Cultura Económica, México 1995. Pág. 13-42., en donde la unión matrimonial supone la constitución de una sociedad conyugal , mientras que la unión marital de hecho supone una sociedad patrimonial.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Concepto No Concepto 2008019796-000 de 2008. Recuperado de <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Conceptos2008/2008019796.pdf>.

VALENCIA Zea, Arturo y Monsalve Ortiz, Álvaro. Derecho Civil, Tomo V Familia. Temis. 1995 p.474.

FRUGGERI, L. (2000). “Una propuesta de clasificación de las intervenciones a favor de la familia: de los contenidos a los procesos”. Sistemas Familiares, Año 18 - n.º 1-3, 2002.

DNP, Hacia una Colombia Equitativa e Incluyente, Informe de Colombia sobre los Objetivos del Milenio, Bogotá, 2005.



*Barranquilla, agosto 20/13*

*Doctora*

**BELIÑA HERRERA TAPIAS.-**  
**CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURIDICAS**  
**Corporación Universidad de la Costa "CUC"**

*Cordial saludo*

Luego de revisar el trabajo de tesis **titulado OMISIONES LEGISLATIVAS DEL REGIMEN JURIDICO DEL MATRIMONIO FRENTE A LA UNION MARITAL DE HECHO EN COLOMBIA**, realizado por la egresada **MAILYNG VERGARAS GARCES**, se concluye que el tema de investigación es de suma importancia y trascendencia social y jurídica, que fue abordado con objetividad y coherencia, bajo la asesoría y seguimiento de la suscrita, de conformidad con las exigencias de la Institución, en virtud de lo cual me permito presentar concepto de fondo **FAVORABLE.-**

*Se suscribe de Usted atentamente,*

  
**ALICIA ALVAREZ PERTUZ.-**  
**Docente Tiempo completo**  
**Asesora**