

**LA MUTACIÓN JURÍDICA DEL CONCEPTO DE FAMILIA, CON OCASIÓN DE LOS
FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA LEY DE UNIÓN MARITAL DE
HECHO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
BOGOTÁ D.C.**

2015

**LA MUTACIÓN JURÍDICA DEL CONCEPTO DE FAMILIA, CON OCASIÓN DE LOS
FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA LEY DE UNIÓN MARITAL DE
HECHO**

JUAN CAMILO MELO ALFONSO

Tesis de grado para optar al título de Abogado

Directora

YADIRA ELENA ALARCÓN PALACIO

Abogada de la Universidad del Norte (Colombia).

**Doctora en Derecho Privado, Social y Económico y Máster en Necesidades y Derechos de
la Infancia y la Adolescencia por la Universidad Autónoma de Madrid, (España).**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

BOGOTÁ D.C.

2015



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

**PADRE JORGE HUMBERTO PELÁEZ PIEDRAHÍTA, S.J.
RECTOR**

**Dr. JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA
DECANO ACADÉMICO**

**Dr. PABLO JOSÉ QUINTERO DELGADO
DIRECTOR DE CARRERA**

**KAREN GONZÁLEZ PEÑA
SECRETARIA DE FACULTAD**

**Dr. SERGIO MUÑOZ LAVERDE
DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

**Dr. XIMENA CASTRILLÓN AYERBE
COORDINADORA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

AGRADECIMIENTOS

A Dios por permitirme culminar los estudios de esta hermosa carrera, a mis padres por haber hecho esto posible, a Diana Marcela por ser el pilar de este logro y mi compañera de lucha; y ante todo, mi gratitud y aprecio a la Doctora Yadira Elena Alarcón Palacio por compartir su conocimiento conmigo.

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de grado. Solo velara que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque los trabajos de grado no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellos el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

*Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946
Pontificia Universidad Javeriana*

TABLA DE CONTENIDO

	Págs.
INTRODUCCIÓN.....	1
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	6
1.1 ORIGEN Y CONCEPCIÓN: LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO ANTES DE LA CRISTIANIZACIÓN DEL IMPERIO.....	6
1.2 DESARROLLO DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA CULTURA OCCIDENTAL Y LA CRISTIANIZACIÓN DEL IMPERIO ROMANO (ÉPOCA POSTCLÁSICA)	16
1.3 LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO GERMÁNICO	20
2. FORMAS DE CONSTITUIR FAMILIA EN COLOMBIA	25
2.1 LA FAMILIA NUCLEAR	29
2.2 LA FAMILIA MONOPARENTAL	31
2.3 LA FAMILIA HOMOPARENTAL	33
2.4 LA FAMILIA DE CRIANZA	34
3. LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	37
3.1 EL ORDENAMIENTO MEXICANO: LA LEY DE LAS SOCIEDADES DE CONVIVENCIA	37
3.2 EL ORDENAMIENTO FRANCÉS Y LOS PACTOS DE SOLIDARIDAD Y CONCUBINATO (PACS)	41
3.3 EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL	42

4. LEY 54 DE 1990: LA LEY DE UNIÓN MARITAL DE HECHO Y EL RÉGIMEN PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES	46
4.1 ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO	53
4.2 RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LOS COMPAÑEROS PERMANENTES	58
5. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES COMO FUENTE DE CONFORMACIÓN DE LA FAMILIA	60
6. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA FAMILIA, A PARTIR DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE UNIÓN MARITAL DE HECHO	64
CONCLUSIONES.....	74
BIBLIOGRAFÍA.....	77

INTRODUCCIÓN

Existen varias definiciones del concepto de familia, solamente revisando el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española encontramos cerca de 10 enunciaciones de este vocablo, sin embargo, para la tesis que nos corresponde sustentar entenderemos a la familia, como punto de partida, de la siguiente manera¹:

- a) “*Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.*”
- b) *Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.*

A pesar de que estas dos definiciones son completas y nos muestran de *grosso modo*, lo que debemos entender por familia. Lo cierto es que la evolución de la sociedad, ha llevado a cambiar de manera radical la concepción de este concepto a tal punto que la familia actual se presenta como un conjunto de personas totalmente distinto al que el imaginario común percibía a principios del siglo XX.

Actualmente, la familia al igual que la forma de pensar del ser humano, se ha diversificado, hasta tal punto de entender que existen tantas familias como formas de pensamiento haya en nuestra sociedad. Existen familias, por ejemplo, nucleares, monoparentales, homoparentales, de crianza, entre otras.

Ahora bien, dejando un poco de lado el concepto de familia, trataremos de encontrar su relación con el Derecho, al fin y al cabo, según la teoría de Luis Recasens Siches, el Derecho es “*vida humana objetivada*”. En ese orden de ideas y siguiendo con esta

¹ Estas definiciones fueron extraídas del Diccionario de la Lengua Española (DRAE), edición actual del año 2001, disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=familia>

corriente de pensamiento, la familia sería, para nuestro caso, la “*vida humana auténtica*”, esta a su vez constituye nuestra propia existencia, y es allí, sobre la antes mencionada “*vida humana auténtica*” donde el Derecho entra a regular su conformación y desarrollo².

En el marco del Derecho Internacional, la familia es un derecho humano universalmente reconocido. Así pues, los artículos 12³, 16⁴ y 25 de la Declaración Universal de los Derechos humanos del 10 de diciembre de 1948, se menciona y protege esta institución por considerarla como fundamental para la condición humana. Nótese asimismo que la declaración entiende por familia aquella conformada por un hombre y una mujer vinculados por medio de un matrimonio cuyo vórtice es la procreación (familia nuclear).

Es de tal importancia la familia para el ordenamiento jurídico, que la misma Constitución, nuestra carta fundamental y *norma de normas*, la define como “(...) *el núcleo fundamental de la sociedad* (...)”. Desde este punto de partida podemos apreciar que la familia, para el ordenamiento jurídico colombiano, constituye un pilar básico y una de las prioridades en materia legislativa, de política pública e inclusive de actividad judicial, donde incluso existe una jurisdicción propia y un juez especializado.

² Según el pensamiento del profesor guatemalteco Luis Recaséns Siches, el Derecho se fusiona en la vida humana, la cual cataloga como la realidad primaria y radical, definiendo de esta manera al Derecho como “*vida humana objetivada*”.

³ Artículo 12: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

⁴ Artículo 16: 1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio; 2) Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio; 3) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

En ese orden de ideas, la familia no es una rama más o especialidad dentro del vasto universo que compone el Derecho, sino que se trata de una institución jurídica de impajaritable trascendencia social. Inclusive, para nuestro concepto, la familia es la más humana de las especialidades del Derecho.

En nuestra Constitución Política existen varias formas de constituir una familia, tenemos los vínculos naturales o jurídicos (filiación), el matrimonio (monógamo y heterosexual) y a falta de este, la decisión libre y responsable de un hombre y de una mujer de convivir, asumiendo los mismos derechos y obligaciones derivados de un matrimonio formalmente celebrado. Esta última forma de conformar familia es un reconocimiento de la realidad que gobernaba al país desde hace varios años, donde una pareja monógama y heterosexual decidía, de manera libre y voluntaria, conformar un hogar con todas las características de un matrimonio. Sin embargo, este nuevo reconocimiento que hizo la constitución, cuyo antecedente más próximo se encuentra en la ley 54 de 1990, que reglamentara la Unión Marital de Hecho, dejó algunos vacíos a la hora de interpretar y aplicar ciertas normas que, en principio, estaban destinadas a los cónyuges. Además de lo anterior, también salen a la luz del Derecho nuevas realidades sociales que en principio no estaban reglamentadas, tal es el caso de las personas que se casaban y debido a lo dispendioso de los tramites de un divorcio decidían simplemente separarse de hecho y convivir, en Unión Marital de Hecho, con una o varias personas de manera conjunta o sucesiva. Paralelo a esto, las personas homosexuales, por medio de la de la analogía también lucharon porque esta figura, en principio concebida para parejas de diferente sexo, les fuera aplicada en temas de salud, pensiones y régimen de bienes.

Como consecuencia de lo anterior y debido a que la familia, a partir de la Constitución de 1991, se ha entendido como un concepto dinámico, progresivo y que va más allá de cualquier formalismo que pueda imponer la ley. La jurisprudencia le ha salido al paso a estas nuevas tendencias y se ha encargado de regular la familia en cuanto a su conformación y desenvolvimiento. Esto a todas luces era una movida francamente obvia, ya que si la sociedad tuviese que esperar la lenta respuesta del legislativo a los cambios sociales sería prácticamente imposible lograr que el Derecho tenga la efectividad necesaria a la hora de regular esta institución. Es así como el objetivo principal de este trabajo es demostrar como la jurisprudencia, en gran medida proveniente de la Corte Constitucional, ha sido de capital importancia a la hora de modificar la concepción social de la familia, a tal punto de llegar a afirmar que ha mutado las características fundamentales de esta institución. Todo lo anterior, tomando como punto de partida el análisis que está corporación le ha dado al concepto de Unión Marital de Hecho dentro de la dinámica jurídica y las reglas de juego impuestas en la Constitución Política de 1991, incluyendo, claro está, los avances, no tan sobresalientes, que ha tenido el legislativo al respecto. No obstante todo lo anterior, no es posible realizar este análisis sin recurrir, escudriñar o examinar el concepto de familia tanto en la historia colombiana como en el Derecho comparado. Así las cosas y en síntesis, el objetivo fundamental de esta monografía jurídica será establecer la magnitud de la influencia que ha tenido la jurisprudencia en el cambio jurídico – conceptual de la familia en Colombia, a partir del análisis interdisciplinario, histórico y comparado. Haciendo especial hincapié en la Unión Marital de Hecho y su posible equiparación jurisprudencial con la institución del matrimonio.

En el capítulo 1 se hablará de los antecedentes históricos de la regulación jurídica de la familia, empezando en la antigua Roma, pasando por la cristianización del imperio y terminando en la tradición jurídica germánica.

En el segundo capítulo se abordarán las diferentes formas de familia que existen en nuestro país, empezando con la familia nuclear (base de esta monografía), e incluyendo obviamente las familias monoparentales, homoparentales y por supuesto, las de crianza.

El tercer capítulo tratará sobre la situación jurídica de la familia en el Derecho comparado. Al ser Colombia un país de tradición jurídica continental (romano germánica), nuestro objeto de estudio en esta parte del trabajo se centrará en el derecho mexicano, español y francés. Con énfasis en la forma como estos estados han afrontado el fenómeno de la pareja de hecho.

En el cuarto capítulo se hará un examen detallado de la ley 54 de 1990 y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes que con ella se instituyó, se explicaran los alcances de la norma y por último se realizará un breve análisis de las interpretaciones judiciales que han surgido con ocasión de esta norma.

En el quinto capítulo se hará una breve referencia a las parejas homosexuales y el reconocimiento que estas han tenido dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Finalmente, el sexto capítulo se encargará de analizar la interpretación judicial que se le ha dado a la norma sobre Unión Marital de Hecho. Este capítulo es muy importante ya que de este depende si efectivamente nuestra jurisprudencia ha mutado el concepto jurídico de familia, tal y como lo promete explicar el título de esta monografía.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. Origen y concepción: La institución jurídica de la familia y el matrimonio en el Derecho Romano antes de la cristianización del imperio.

La sociedad romana y en general su ordenamiento jurídico en materia de familia estaba compuesto por dos elementos a saber, la *familia* y los *gens*. La familia estaba constituida por todas aquellas personas sujetas al control y sumisas al poder de un *pater familias*. El origen del poder de esta figura patriarcal podía radicar en el parentesco, adopción o matrimonio, dicho poder en principio era ilimitado. Las normas religiosas permitían un amplio margen de control al *pater familias*, llegando incluso al abuso de poder sobre las personas que estaban a su cargo. Bajo esta concepción de familia, el *pater familias* era la única persona que tenía derechos bajo la óptica del Derecho Privado, es decir que mientras una persona estuviese bajo el dominio del *pater familia*, sin importar su edad, no era independiente (*alieni iuris*). Por ende no podía ser titular del Derecho de dominio sobre algún bien⁵.

Por otra parte, los *gens* eran grupos de familias que compartían un progenitor común (Así este fuese en algunas ocasiones de origen legendario), los integrantes de una *gen* compartían lo que en principio se podía denominar como un apellido. Al principio, solo los patricios podían formar *gens*. Así pues era un Derecho de familia dirigido a las elites. En la ley de las XII tablas del 449 AC existían normas sobre tutela y reglas para la sucesión *ab intestato* que regían para los gentiles “*Si intestato moritur, cui sus heres nec escrit,*

⁵ En la época de la República, los bienes familiares eran solamente adquiridos por el padre, tanto el hijo como el esclavo no adquirían para sí, empero, a diferencia con el esclavo, el hijo de familia tenía por derecho propio el *jus commercii*; pero su ejercicio estaba restringido hasta que fuera *sui iuris*. Esta situación cambió durante el imperio, ya que a partir de allí el hijo pudo llegar a ser verdadero propietario de un conjunto de bienes denominado peculio, el cual se dividía en profecticio, castrense, cuasi-castrense y adventicio). (Bonfante, 1979)

adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escrit, gentiles familiam habento” (Kreller, 2012, pág. 48)). Así las cosas, los herederos son los miembros del estrecho cerco familiar (*Sui heredes*), es decir, todas aquellas personas que se encontraban bajo la protección del de *Cuius* (hijos, nietos, esposa y esposas de los hijos), los cuales adquirirían capacidad a la muerte de su causante. En cuanto a la mujer, esta no podía ser *pater familias* y en la edad clásica no podía adoptar ni ser tutor.

En lo referente al parentesco, éste estaba conformado de la siguiente manera:

- 1) Adgnatio o parentesco civil: Era aquel vínculo que unía a todas las personas que estaban sometidas a la patria potestad o potestad marital. Forman parte de la familia agnaticia de un individuo bajo la potestad de su abuelo (avus): su padre (pater), su tío paterno (patruus), su hermano (frates), su hijo (filius), el primogénito de su tío paterno (frater patruelis o patruelis) e inclusive el hijo de éste (nepos ex patruelis) o su propio nieto (nepos) y todos los varones adoptados por el *Pater Familias*. La muerte del ascendiente no implica la disolución del vínculo. Este tipo de parentesco iba hasta el sexto grado. De este modo el *agnatus* era un pariente probable, dentro de una proyección de la familia hacia los miembros del linaje (designados bajo el común nomen gentile) (Kreller, 2012, pág. 49).
- 2) Cognatio o parentesco por vínculos de sangre: Como su nombre lo indica, es aquel que unía a personas vinculadas por la procreación y el nacimiento, ya fuera este por línea masculina o femenina. Al igual que en la actualidad, este tipo de parentesco se dividía en línea recta (quienes descendían unos de otros) y colateral (aquellos que descendían de un tronco común).

3) Parentesco por afinidad: Aquel que existía entre un cónyuge y los *cognatio* de su compañero o compañera.

En lo que respecta al matrimonio, esta institución era de capital importancia tanto para el Derecho como para la sociedad romana. Inclusive, en un principio la concepción de este era idealista y semireligioso llegando a ser definido como “*Nuptiae sunt maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*” (Modestino D.23, 2, 1), no obstante, aquella concepción del matrimonio se sustituyó por un concepto realista y puramente humano de unión conyugal. (Medellín, 2013, pág. 66). Es pertinente resaltar que, a diferencia de como sucede hoy en día, el matrimonio en Roma no estaba revestido de la misma formalidad, se puede incluso llegar a afirmar que era una situación de convivencia (Alarcón Palacio, 2003, pág. 20). Así pues, en principio, dicho vínculo solo comprendía a la comunidad de vida de un hombre y una mujer de su misma condición social, esta institución surge en los pueblos antiguos como una entrega hecha de conformidad con los usos y costumbres. Desde la óptica jurídica se destaca, ante todo, la cuestión de cómo se puede obtener una mujer de un linaje extraño (robo y compra de cónyuge), y, como era recibida la mujer en la comunidad domestica de su conviviente (podía ser esposa bajo “mano” o esposa libre de “mano”). Tanto griegos como romanos entendían la “mano” a través de la entrega de prestación por parte del esposo o de quien tuviera poder administrativo sobre él, a favor de quien lo tuviera sobre la novia, para que de esta manera quedara incorporada como miembro subordinado de la comunidad de aquel (Kreller, 2012, pág. 49). Al igual que en la sociedad actual existían varias formas de conformar una familia, todas ellas provenientes de la unión entre un hombre y una mujer (heterosexual y monógama). Tenemos entonces que en Roma existieron al menos cinco

formas de conformar una familia a partir de la unión entre un hombre y una mujer, veamos:

1. Justas Nupcias: Era el matrimonio civil por excelencia, reconocido y exclusivo para los ciudadanos romanos. Es la fuente de patria potestad y tiene efectos tanto jurídicos como patrimoniales. Era definido como “*la unión entre un hombre y una mujer, para crear una familia, y tener una divina y humana convivencia*”. Vale la pena resaltar que esta unión podía ser de hecho, es decir que la solemnidad no era requisito *sine quan non* para su existencia. Este se celebraba mediante cualquiera de las siguientes 3 formalidades: La *confarreatio*⁶, *coemptio*⁷ o *usus*⁸.
2. Matrimonio “*sine connubio*”: Era el matrimonio reservado a la clase menos privilegiada de ciudadanos romanos, quienes no podían contraer *iustae nuptiae*. Estos solo podían contraer matrimonio del *ius gentium*, llamado también matrimonio *sine connubio o iniustae nuptiae*. Esta unión sólo era permitida cuando

⁶ La *confarreatio* era la forma más solemne de contraer matrimonio, estaba reservada solo para los patricios cuyos padres hubiesen contraído nupcias mediante esta formalidad. Consistía en una ceremonia en la que se ofrecía a Júpiter (el equivalente a Zeus en la mitología griega) un pan especial llamado “*farreus panis*”, debían estar presente la pareja, el Gran Pontifice, 10 testigos y el Gran Sacerdote de Júpiter. Como efecto primordial de este tipo de matrimonio podemos encontrar que la mujer entraba a ser parte de la familia civil de su marido (ingreso sacramental a la estirpe del marido (Kreller, 2012)), con abandono jurídico de la suya (Juridicos).

⁷ El *coemptio* consistía en la “compra de la mujer”. No había ceremonia religiosa y se realizaba ante el *libripens* (funcionario encargado de llevar la balanza para pesar el metal en determinados actos jurídicos), requería también de la presencia de 5 testigos púberes y ciudadanos romanos (Juridicos). Además conforme a la Gai (instituciones de Gayo), la mujer queda bajo la mano del marido después de haber permanecido por espacio de un año bajo su “*usu*”, la posesión de la mujer tenía mucha semejanza a la que se tenía por las cosas.

⁸ El *Usus* es una figura que se podría asimilar con lo que hoy en día se conoce como Unión Marital de Hecho en Colombia. Se trataba simplemente del concubinato que duraba más de un año, y que pasado este tiempo se podía formalizar la unión siempre y cuando la mujer no hubiese dejado de dormir tres noches con su compañero (*exceptio trinoctis*), en tal caso la unión se disolvía. Esta forma de unión fue abolida por Augusto (Juridicos). Era definida por Gayo como “*Usus in manu conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim velut annua possessione usu capiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat*” (Medellín, 2013, pág. 68).

uno de los contrayentes no tenían en *ius connubi* por no ser de la elite social. Este tipo de unión no producía los efectos civiles de las justas nupcias, tampoco era fuente de patria potestad sobre la descendencia y por ende no daba origen a la familia agnada. Por lo anterior, los hijos nacidos bajo esta unión eran, desde su nacimiento, *sui iuris*. Este tipo de matrimonio podía transformarse en justas nupcias por la *causae probatio*⁹ o por el *errores causae*¹⁰.

3. Concubinato (*concupinatus*): Se trataba de la convivencia conyugal entre dos ciudadanos libres que no habían contraído matrimonio legítimo, en este caso no había intercambio de la dote¹¹, así que estaba enfocado a mujeres de baja extracción social. Al principio esta unión no generaba ningún efecto jurídico, no obstante y debido a la proliferación de este tipo de uniones se le asignaron determinados efectos jurídicos. El concubinato entre dos personas solteras era permitido por la ley siempre y cuando no fuera con fines ilícitos ni contrario a las leyes naturales, así las cosas era permitida esta unión entre púberes y que no tuviesen entre si el parentesco que les impidiera contraer matrimonio. Tampoco se podía mantener más de un concubinato. Como es obvio los hijos frutos de esta unión nacían “*sui iuris*”, es decir, eran cognados de su progenitora y de los

⁹ Cuando un varón manumitido menor de 30 años (que según la *lex aelia sentia* era latino), se casaba con una ciudadana o latina en presencia de 7 testigos varones púberes, haciendo constar en la misma ceremonia que el matrimonio lo contraía con el fin de engendrar hijos. Cuando su primogénito cumplía el primer año, podía el padre presentarse ante el magistrado a probar ese nacimiento junto con el motivo determinante de su matrimonio. De esta forma el matrimonio se convertía en justas nupcias y los contrayentes como sus hijos, se hacían ciudadanos romanos (Medellín, 2013, pág. 76).

¹⁰ Esta figura estaba destinada a proteger la buena fe de los contrayentes, se daba cuando por error un ciudadano romano había contraído matrimonio con una persona, a quien de buena fe, creía de la misma calidad. Bastaba con probar el error y la buena fe para convertir el matrimonio en justas nupcias (Medellín, 2013, pág. 76).

¹¹ La Dote se trataba de una donación especial que otorgaba la mujer *sui iuris*, su *pater familiae* o su tutor al futuro marido. Su finalidad era cubrir las cargas del matrimonio. Esta suma debía ser devuelta de manera íntegra a la terminación del matrimonio.

parientes consanguíneos de esta, desde la época del bajo imperio, llegaron a tener una relación jurídica con el padre adquiriendo algunos derechos alimentarios y hereditarios, fueron designados desde ese entonces como *liberi naturales* (hijos naturales), distinguidos de los hijos engendrados de uniones pasajeras o accidentales llamados *spurii o vulgo concepti* (Medellín, 2013, pág. 77). Tampoco había obligación de fidelidad entre los convivientes y su disolución no generaba efectos jurídicos o económicos e ningún tipo. Con la llegada del cristianismo al imperio se creó el incentivo para que estas parejas contrajeran justas nupcias, consistente en legitimar a los hijos habidos en el concubinato. Desde ahí nace la legitimación de la prole como efecto jurídico del matrimonio subsistente aún en nuestro derecho contemporáneo.

4. Contubernio: Era la unión entre esclavos y libres u otros esclavos con fines sexuales. El hijo sigue la condición de la madre, no existía ningún tipo de vínculo jurídico, sin embargo se reconoció un parentesco de cognación denominado *cognatio servilis* para evitar el incesto en caso que el esclavo quedara libre.

Los requisitos de validez de la unión eran bastante básicos. Se exigía la pubertad de los contrayentes¹², el consentimiento de la pareja¹³, el consentimiento del jefe de familia

¹² Aunque la procreación no era considerada como fin fundamental del matrimonio, si se exigía la pubertad de los contrayentes con el fin de que el matrimonio devenga en la procreación. Debe entenderse la pubertad como la capacidad fisiológica tanto del hombre (14 años) como de la mujer (12 años) para engendrar una nueva vida. (Medellín, 2013, pág. 69).

¹³ En la época del poder absoluto del jefe de familia sobre el hijo sometido a su patria potestad, pudo quizá violentarlo a contraer un matrimonio sin su consentimiento. Empero, una vez desaparecido este régimen omnímoto, quedó establecido este requisito como fundamental para la celebración de la unión. Al respecto, el Digesto menciona "*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*". (Medellín, 2013, pág. 70).

cuando el contrayente era *alieni iuris*¹⁴, el *Ius Cunnubi*¹⁵ y no estar inmerso en alguna causal de impedimento. Del mismo modo que en la actualidad, existían los siguientes impedimentos para contraer matrimonio:

1. Parentesco
2. Desigualdad de clases¹⁶
3. Viudez¹⁷
4. Matrimonio anterior vigente
5. Demencia¹⁸
6. Castración¹⁹
7. Impubertad

Respecto del matrimonio de Derecho Civil o *iustae nuptiae*, lo efectos principalmente recaían sobre cónyuges y su descendencia, como se muestra a continuación:

- a) Frente a los cónyuges: Existen dos efectos para los contrayentes en cuanto a sus personas y en cuanto a sus bienes (Medellín, 2013, pág. 72):

¹⁴ Cuando el contrayente era *sui iuris* (suyo en derecho), no necesitaba el consentimiento de otra persona. Sin embargo cuando se estaba bajo la patria potestad del *pater familiae*, se necesitaba el consentimiento del jefe de la familia y en el caso de los varones se necesitaba, además, el consentimiento directo del padre. Este consentimiento era necesario por cuanto si de la pareja surgían hijos, podrían quedar bajo potestad de éste. (Medellín, 2013, pág. 70)

¹⁵ Como las *justae nuptiae* era una institución reservada únicamente a la clase privilegiada de ciudadanos romanos, ambos contrayentes debían tener el *ius connubii* o derecho de contraerlas ya que este derecho era propio del *ius civitatis*. Este requisito perdió su importancia cuando la ciudadanía se extendió a todo el imperio.

¹⁶ Aunque en un principio existía la prohibición de contraer nupcias entre patricios y plebeyos, así como entre libertos e ingenuos. Estos desaparecieron. Empero subsistió un impedimento entre senadores y sus hijos con los libertos o aquellas personas que desempeñaran un oficio deshonroso. (Medellín, 2013, pág. 71)

¹⁷ Las mujeres debían esperar 10 meses desde la muerte de su marido para contraer nuevas nupcias, todo esto con el fin de evitar litigios que pusieran en duda la paternidad del hijo nacido después de la muerte. (Medellín, 2013, pág. 74).

¹⁸ Debido a que uno de los requisitos fundamentales del matrimonio era el consentimiento y los dementes no pueden manifestarlo, estaba configurado como un impedimento.

¹⁹ La castración era entendida como la imposibilidad biológica del contrayente de reproducirse.

1. En cuanto a la persona de los cónyuges, el vínculo hacia que la mujer hiciera parte, por regla general, de la condición social de su marido, además se imponía la obligación recíproca de fidelidad²⁰. No obstante lo anterior si la mujer antes del matrimonio era plebeya y manumitida o liberta, subsistían estas condiciones, a pesar de que esta contrajera nupcias con un patricio o con un ingenuo. En lo demás, la mujer no hacía parte de la familia civil de su marido, sino que seguía haciendo parte de la anterior al matrimonio, excepto cuando se hubiera constituido sobre ella la potestad marital de la *manus*²¹.
 2. En lo que tiene que ver con los bienes, en el derecho romano no existió una institución como la sociedad conyugal. Así pues, el matrimonio no alteraba la pertenencia de los bienes. Cada cónyuge conservaba sus bienes propios. Empero, si se constituía la *manus*, todos los bienes de la mujer entraban a ser parte del patrimonio familiar, puesto que pasaba a ser hija (*loco filiae*) de su marido. Cuando no existía *manus*, se consideró que la mujer tenía que contribuir, en alguna medida con las cargas maritales y por ende se instituyó la dote que la misma mujer o un tercero constituían a favor del futuro marido, lo que daba nacimiento al régimen dotal del matrimonio (Alarcón Palacio, 2003, pág. 22).
- b) Frente a la descendencia, el matrimonio civil hacía que los hijos nacidos en esta unión tuvieran la calidad de *liber iusti* (hijos legítimos). Estos hijos quedaban bajo la potestad del jefe de familia, quien podía incluso no ser su padre directo, entraban a formar parte de la familia civil de su padre en calidad de agnados. Respecto de la madre y los

²⁰ Esta obligación fue más estricta para la mujer y el adulterio de ésta era castigado severamente, pues se consideraba que la infidelidad femenina puede llevar a la familia, de manera clandestina, personas de sangre extraña. (Medellín, 2013, pág. 72).

²¹ La *manus* era una potestad especial que ejercía el marido sobre su mujer, en Roma el solo hecho del matrimonio no constituía, *per se*, la *manus* sobre la mujer, esta era una circunstancia ocasional del matrimonio (Trujillo Arroyo, 2011, pág. 103).

parientes sanguíneos de esta no eran más que cognados, si la madre estaba *in manu*, sus hijos eran agnados de esta, puesto que todos estaban bajo la potestad del jefe de familia.

En cuanto a la terminación del vínculo matrimonial tenemos las siguientes causales:

1. Muerte de alguno de los cónyuges.
2. *Capitis diminutio*²²
3. Divorcio: Considerado este como el rompimiento legal de la unión marital, se podía dar de manera unilateral o bilateral. Figura que desapareció en la época romano-bizantina (Siglos IV-VII), con la imposición del cristianismo²³ en el imperio, donde el vínculo se convirtió en indisoluble y de por vida, antes de esta etapa el divorcio se podía dar de dos maneras:
 - 3.1. Bilateral: Denominada también como mutuo disentimiento. Tenía su sustento en cuanto la relación marital dependía del consentimiento. Esta figura desapareció con la cristianización del imperio.
 - 3.2. Unilateral: Igualmente denominado *repudium* (En la época clásica), consistía en que uno de los cónyuges de manera individual declaraba su intención de extinguir el matrimonio.

Es de resaltar que no existe consenso en los historiadores jurídicos a la hora de definir con exactitud las figuras del *Divortium o Repudium*, siendo estos términos de constante mutación en el transcurso de la interpretación del Derecho Romano. De hecho en alguna

²² Es la disminución jurídica de alguno de los contrayentes, ya sea producto de la pérdida de la libertad o de la ciudadanía. Esto evidentemente no aplica para los *alieni iuris* ya que podían contraer matrimonio con la venia del *pater familiae*.

²³ Es de resaltar que, en la época temprana del cristianismo en Roma, el divorcio era válido siempre y cuando existiera una justa causa para solicitarlo.

ocasión se ha dicho que el termino *repudium* debe utilizarse cuando la separación proviene del hombre, y *divortium* cuando es de la mujer; de igual modo, se ha dicho que el *repudium* se aplica sólo a los que se han prometido esponsales²⁴, viniendo a indicar que el repudio entonces, es la decisión de no casarse con la persona a la que se está prometido (Bonfante, 1979). Según el mismo Bonfante, en la época clásica el repudio era considerado como la manifestación de la voluntad de uno de los cónyuges de no continuar con el matrimonio, mientras que el divorcio produce como efecto la pérdida de la *affectio maritalis*²⁵ en uno o en ambos cónyuges y por ende el cese de la convivencia. Por otra parte, en el derecho posclásico, el divorcio supuso, como se expuso anteriormente, la disolución matrimonial por mutuo acuerdo y el repudio por la voluntad de una de las partes.

Ahora bien, respecto del concepto de familia en la época clásica del Derecho Romano, puede afirmarse que, como en toda sociedad, la familia era considerada como la institución de Derecho Privado más importante, ya que de allí se desprendían lazos de subordinación, dependencia y era la piedra angular y el punto de partida de las relaciones humanas en el imperio Romano. Del mismo modo, gracias a la figura de las *gens*, se encontró una manera de consolidar poderes entre familias y estrechar lazos políticos o sociales. La mujer, aunque disminuida en su capacidad legal, era una parte sustancial tanto en el matrimonio como en la familia en si considerada. Ostentaba algunas capacidades civiles (p.e. la patria potestad sobre sus hijos cuando su marido fallecía o estaba inmerso en una *Capitis Diminutio*) y

²⁴ Los esponsales son las promesas de matrimonio hechas entre los dos futuros contrayentes. En esencia se trata, en el derecho romano, de una promesa de contrato. Hoy en día estas figuras no tienen mayor relevancia jurídica e incluso en el artículo 110 del Código Civil Colombiano se establece que estos pactos solamente “*someten enteramente al honor y ciencia del individuo*”, y de manera expresa carecen de validez jurídica. En Roma el matrimonio estaba precedido por esta promesa donde el novio obsequiaba a su prometida un anillo de hierro que en algunas ocasiones llevaba una piedra de imán, el compromiso se hacía frente a los parientes de ambos jóvenes (Castaño Cardona, 2006, pág. 73).

²⁵ La *affectio maritalis* se trata de la voluntad de ser marido o de ser mujer. Es el sustento fundamental del matrimonio, por lo que ha de ser continua; su ruptura desemboca en el divorcio (separación).

contractuales aunque, en general, estaba supeditada a la voluntad de su marido o a la del *pater familiae* de éste. Asimismo, el matrimonio en la edad temprana de este Derecho, era una unión disoluble y existían varias formas, tanto de hecho como de Derecho, para conformar una familia, todas estas, a partir de la unión entre un hombre y una mujer (Unión monogámica y heterosexual).

1.2 Desarrollo del Derecho de Familia en la Cultura occidental y la Cristianización del Imperio Romano (Época postclásica).

En occidente, el imaginario de la familia nuclear es por excelencia el concepto de familia más aceptado y adoptado. Si nos preguntan a todos los que hacemos parte de esta cultura²⁶ que entendemos por familia, una gran mayoría lo asociarían con una madre, un padre y unos hijos compartiendo una misma vivienda. Esta concepción de lo que se entiende por familia tiene sus orígenes en la cultura Romana, cuya estructura se estudió en el acápite anterior. Sin embargo, tiene su auge y consolidación en la época posclásica, precisamente en el derecho germánico y en la influencia que la iglesia cristiana tuvo en estas culturas durante su época de auge a principios del medioevo.

Ahora, frente a la influencia del cristianismo en el concepto de familia en occidente tenemos que su impacto ha sido supremamente importante, sobre todo en el Derecho

²⁶ Entiéndase como cultura occidental al proceso histórico, cultural y social que apareció en Grecia a partir del siglo VI. A. C., cuyo referente religioso predominante es el judeo-cristianismo y su forma de ver el mundo se basa en el racionalismo proveniente de la ilustración. Actualmente es una cultura fuertemente influenciada por los procesos de industrialización, consumo y modernización constante, y que, en contraposición a la cultura oriental, se caracteriza por una separación radical entre lo corporal y lo espiritual. Suele considerarse occidentales a las personas que habitan el oeste de Eurasia y a todos aquellos países conquistados por las potencias europeas del medioevo, concretamente América, Oceanía y algunas partes, no tan significativas, de África Subsahariana (Churruca, 2007, pág. 180).

romano postclásico²⁷, de manera particular en la obra legislativa de Justiniano. Con los emperadores cristianos se da inicio a una nueva época, se modificaron los institutos paganos antiguos y se adoptaron muchas instituciones del Derecho Eclesiástico.

No obstante lo anterior, los cambios más significativos que trajo la implantación gradual del cristianismo en el imperio los encontramos en lo referente a la terminación del vínculo matrimonial, el cristianismo lo limitó a ciertas causas graves y además comenzó la diferenciación entre la simple separación (lo que hoy en día se conoce como separación de cuerpos) y la ruptura del vínculo matrimonial.

Estas disposiciones sobre el divorcio fueron cambiando en la medida en que nuevos emperadores, ahora cristianos, llegaban al poder. A continuación se expondrán dichos cambios según el emperador que gobernaba en cada período:

- a) Constantino: Es el pionero de la cristianización, tanto de la cultura como del Derecho de familia en occidente. En el año 313 a 329 expide una serie de leyes que regulan lo relativo a la venta de los hijos²⁸ en la constitución del año 331, reduce de manera dramática las causas de repudio y por ende frena la habitual costumbre romana de divorciarse. En cuanto a estas causales, se evidencia que son desiguales frente a la

²⁷ Para el presente trabajo, entiéndase como Derecho Romano postclásico al periodo de la historia comprendido desde la primera mitad del siglo III (marcado por el fin del principado) hasta la recopilación ordenada por Justiniano, lapso de tiempo que coincide con el periodo político del Dominado o bajo imperio. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la época postclásica tiene su inicio con Constantino (306-337 D.C). Esta época tiene su final, en el imperio romano de occidente, con la desaparición del último emperador romano en el 476 D.C (aunque la desaparición del imperio romano de occidente no implicó que los nuevos reinos germánicos dejaran de aplicar sus instituciones jurídicas) y en el imperio de oriente con Justiniano (527-565 D.C). (Churruca, 2007, pág. 185).

²⁸ Primeramente, Constantino trata de evitar que el hijo ingenuo, por medio de su venta caiga en la esclavitud, sin embargo no se prohíbe la venta de este cuando tenga por objeto la *emancipatio*. Luego permite la venta de recién nacidos con el fin de evitar la muerte de estos cuando los progenitores tenían graves problemas económicos, es menester tener en cuenta que estas leyes fueron expedidas en un momento en que el imperio pasaba por una grave crisis en su economía, por ende, muchas familias habían caído en la bancarrota y optaban por el abandono de sus bebés (Daza Martínez, 2004, pág. 114).

mujer ya que en la mayoría de estas situaciones su dote no era restituida por su ex marido. Algunos autores como es el caso de Daza llegan a afirmar que *“El estilo de la constitución, la normativa en ella contenida y el modo con que es dispuesta han inducido a pensar que el texto no ha sido elaborado y redactado por el emperador o por funcionarios de su cancillería, sino por personas pertenecientes al ambiente eclesiástico (Daza Martínez, 2004, pág. 112)”*.

Como era de esperarse, el influjo del cristianismo en el imperio, a pesar de ser significativo no podía ser muy extenso. Sólo algunas instituciones del derecho canónico se implementaron en el derecho de familia y todo esto obedecía a que, durante el imperio de Constantino, la cantidad de no bautizados era mayoritaria. Así las cosas, a la iglesia debía bastarle la entrada de algunos principios cristianos en la legislación imperial para preparar a los pueblos pertenecientes a éste para una legislación puramente cristiana (Catalá Rubio, 2006, pág. 32).

- b) Juliano el Apóstata: Aunque su imperio sólo duró 20 meses, abolió las restricciones establecidas por su antecesor (Constantino) contra el divorcio, del mismo modo restablece las retenciones dotales.
- c) Honorio, Teodosio II y Constantino II: Ampliaron el espectro de causas para el divorcio impuestas por Constantino I, en efecto, ya no eran únicamente las tres causas establecidas por su antecesor, sino cualquier motivo siendo grave era causal para pedir el repudio (*magna crimina*); incurriendo el cónyuge culpable en penas mayores o menores dependiendo de la gravedad de la falta. Como en la Constitución no se estableció que se entendía por faltas graves, dependían de la interpretación del Juez. En cuanto a la dote dependía si era culpa del marido para lograr su restitución. Es de

resaltar que aun en esta época se mantenía incólume el mutuo disenso de los cónyuges para lograr el divorcio.

- d) Teodosio II y Valentiniano II: Esta constitución esta enormemente influenciada por el Concilio de Cartago del 407 d.C. Es de anotar que esta época está marcada por la decadencia del imperio de occidente que conlleva a su posterior caída. Esta época jurídica se destaca por ser la más rigurosa y es la que corresponde de mejor manera a las posturas de la iglesia moderna. Si bien es cierto las sanciones personales se minimizan y en algunos casos desaparecen, las penas patrimoniales son aumentadas y la desigualdad entre el hombre y la mujer desaparece prácticamente (Catalá Rubio, 2006, pág. 36).

Se puede concluir entonces, que el desarrollo del Derecho de Familia en la Cultura Occidental y la cristianización del Imperio romano en la época postclásica, se caracterizó por una constante producción legislativa en cuanto a temas de familia, luego de la llegada de los emperadores cristianos al imperio y la consolidación de éste en una sola religión fundamentada en principios importados de la cultura judía.

Esta época en especial estuvo marcada por la modificación de la institución matrimonial, haciendo hincapié en la disolución del vínculo y las sanciones, que para el caso del repudio, pudiese tener el cónyuge culpable de la separación. Como era de esperarse este tipo de sanciones mantenía una desigualdad de género donde las sanciones para las mujeres eran más severas. Es de anotar que durante esta época, el matrimonio seguía siendo soluble.

1.3 La Familia y el Matrimonio Germánico

En los pueblos germanos, la autoridad del jefe de familia está enfocada a la dirección, administración y protección de los individuos que la conformaban, así las cosas, los miembros de la familia eran considerados personas y no cosas. También se puede decir que es una cultura caracterizada por lograr ciertos niveles de igualdad, muy sobresalientes por no decir menos, entre hombres y mujeres casados. La mujer es vista como la compañera, no como la esclava del hombre, quién le ayuda en todas sus empresas y lo acompaña en la guerra (Alarcón Palacio, 2003, pág. 29).

A diferencia del Derecho Romano, que contemplaba varias maneras de conformar familia, todas más o menos solemnes; en el Derecho Germánico ésta se constituye por la cohabitación de una pareja unida. Así las cosas, el matrimonio era un acto más que formal, social. La poligamia era permitida, siempre y cuando el varón estuviese en la capacidad de sostener a sus compañeras. No obstante lo anterior, habían tres fuentes del vínculo matrimonial: el rapto, la compra o el consentimiento mutuo (Rojas Donat, 2009, págs. 50-51).

- i. Compra o Kaufehe: Se daba como fruto de un acuerdo entre las dos familias. Como en los bienes comerciales, el acuerdo se dividía en tres etapas. La primera era el acuerdo de negociación entre el pretendiente o su padre y el padre o tutor de la novia. Luego seguía la transferencia de la novia al jefe de familia del novio y finalmente la unión se concretaba con los rituales esponsales, donde el clan de la novia debía estar presente para dar fe de la transferencia. Dicha transferencia, además de la entrega física de la mujer, implicaba un poder legal sobre ella en

cabeza de su marido y la familia de este (*Munt, Mundium*), en ese orden de ideas la mujer abandonaba su familia para entrar a ser parte de la de su cónyuge. Esta forma de matrimonio era la más común.

- ii. Rapto o captura (*Raubehe*): Básicamente consistía en un secuestro forzado, con la ausencia del consentimiento tanto de la mujer como de la familia de ésta. Este tipo de uniones fueron combatidos por el Derecho germánico mediante la imposición de grandes multas.
- iii. Mutuo consentimiento (*Friedelehe*): El consentimiento de ambos contrayentes generaba un matrimonio válido. Aparentemente esta forma de contraer nupcias fue una vertiente del rapto, solo que esta vez se contaba con el consentimiento de la mujer, mas no de su familia. Así pues, se diferenciaba de la compra en el sentido de que no había acuerdo de tipo pecuniario, como también carecía de la transferencia del *munt* de la novia hacia su marido. Debido a la ausencia de esta potestad, la mujer seguía perteneciendo a su familia de origen.

En el Derecho germánico, la diferencia entre concubinato y matrimonio era bastante intrascendente, y básicamente el primero consistía en la unión, más o menos permanente, de dos personas de diferentes clases sociales. A diferencia del matrimonio “formal”, en el concubinato la exclusividad no estaba dada, así las cosas un hombre podía tener varias concubinas pero no varias esposas. Estas solían ser sirvientas, con las cuales se solían tener hijos sin que estos tuvieran derecho de herencia.

Tanto el concubinato como el matrimonio se consumaban a través de la unión sexual, por ende se insiste que para consumir el matrimonio no se requería, en sí, de ninguna ceremonia especial. En ese orden de ideas es posible concluir que en el Derecho germano

existía tanto una unión matrimonial como el concubinato²⁹, instituciones que a nuestra consideración no tenían una diferencia de fondo. Dependiendo del caso, si había consentimiento de las dos partes (excepto en el rapto que era castigado con multa), relaciones sexuales entre los dos contrayentes y la procreación de hijos podemos hablar de una familia en sentido estricto.

Con la influencia del cristianismo, estas costumbres desaparecieron de manera gradual. Los grados de parentesco fueron regulados con el fin de evitar el incesto, a su turno, la poligamia quedó fuertemente reglada y los hijos bastardos³⁰ dejaron de ser cruelmente segregados frente a los legítimos, inclusive, los merovingios llegaron a darle a esta clase de hijos la titularidad real.

Al igual que en el Derecho romano, el tema de la fornicación era desigual entre hombres y mujeres. Mientras un hombre que cometiera adulterio con su esclava era acreedor de graves multas, la mujer libre que intimara con un esclavo, generaba la muerte de este último como sanción. Para los germanos, cuando la mujer era adúltera, aparte de ser una causa de deshonor, generaba dudas sobre la legitimidad de los descendientes de su marido. Si el esposo descubría *in fraganti* a su esposa cometiendo adulterio, era eximido de algún castigo si en el acto asesinaba a los dos amantes³¹.

²⁹ Se recuerda que en el concubinato podía existir o no, ámbito de permanencia en la unión.

³⁰ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al hijo bastardo como aquel que nace de una unión no matrimonial, o de padres que no podían contraer matrimonio al tiempo de la concepción ni al del nacimiento o al hijo ilegítimo de padre conocido. En Colombia este término es usado de manera peyorativa y carece de relevancia jurídica.

³¹ Este Derecho (*ius maritii*) vigente desde la *lex iulia de adulteriis* romana, entre los visigodos se extendió al padre de la mujer e incluso a sus hermanos. La misma actitud era válida aun cuando la mujer estuviere simplemente comprometida o fuese esclava o sierva. Del mismo modo la Ley Lombarda castigaba al cónyuge que permitiera el adulterio de su pareja. (Rojas Donat, 2009)

Las costumbres sexuales cristianas no fueron aceptadas fácilmente por las comunidades germánicas del siglo VI, debido a que estas se oponían a sus más arraigadas costumbres. Empero, entre los siglos VI y IX, la familia comenzó a mutar en lo que hoy en día es el imaginario mayoritario de la familia en occidente, así las cosas dejó de ser una congregación de personas (padres, hijos, tíos, viudas y esclavos), para convertirse en un “*grupo unitario corresidencial*” (Rojas Donat, 2009, pág. 52), formado por una pareja y sus descendientes directos. No obstante lo anterior, el parentesco no solo conformaba el grupo nuclear consanguíneamente cercano sino que además integraba a otros miembros de manera colateral. Además, se empieza a tener conciencia de que el grupo familiar se encuentra unido por lazos emocionales (Rojas Donat, 2009, pág. 53).

Así las cosas, según David Herlihy, la familia occidental, surgida a partir del imaginario romano y germánico del siglo IX, posee tres características a saber (Herlihy, 1985):

- a. La simetría, donde el centro es la unidad de la familia nuclear (Padre-madre-hijos).
- b. Linaje paterno, en el cual es preponderante la ascendencia del padre, razón por la cual encontramos que en la mayoría de países occidentales es obligatorio que los hijos lleven primeramente o de forma única el apellido de su padre y en algunas sociedades la mujer pierde el suyo para tomar el de su marido.
- c. Factor emocional, el amor que une a todos los miembros, este valor agregado es de gran importancia en el concepto de familia moderna, inclusive en nuestro país es de vital importancia a la hora de definir la familia de crianza y las nuevas maneras de conformar una familia donde el factor preponderante no es el parentesco, la descendencia o las relaciones sexuales de pareja.

La cristianización de la familia en el medioevo chocó de manera tajante con las culturas germánicas, ya que para estos últimos las relaciones sexuales eran el vórtice sobre el cual giraba la validez de un matrimonio, pudiéndose disolver este vínculo, al menos con la voluntad del hombre. La discrepancia con la iglesia era más que evidente, pues la doctrina eclesiástica tenía en su haber que el matrimonio era una unión de por vida entre el hombre y la mujer. Además, la doctrina cristiana desconfiaba del sexo al considerarlo impuro. Así pues, para la iglesia cristiana de occidente, el matrimonio era, y hoy en día sigue siendo, una institución indisoluble, prácticamente celestial y que no podía fundarse principalmente en la práctica de la sexualidad. Preocupados por esta coyuntura, algunos miembros de la santa sede, como es el caso de Hincmar, arzobispo de Reims, planteo una revolucionaria teoría sobre el matrimonio, que hasta ese entonces era inexistente en el Derecho canónico. Para este sacerdote, la mujer debe disponer de una dote, la boda debe celebrarse en público y consecuentemente ésta debe estar seguida por el acto sexual. De esta manera, Hincmar, con el fin de conciliar las diferencias culturales con los germanos, propone una visión ecléctica de los elementos esenciales del matrimonio religioso. Desde ese entonces, el matrimonio cristiano, de manera impajaritable, debía ser consumado³² para que fuese válido. En palabras de Luis Rojas Donat “*Se trata de una teoría coital que otorgaba a la consumación sexual el papel principal en la consumación del matrimonio*”. Desde luego, la teoría del consentimiento de origen romano, era aceptada por Hincmar, empero, el solo consentimiento dejaba incompleta la unión marital.

Se puede concluir, que en la Roma clásica, el matrimonio era un contrato bilateral, cuyo vórtice era el mutuo consentimiento de vivir juntos de manera permanente y procrear hijos.

³² A partir de las teorías de Hincmar, la consumación del matrimonio se entiende directamente relacionado con la unión sexual que debe existir en ambos cónyuges para sellar la relación, esta postura se mantiene hasta nuestros días en el derecho canónico (Código de Derecho Canónico, Capítulo IX, Artículo 1, Canon 1141) (Navarra, 2004, pág. 716).

Del mismo modo involucraba una serie de obligaciones resumidas en el *affectio maritalis*, el decoro y la dignidad social con la que el esposos debía tratar a su cónyuge, hecho que lo diferenciaba del concubinato y otro tipo de convivencias. Contrario sensu, el matrimonio germánico se fundamentaba principalmente en la relación sexual acompañada de la intención de vivir de manera permanente y tener descendencia. Con la influencia de la Iglesia, la familia extensa común entre los romanos y los germanos da paso a una transformación del concepto de familia, convirtiéndose en un grupo nuclear y coresidencial formado solamente por una pareja y sus descendientes directos. Así las cosas podemos concluir que el imaginario colectivo occidental de lo que se entiende por familia desde el medioevo hasta nuestros días (concepto disminuido con la liberación sexual de mediados del siglo XX), se fundamentó básicamente en la influencia de la religión cristiana sobre las costumbres romanas y germánicas, principalmente esta acepción parte de los siglos VI y IX con el auge de la Iglesia Católica Apostólica y Romana, todo lo anterior sin pasar por alto las doctrinas de Hincmar que lograron una conciliación entre las costumbres bárbaras y cristianas.

2. FORMAS DE CONSTITUIR FAMILIA EN COLOMBIA

Desde una perspectiva histórica, la familia ha sido el modelo más idóneo de organización al que el hombre concurrió para contrarrestar la hostilidad del medio al que un día se vio enfrentado, pues la adaptación del ser humano a las sociedades emergentes, fue un proceso arduo y selectivo, en el que solo los más fuertes sobrevivían (Gutiérrez de Pineda, 1964). De ahí que con base en esta estructura pudiera pertenecer y enfrentarse en sociedad, desarrollarse como sujeto de derechos y obligaciones, y crear mecanismos para la protección de sus miembros, como la implementación de normas, reglamentos, etc.

La familia ha sido el centro desde el cual se ha construido la civilización. Ante esto el Estado, como ente ficticio que regula las relaciones interpersonales, ha condicionado directa o indirectamente el desarrollo de la familia en la sociedad (Bayona Hernández, 2012).

Sobre la familia mucho se ha estudiado y concluido. Desde una perspectiva histórica, la familia cumple una función natural de reproducción, crianza y cuidado, dominada por dos relaciones primarias: la unión conyugal, basada en el afecto y la protección del hombre hacia su esposa; y la relación padre-hijo, fundamentada en el cuidado y la defensa de la heredad: los hijos. No obstante, desde una perspectiva etnológica, la familia va más allá de la simple relación entre individuos de un mismo componente social; ésta tiene una función de satisfacción de las necesidades básicas de sus integrantes, y se basa en relaciones de alianza y seguridad.

Hoy día, los procesos de modernización y los cambios en las estructuras económicas y sociales determinan, a su vez, cambios en la estructura familiar; generando unos rasgos y características tan particulares que no permiten hablar de un solo modelo de familia, sino de núcleos familiares diferentes (Bayona Hernández, 2012)³³.

³³ Según el autor, en el caso de Colombia, la estructura de la familia difiere, en gran medida, por las múltiples formaciones culturales que coexisten en el país, en donde no existen criterios unificados ni sociales ni culturales que indiquen una estructura familiar uniforme a lo largo del territorio. Factores como la religiosidad y la influencia de medios de comunicación, han propiciado estructuras familiares socialmente aceptadas en ciertas regiones y abiertamente rechazadas en otras, por ejemplo: en los sectores rurales la estructura familiar es más sólida, en tanto las familias viven en relativo aislamiento con relación a sus vecinos por razones como las distancias geográficas y el menor acceso a medios masivos de comunicación, mientras que en el sector urbano las personas tienen más oportunidades de intercambiar conceptos, opiniones y nuevas formas de percibir el mundo, hecho que, indudablemente, influye en la estructura familiar. Además, las estructuras familiares también son diferentes según los estratos sociales, las etnias, los antecedentes históricos, etc., en la medida en que todos estos conceptos configuran la cultura que se transmite de generación en generación, pues las familias tratan de conservar rasgos característicos que dan cuenta de su pasado histórico como grupo perteneciente a una determinada formación cultural.

Para el caso colombiano, se considera que el concepto de familia no es claro. De la idea de un modelo de familia monogámico y heterosexual, hemos pasado a la inclusión de modelos que van desde el reconocimiento básico de la familia tradicional, hasta formas más revolucionarias tales como la familia solidaria e inclusive la del mismo sexo (Alarcón Palacio, 2012).

En nuestro país, el concepto jurídico de familia se vio influenciado fuertemente por la tradición romano-germánica, importada por los españoles durante la colonia. Esta tradición se mantuvo vigente en el naciente Código Civil, que más tarde sería modificado por la Ley 157 de 1887, donde se consagró al matrimonio como la única fuente de la familia en Colombia. Esta legislación duro por varios lustros estática, solo hasta la expedición de la Ley 20 de 1974, se trasladan las competencias que tenía el clero en temas de familia, concretamente lo relacionado a la separación, a los jueces del Estado. Asimismo se deroga la Ley Concha³⁴. Así las cosas tenemos que solo hasta la Ley 1 de 1976 se reconoce el divorcio vincular en Colombia.

En Colombia, el vórtice de la protección a que tiene derecho la familia, se fundamenta en el artículo 42 de la Carta Política de 1991, que además de afirmar que: “...*El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia...*”, también plantea un concepto de familia que por consenso, y hasta hace algunos años, era el de referencia en Colombia: “...*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*”

³⁴ La Ley 54 de 1924 o mejor conocida “Ley Concha”, fue la primera vez que el Estado Colombiano reconoció el matrimonio Civil. Simplemente era necesario hacer una apostasía o renuncia publica a la fe católica para que los contrayentes pudieran celebrar su matrimonio por lo Civil. Esta norma fue declarada exequible por Corte Suprema de Justicia en sentencia de Constitucionalidad del 26 de abril de 1971, por cuanto para este Honorable Tribunal, “*La ley no exige la apostasía sino la comprobación de ese hecho previo a la presentación de la solicitud dirigida al funcionario judicial para la celebración del contrato, lo que implica, respecto de quien la hace, la manifestación tácita de que se niega a contraer matrimonio de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento*”.

matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla...” (Subrayas fuera del texto original). Dado que la Constitución define la familia como la “institución básica de la sociedad”, constituida por la decisión libre de un hombre y una mujer, muchos sectores de la sociedad han sostenido que la familia no puede implicar cosa diferente a una pareja heterosexual y monógama (familia nuclear) cuya fuente solamente puede provenir del vínculo jurídico del matrimonio o de la una decisión libre de formarla mediante la cual se fundamenta lo que hoy en día conocemos como Unión Marital de Hecho.

Existe entonces en la génesis de nuestra Constitución la imagen de la familia con una única conformación: nuclear, heterosexual y monógama; representada en el esposo y esposa con hijos, obviando, en principio, categóricamente las nuevas formas familiares derivadas de nuevos procesos de agrupación de los seres humanos; pues no solo la unión afectiva permanente se origina en el amor de una pareja de distinto o del mismo sexo, sino también de uniones en las que la sexualidad está ausente por completo, esto es, las que dan lugar a las familias monoparentales. Es por esto, que la jurisprudencia constitucional, ha venido “puliendo” esta concepción cuyo apogeo se encuentra, en nuestro concepto, enmarcado en la Sentencia C-577 del 2011 (Viveros Castellanos, 2014). Así, por ejemplo, están las uniones que conforman una mujer o un hombre con uno o varios hijos, al igual que aquella, que cuando faltando los padres, los hermanos mayores se encargan de la crianza o educación de los menores, o cuando los abuelos asumen la crianza de sus nietos (Viveros Castellanos, 2014).

Ahora bien, son precisamente esas nuevas condiciones y circunstancias sociales, económicas y culturales las que dan paso a que hoy día existan y sean plenamente reconocidas, diversas tipologías de familias con variadas características. Estos nuevos

paradigmas de familias se pueden encasillar principalmente en homoparentales, de crianza, las derivadas de la Unión Marital de Hecho (que bien podrían encajar en las nucleares), entre otras. Las cuales detallaremos a continuación, previo a un estudio del modelo de familia base: la familia nuclear.

2.1. La Familia Nuclear

Como se dijo en los antecedentes históricos, la familia nuclear es un concepto usado para referirse al tipo familia predominante en las sociedades antiguas (especialmente de la parte occidental del continente euroasiático), y aún para gran parte de culturas en la actualidad. Se podría decir que la familia nuclear es el eje de una sociedad que tiene su cosmovisión en el imaginario de esta familia, cuya principal característica es que se compone por progenitores y/o hijos. En principio, se entendía que la familia nuclear debía completarse con la existencia de los hijos, como la prueba indiscutible de la unión realizada por los padres; pero luego se amplió este concepto a familias conformadas por parejas sin hijos.

En contraposición con la familia extensa formada por el parentesco, la familia nuclear se conforma por los miembros de un único núcleo familiar, es decir, el grupo formado principalmente por los miembros de una pareja y/o sus hijos. No obstante, y como se ha reiterado, las definiciones más amplias consideran en un núcleo familiar, tanto a los grupos formados por dos adultos unidos en matrimonio o unión convivencial, con o sin hijos, como a los formados por un adulto con uno o varios hijos. Así las cosas y bajo esta concepción, una persona no puede pertenecer a dos núcleos familiares a la vez. Si los hijos forman parte de otro núcleo (V.gr. si están casados o si tienen hijos) no forman parte del núcleo inicial de sus padres, con independencia de que convivan o no con sus estos por

razones de cuidado (cuando estos son de la tercera edad o están enfermos) o cuando las condiciones económicas no permiten la independencia residencial (Johan Bestard, 2009, pág. 7).

Del mismo modo y gracias a la interpretación jurisprudencial podemos encasillar este concepto a la familia conformada por un par de convivientes o cónyuges y sus hijos, cuando estos provienen solamente de uno de los miembros de la pareja aun cuando el otro no lo haya adoptado. La Corte ha reconocido que existe una relación de paternidad, por lo menos en materia de seguridad social, entre uno de los miembros de la pareja y su hijastro. En este caso la corporación nos presenta una doble vía para la conformación de una familia nuclear. Por una parte, el matrimonio o la unión marital de hecho (dependiendo del caso) se configuran como fuente de la relación familiar de la pareja, y a su vez, la decisión responsable de conformar una familia (Art. 42 de la Const. Pol) se presenta como óbice para que se dé un vínculo paternal entre el padrastro o madrastra y su hijastro o hijastra, veamos:

“Obsérvese que por efecto del matrimonio se conforma una familia entre la pareja, pero será la decisión responsable la que permita conformar una familia con los hijos extramatrimoniales o previos de los integrantes de la pareja” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-163 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett: febrero 26 de 2003)).

Y más adelante la misma sentencia refuerza su argumento en el sentido de manifestar que *“para efectos del sistema de seguridad social en salud, se reputan hijos todos aquellos que,*

habiendo nacido dentro o por fuera de la relación de pareja, hacen convivencia en el núcleo familiar.”.

En ese orden de ideas y en nuestro concepto podemos inferir que esta forma de reconocer a una familia por parte del Tribunal de Constitucionalidad se presenta como un “hibrido” entre la familia nuclear y la de crianza, toda vez que reconoce la consanguinidad de uno de los convivientes y la decisión responsable de conformar una familia del otro conviviente como presupuestos esenciales en la conformación del lazo familiar

El problema con el término "familia nuclear" radica en que no cubre adecuadamente lo que la mayoría de la gente considera familia, pues hoy en día, existe una amplia gama de grupos familiares provenientes de diversas fuentes tales como el matrimonio, divorcio, adopción, parejas del mismo sexo y hogares monoparentales, que representan un gran número de personas que no son incluidas dentro de la descripción de la familia "nuclear", a pesar de los variados esfuerzos de la doctrina por ampliar el espectro de este concepto.

2.2. La Familia Monoparental

En las sociedades actuales, las familias monoparentales son un modelo de familia cada vez más frecuente, en tanto son el resultado de las nuevas situaciones y fenómenos socio-económicos de la colectividad³⁵, como lo es la relación que surge entre un hijo y sus padres divorciados, o la derivada del deseo de tener hijos, aun no teniendo pareja. Ya sea como producto de un divorcio o como una elección de vida, ante la decisión de tener hijos sin

³⁵ Los modelos de familia en la sociedad contemporánea están cambiando. Tal es así, que la estructura familiar tradicional va cediendo paso a una diversidad de tipos de familia, entre los que, la familia monoparental es uno de los que más ha crecido, en los últimos tiempos. Según estudios de la Fundación de Familias Monoparentales Isadora Duncan, entidad consultiva especial del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU, desde 2006 el número de familias monoparentales, cualquiera sea su conformación, constituyen seis de cada diez hogares americanos, siendo la familia monomarental, es decir, la derivada de la relación entre la madre y su(s) hijo(s), la más común.

formar un matrimonio o una unión convivencial, las familias monoparentales son una realidad en la mayoría de las culturas modernas.

Por familia monoparental se entiende aquella familia nuclear que está compuesta por un sólo progenitor (hombre o mujer) y uno o varios hijos. En sentido estricto, debería hablarse de "núcleo familiar monoparental", es decir, del conjunto formado por un progenitor (madre o padre) y uno o varios hijos. Este núcleo puede constituir por sí sólo una familia independiente (familia nuclear monoparental), o puede convivir con otras personas emparentadas. Por ejemplo, una madre (sin pareja) con dos hijos que viva con sus padres constituye un núcleo monoparental en una familia más amplia.

En otros casos, las familias monoparentales se constituyen a partir de un hombre o mujer, que no desea sacrificar su deseo de paternidad o maternidad, por el hecho de no haber formado una pareja. En tal caso, acuden a la adopción o a las técnicas de fertilización asistida. Sin duda, no es lo mismo quien constituye una familia monoparental como proyecto de vida, que quien termina a la cabeza de una familia monoparental, como consecuencia de un divorcio, la viudez o la ruptura de pareja cuando la unión es de hecho.

Estudios diversos han comprobado que, en la mayoría de los países, las familias monoparentales sufren un mayor riesgo de pobreza y de dificultades sociales que los núcleos biparentales. En primer lugar, el hecho de ser cabeza de familia y afrontar unilateralmente el cuidado de los hijos supone siempre una dificultad en tanto limitación en la fuente de ingresos y de tiempo de cuidado. Además, dado que la mayoría de los núcleos monoparentales están encabezados por mujeres, es mayor la probabilidad de que la persona adulta tenga un trabajo peor retribuido, o a tiempo parcial.

El fenómeno de la monoparentalidad puede derivar de circunstancias muy diversas, y puede ser resultado de una opción voluntaria o de escenarios no deseados. Sus causas pueden ser el fallecimiento de uno de los progenitores, el divorcio o la separación de estos, el nacimiento de un niño con una madre sin pareja, el rechazo del otro progenitor a asumir su papel o la adopción por una persona sola³⁶.

A partir de la década de los 70, con la revolución sexual y los cambios en la familia, comenzó a cuestionarse la idea del hombre como “jefe de familia”. De ahí en adelante, éste tuvo que empezar a compartir con la madre el poder y los derechos hasta ahora exclusivamente paternos por la patria potestad sobre el hijo. Entonces apareció la noción de “parentalidad” en oposición a la anterior de “paternidad”. La familia pasa a ser “coparental” porque ambos, padre y madre comparten derechos y obligaciones. En ocasiones se utiliza la expresión “monomarental” en lugar de monoparental, para enfatizar el hecho de que la inmensa mayoría de las familias monoparentales están encabezadas por mujeres. Sin embargo, “monoparental” no deriva de “padre” sino de “pariente”, en el sentido de “progenitor”; por lo que la expresión correcta sería “monopaternal” (Roudinesco, 2007).

2.3. La Familia Homoparental

Preferimos en este capítulo no utilizar el término “familia homosexual”, ya que aparte de ser una connotación discriminatoria no engloba todo lo que comprende este tipo de familia, especialmente después de la sentencia SU-617 de 2014 que reconoce la adopción por consentimiento para las parejas del mismo sexo, permitiendo de esta manera establecer lazos parentales, por lo que va más allá del primigenio concepto de familia aplicable a estos

³⁶ Aunque haya núcleos familiares monoparentales encabezados tanto por hombres como por mujeres, en la gran mayoría de los casos son madres con hijos y no padres con hijos (en la mayoría de Europa la proporción es de alrededor de 90 a 10).

casos. En ese orden de ideas, consideraremos a la familia homoparental como aquella en la cual una pareja del mismo sexo se convierten en padres ya sea por adopción o por filiación natural de uno los convivientes, formando lazos paternales y de afecto recíproco. Estas parejas pueden adquirir dicha paternidad a través de mecanismos como la adopción, la maternidad subrogada o la inseminación artificial en el caso de las uniones entre dos mujeres. Empero, también entran dentro de esta clasificación las aquellas en las que uno de los dos miembros de la pareja homoparental tiene hijos de forma natural como fruto de una relación pasada.

Tanto esta forma de conformar familia como su consecuente forma de adopción son temas de continua controversia política en muchos países occidentales, y frecuentemente son parte de las guerras culturales entre conservadores y liberales (Gutiérrez de Pineda, 2003). Sin embargo e independientemente de nuestras convicciones personales sobre este tema, la investigación científica ha mostrado de manera consistente que padres del mismo sexo son tan capaces y adecuados como los padres y madres heterosexuales; en cuanto a crianza y relación afectiva con sus hijos. Así pues y según los más recientes estudios científicos, no existe relación entre la orientación sexual de los progenitores y cualquier tipo de medida sobre la adaptación emocional, psicosocial y conductual del menor³⁷.

2.4. La Familia de Crianza

Según sentencia T-606 de 2013, “... *La protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad*”

³⁷ La American Psychological Association señala que “...los resultados de algunos estudios sugieren que las habilidades como progenitores de madres lesbianas y padres gays pueden ser superiores a los de progenitores heterosexuales equivalentes...”, y que “...El bienestar físico, económico y psicológico de los progenitores se incrementa con el matrimonio, los hijos se benefician al ser criados por dos progenitores que se encuentran dentro de una unión legalmente reconocida, incluyendo la homosexual”.

exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias. La protección constitucional de la familia también se proyecta a las conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección. La evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental, relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitución Política y la ley... ”.

La figura del hijo de crianza es un fenómeno social reconocido tanto por la ley como por la jurisprudencia. Este concepto hace referencia a la relación padre-hijo que existe entre dos personas no por su vínculo sanguíneo, sino por el lazo afectivo que los une.

Al respecto, la sentencia C-577 de 2011, se ha manifestado de la siguiente manera frente a la familia de crianza, veamos:

“Ahora bien, la presunción a favor de la familia biológica también puede ceder ante la denominada familia de crianza, que surge cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia” que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica, “no porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino porque el interés superior del niño y el carácter prevaleciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza” (Subrayas fuera del texto original)

En ese orden de ideas, el vínculo originado en las familias de crianza obedece a un lazo afectivo y recíproco, que existe entre los niños y sus padres. Se caracteriza, no por la existencia de vínculos consanguíneos o civiles, sino por vínculos afectivos originados en la relación paterno-familiar (Umaña Luna, 1994). En este punto, se hace referencia a la posesión notoria del estado civil de hijo de crianza, entendido este como un medio de prueba para demostrar el vínculo afectivo existente. La posesión notoria del estado de hijo es entonces, prueba del vínculo afectivo. Según sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil³⁸, tres son los requisitos indispensables para configurar la posesión notoria del estado civil de hijo: 1°. Que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; 2°. Que los deudos y amigos del padre o madre o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como

³⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Gaceta Judicial, Tomo 74, páginas 578-618 (M.P. Alfonso Bonilla 7 de Abril de 1953).

hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento; y 3°. Que las relaciones de tal género entre el padre o madre e hijo y la reputación aludida hayan durado diez años, al menos, en forma continua. Esto se traduce en los tres requisitos o elementos de la posesión notoria del estado civil: 1°. Trato (padre-hijo), 2°. Fama (deudos, vecinos) y 3°. Tiempo (10 años -hoy 5 años, a partir de la Ley 75 de 1968-)³⁹.

La familia de crianza está constituida “por una situación de hecho con la finalidad de formar o mantener los hijos, por unas personas diferentes de los padres consanguíneos o biológicos, consolidándose como núcleo fundamental de la sociedad, voluntaria y responsablemente constituida” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Proceso 2008-244 (C.P. Ligia Gómez Díaz). Así las cosas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha reconocido a las familias de crianza como una forma de familia que merece una protección constitucional igual a la que se les brinda a las familias legalmente constituidas.

3. LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 El Ordenamiento Mexicano: la Ley de las Sociedades de Convivencia

Como país heredero de la cultura española, México posee unas estructuras familiares y jurídicas muy similares a las de nuestro país. Sus instituciones guardan mucho apego con el código napoleónico de 1804 y del cual Bello se basó para redactar el Código Civil chileno, pilar fundamental de nuestro Código Civil de 1887 vigente hasta hoy. Es de anotar que las figuras como la potestad marital o los esponsales establecidos en los artículos 140 a 145 del

³⁹ Ninguno de los primeros dos requisitos por sí solos, aun cumpliendo el requisito del tiempo, es idóneo por sí para probar la posesión notoria del estado civil. Es absolutamente necesario que la reputación o fama, sea consecuencia del trato y asistencia que el presunto padre le haya dado al hijo. Los dos primeros requisitos son, pues, inseparables (...) Igualmente, para establecer la prueba de posesión del estado de hijo natural, es condición esencial que la doble situación comentada (trato y fama), haya tenido una duración mínima de diez años continuos (hoy 5 años)”.

Código Civil Federal fueron derogados. En lo que respecta al matrimonio tenemos que se trata de una unión monogámica y eminentemente heterosexual, en efecto, uno de los fines fundamentales el matrimonio en México es la reproducción y la ayuda mutua de los cónyuges⁴⁰. El matrimonio entre menores de edad⁴¹ es válido siempre y cuando se cuente con el consentimiento del padre, madre, abuelos (en ausencia de los primeros.), o como última *ratio*, con la venia del juez de familia.

Ahora, frente al régimen de bienes, es de resaltar que el matrimonio se puede celebrar bajo dos modalidades (bajo el régimen de sociedad conyugal, o bajo el de separación de bienes⁴²). A diferencia del derecho colombiano donde la sociedad conyugal nace *ipso iure* con el matrimonio y las capitulaciones se realizan sobre un conglomerado de bienes específicos y no es posible pactar el no nacimiento de dicha sociedad, en el derecho de familia mexicano según el artículo 179 del Código Civil Federal, “*Las capitulaciones matrimoniales son los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso.*” Así las cosas, por vía de estos pactos, los cónyuges pueden pactar el nacimiento de la sociedad conyugal, el no nacimiento de ésta, o la administración de los bienes que harán parte del haber social.

⁴⁰ El artículo 147 del Código Civil Federal establece que “*Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta.*”. De esta lectura se infiere que la reproducción y la ayuda mutua son obligaciones (de derecho público) en el marco del matrimonio en México, hecho que vuelve a esta institución de carácter heterosexual.

⁴¹ El mismo artículo establece que la edad mínima para contraer matrimonio es 16 años para el caso de los hombres y 14 años en las mujeres.

⁴² Artículo 178 del Código Civil Federal.

Sobre la Ley de sociedades de Convivencia, en el año 2007, se reglamentan en el Distrito Federal todas aquellas uniones que no se den por causa del matrimonio, bien sea porque los contrayentes son del mismo sexo, o siendo heterosexuales no contrajeron nupcias pero tienen la misma convivencia de un par de casados.

Para el derecho mexicano, la sociedad de convivencia es de carácter voluntario que se constituye exclusivamente entre dos personas, cuyo objeto es establecer un hogar común, con proyección de permanencia y ayuda mutua. Solo pueden hacer parte de esta sociedad las personas mayores de edad, con plena capacidad jurídica, que no estén casadas, en concubinato o en otra sociedad de convivencia, y que no sean parientes consanguíneos en línea recta, sin límite de grado, o colaterales hasta el cuarto grado (Galvan Rivera, pág. 2). Es menester tener en cuenta que las uniones heterosexuales también estaban protegidas por la ley antes de la entrada en vigencia de esta sociedad. En efecto, existe en México la figura denominada concubinato, que se da cuando un hombre y una mujer “*comparten casa y vida como si fueran esposos, pero sin haber contraído ninguna especie de matrimonio, ni canónico ni civil*” (Galvan Rivera, pág. 17). Bajo esta figura se reconocen derechos patrimoniales sobre la concubina y efectos civiles para los hijos nacidos bajo esta unión.

No obstante lo anterior y en consideración a que los concubinatos son muy comunes en la sociedad mexicana, el Estado se vio obligado a reglamentar, de manera clara, el régimen de bienes que debe regir cuando las personas no han contraído nupcias. Así las cosas, este tipo de sociedad solo obliga a los socios o “convivientes”, aunque puede surtir efectos frente a terceros si está registrada. Los efectos de esta unión frente a las partes son los siguientes (Adame Goddard, 2007, pág. 54):

- a. Nace la obligación de los convivientes de proporcionarse alimentos.
- b. Los socios adquieren recíprocamente derechos sucesorios, en la misma medida que los concubinos.
- c. Los convivientes son llamados a desempeñar la tutela respecto del otro que haya sido declarado en estado de interdicción.
- d. El régimen de bienes se ceñirá a lo que acuerden las partes. En ausencia de acuerdo cada uno de los socios mantiene su propia capacidad patrimonial.
- e. Subrogación en el contrato de arrendamiento de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes.
- f. Derecho de alimentos en favor del conviviente que carezca de recursos suficientes para subsistir.

Para concluir, puede decirse que en México al igual que en nuestro país, el matrimonio es la unión heterosexual y monógama que da origen a la familia y cuyos fines principales son la reproducción y el auxilio mutuo. Adicional a lo anterior, la legislación mexicana también prevé 2 formas adicionales de conformar una familia a partir de la unión sexual entre un hombre y una mujer (mediante el concubinato y las sociedades de convivencia), y por vía de analogía se han reconocido derechos convivenciales a las parejas del mismo sexo mediante la analogía en la utilización del término “convivientes” utilizado en la ley del Distrito Federal de 2007. En ese orden de ideas tenemos que la diferencia encontrada entre el concubinato y las sociedades de convivencia radica en la formalidad que esta última le imprime a la unión y la ampliación del espectro sobre los sujetos que pueden ser parte de esta unión. Como se pudo apreciar y a diferencia del Derecho Colombiano, en México los

grandes avances jurídicos en cuanto al concepto de familia se han dado principalmente en el escenario legislativo y no por vía de interpretación jurisprudencial de la norma.

3.2 El Ordenamiento Francés y los Pactos de Solidaridad y Concubinato (PACS)

Como ya es tendencia en la mayoría de países de tradición jurídica romano-germánica, el derecho francés no ha sido la excepción en cuanto a tratar de equiparar las condiciones jurídicas de las parejas casadas y su prole, con las uniones de hecho y los hijos naturales producto de estas. Como avance importantísimo en lo referente a este tipo de uniones, tenemos la ley del 15 de noviembre de 1999 o comúnmente denominada Ley Francesa de PACS (Pactos de Solidaridad y Concubinato). Esta norma adiciona el libro I del Código Civil Francés y regula todo lo relativo a las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales, donde se diferencia entre el pacto de solidaridad, el cual es considerado como un contrato; y el concubinato, como una simple relación de hecho.

Las partes contratantes dentro de un pacto de solidaridad se obligan mutuamente, como su nombre lo indica, a prestarse asistencia y del mismo modo crean un escenario de solidaridad frente a las deudas comunes y con terceros, mientras que en el concubinato no se comparte esta obligación.

En ese orden de ideas, los PACS son definidos como un contrato *“celebrado por dos personas físicas mayores, de diferente o de igual sexo para organizar su vida en común⁴³”*.

En principio esta definición del pacto generó controversias en cuanto qué se debía entender

⁴³ *“Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.”*. Artículo 515-1, Código Civil Francés.

por la expresión “vida en común” contenida en la norma. Ante esta situación, el Consejo Constitucional señaló que la “vida en común” se debe entender como una residencia en común y una vida de pareja (Medina, 2009). Por su parte, el concubinato, como se dijo anteriormente, *“es una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y continuidad entre dos personas de diferente o del mismo sexo que viven en pareja”⁴⁴*

Es pertinente resaltar que la jurisprudencia francesa siempre había considerado el concubinato como la unión de un hombre y una mujer y su interpretación judicial siempre ha girado en torno a la familia nuclear monógama y heterosexual. En ese orden de ideas, la mutación del concepto de familia en Francia se ha dado gracias a la producción legislativa. Es la ley como expresión del legislador, la que ha cambiado la concepción de familia en el país galo.

3.3 El Ordenamiento Español

El artículo 39.1 de la Constitución española de 1978 ha establecido que *“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”* (Lorenzo-Rego, 2014), sin embargo, al igual que en nuestro país, el ordenamiento jurídico español no prevé ninguna norma específica que se encargue de definir concretamente el concepto de familia.

Como es sabido por la mayoría, la constitución española de 1978 fue redactada en un momento coyuntural de la historia ibérica, ya que en ese entonces la tarea del constituyente

⁴⁴ *“Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.”* Artículo 515-8, Código Civil Francés.

era llegar a un consenso luego de la dictadura franquista. (Lorenzo-Rego, 2014). Es por ello que se hace necesario estudiar los antecedentes legislativos del artículo 39.1 *ejusdem*.

Con respecto al matrimonio, el artículo 27⁴⁵ del anteproyecto constitucional prácticamente calcaba lo establecido por el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. De la lectura de este artículo se puede concluir que el espíritu del constituyente era regular la familia a partir de una unión monógama y heterosexual, cuyo fin y fundamento era la procreación. Sin embargo también se puede prever que deja la puerta abierta a otro tipo de uniones cuando reconoce el derecho a “*crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia*”, además también habla de diversas formas de matrimonio. Sin embargo el primer aparte citado fue suprimido debido a un pacto celebrado entre el PSOE y UCD, así que finalmente el artículo 32 de la constitución española quedo de la siguiente manera:

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

De esta lectura se puede inferir que el matrimonio, visto este como institución monógama y heterosexual, es la pieza fundamental y el vórtice sobre el cual recae el concepto de familia. Es pertinente tener en cuenta que al momento de promulgación de esta constitución, el matrimonio era indisoluble en España.

⁴⁵ Artículo 27: 1. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia. 2. El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos.

Con la nueva constitución española, el concepto de hijos matrimoniales y extramatrimoniales quedó abolido. Los poderes públicos deben asegurar la protección de la familia y de los hijos sin importar su clase de filiación. También debe velar por la protección de la madre sin importar su Estado Civil.

En cuanto a la conformación de la familia, la doctrina española ha considerado que esta tiene varios orígenes, los cuales pueden partir de la filiación, de un vínculo legal como puede ser el matrimonio o una combinación de ambas instituciones, veamos:

Según Espinar Vicente, *“En la constitución la familia no se concibe como una consecuencia del matrimonio, ni siquiera en términos formales. La familia surge en torno a la filiación”* (Espinar Vicente, 1996, pág. 24). Y más adelante añade: *“(...) cada vez que exista un hijo, existe una relación familiar vertebrada en torno a éste, con independencia de que existan lazos legales o voluntarios de convivencia entre los padres”* (Espinar Vicente, 1996, pág. 48).

En ese orden de ideas, el criterio de la filiación para definir la conformación de la familia, establece una dicotomía total entre el derecho a contraer nupcias y el de conformar una familia. Bajo este escenario, Lorenzo-Rego encuentra dos clases de familia: Las constituidas por un solo progenitor (Monoparental⁴⁶) y la pareja heterosexual con hijos

⁴⁶ Para esta autora, por ser una situación contemplada bajo el criterio de la filiación, no se incluye dentro de esta clasificación al cónyuge viudo con hijos, ni al divorciado con hijos a su cargo, ya que estas dos situaciones están bajo los efectos de un matrimonio anterior que ha fenecido. En ese orden de ideas, esta clasificación le corresponde al cónyuge soltero, pero no divorciado, que vive con un hijo o más a su cargo. En conclusión, se trata de un hijo cuya procreación estuvo bajo las siguientes circunstancias: una relación pasajera, sin compromiso en la que la mujer queda embarazada y se hace responsable de su hijo; del hijo concebido bajo técnicas de reproducción asistida por mujer sola; o de una adopción cuando se trata de una mujer o un hombre solos. (Lorenzo-Rego, 2014, pág. 51).

comunes pero que carece de algún vínculo conyugal (familia de hecho o no matrimonial⁴⁷) (Lorenzo-Rego, 2014, pág. 50).

Todo lo descrito anteriormente debe estar precedido por el requisito de la estabilidad, así pues queda excluida del concepto de familia toda relación que sea pasajera u ocasional. Aunque este tema no está ampliamente regulado en la ley, podemos encontrar algunos indicios sobre que entiende el legislador por unión estable. Por ejemplo, la ley 29 de 1994 de arrendamientos urbanos establece la subrogación del contrato de arrendamiento por causa de muerte se puede dar a *“la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento”*⁴⁸ (Subrayas fuera del texto original).

En cuanto a la unión de personas del mismo sexo, es pertinente resaltar que en España el matrimonio homosexual está vigente desde el año 2005⁴⁹ y este matrimonio tiene los mismos efectos sobre adopción, pensiones y obligaciones que el matrimonio heterosexual.

En ese orden de ideas tenemos que en el Derecho Español, al igual que lo que sucede con el Derecho Francés, la modificación del concepto de familia se ha venido dando a partir de actos provenientes del legislador, no obstante lo anterior, la nueva constitución post-

⁴⁷ Siguiendo con el criterio establecido por la mayoría de la doctrina española, la familia de hecho tiene como elemento fundamental a la pareja heterosexual, ya que solo el hombre y la mujer pueden concebir hijos comunes. Este tipo de familia tiene una incipiente protección legal y algunos escenarios están sin protección (p.e. las familias conformadas por una persona casada y una soltera). A pesar de esto, se ha intentado darle un poco de formalidad a estas uniones, en efecto, hoy en día los convivientes pueden formalizar su unión a través de escritura pública. Al igual que en Colombia, dichas uniones se disuelven por el paso del tiempo y la falta de convivencia.

⁴⁸ Artículo 16.1 b Código Civil Español.

⁴⁹ Ley 13 de 2005.

franquista tenía una filosofía de inclusión social pese a que en un principio fue muy difusa a la hora de definir esta institución.

4. LEY 54 DE 1990: LA LEY DE UNIÓN MARITAL DE HECHO Y EL RÉGIMEN PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES

Citando a Medina Pabón *“cuando el sistema jurídico se toma la molestia de regular un aspecto de la vida social pretende que todos obren conforme a esos preceptos, pero no puede desconocer que siempre habrá alguien que se salga del régimen.”*, siguiendo la postura del autor, cuando las personas se salen o quedan al margen de lo regulado por la ley se pueden dar dos eventos. El primero es que la actuación “choque” directamente o indirectamente con el mandato legal, en este caso adquiere un carácter ilegítimo ante lo cual el ordenamiento jurídico procederá a perseguirlo y a procurar su erradicación mediante sanciones. No obstante lo anterior, se pueden dar eventos donde la situación extralegal no riñe con el régimen jurídico, aunque dicha actitud no sea la más apropiada según las costumbres o el imaginario cultural del lugar donde rige la norma. En estos casos, el Derecho tiene una actitud más “condescendiente” y califica tales situaciones como de “hecho” y en lugar de castigarlas trata, en la medida de lo posible, de acercarlas al ámbito de regulación de la norma. Como bien se dijo anteriormente, las situaciones de hecho no merecen aprobación, pero tampoco repudio⁵⁰.

⁵⁰ Según el autor antes citado, el sujeto ordinario obra cotidianamente de hecho, es decir que nunca se sienta a reflexionar sobre la validez jurídica de los actos que ejecuta en el marco de su cotidianidad y la mayoría de las ocasiones, sin querer, actúa conforme a Derecho. No obstante y como se ha dicho, hay ocasiones donde se sale del margen de la norma sin que esto implique una infracción de la misma.

Al ser la familia una institución de capital importancia para el desarrollo de la sociedad, no en vano se dice que la familia es el núcleo de ésta, entra a ser regulada. Ya sea por la costumbre, la religión o las autoridades.

En un principio, la historia de la familia nos enseñó que el matrimonio celebrado por un rito formal solo era contraído por las personas de mayores recursos económicos y por ende, un grueso de la población, que no tenía los recursos ni la educación suficiente para acceder a este tipo de relación personal, convivían bajo la figura de la unión de hecho. De este modo, para ningún estado fue viable prohibir o castigar este tipo de uniones. Esto por supuesto no quiere decir que el estado concediera muchas prerrogativas y tratara de manera desigual a las dos uniones. Como se dijo, siempre el estado, la sociedad y sobretodo la religión han visto al matrimonio como la forma idónea de convivencia sexual entre dos personas y es por ello que siempre ha tendido a “incentivar” este tipo de uniones.

En el caso de Colombia, la legislación, aunque no perseguía este tipo de uniones, sustraía de la protección jurídica a las parejas no casadas negándoles las ventajas patrimoniales o personales comunes y descalificaba a los hijos privándolos del cuidado paterno y de los derechos herenciales, sin embargo existía una especie de incentivo al matrimonio, pues se admitía la legitimación de los hijos cuando los padres contraían nupcias.

No obstante estos incentivos, en nuestro país, la “familia natural” superaba a las familias regulares en proporción a tal punto que podía afirmarse que el matrimonio era una

institución incipiente y que si fuera por la simple estadística era más lógico que el sistema jurídico se ocupara de la unión de hecho y de sus efectos⁵¹.

La idiosincrasia de nuestra cultura hace que la mayoría de situaciones sean de hecho. No en vano se dice que Colombia es un país de poseedores. Lo mismo sucede con las relaciones de familia, factores como la educación, el temor al compromiso, la tramitología excesiva (a pesar de las fallidas leyes antitrámites) y la falta de estabilidad emocional y sexual de la población, sobretodo masculina. Hacen de nuestro país un territorio donde la Unión Marital de Hecho sea la tendencia. Inclusive existen escenarios, para nada atípicos, donde una persona está legalmente casada y sostiene varias uniones de hecho, o contrae nupcias con otra persona después de haber terminado una unión de esta naturaleza. Y es que la pluralidad de formas para tener una relación de pareja en estos días es tan variada que ha ocasionado la mutación de lo que se entiende por familia en nuestro país, alimentado la imaginación de los jueces y por ende justificando la producción de esta monografía.

Ante la proliferación de uniones libres, no es extraño que se generen conflictos que más tarde van a parar en estrados judiciales, promovidos por las mismas parejas convivientes, sobre todo cuando alguno de sus miembros (comúnmente el varón), se alzaba con el patrimonio amasado con el esfuerzo conjunto y dejaba en total abandono a su conviviente y a sus hijos. No obstante lo anterior, la tendencia jurisprudencial de los países occidentales hasta mediados del siglo XX, siempre fue desestimar cualquier acción del conviviente

⁵¹ Dentro de la exposición de motivos de la ley 54 de 1990, el Congreso de la Republica reconoció la gran cantidad de familias de hecho que existían en nuestro país y que estaban a la espera de la protección por parte de la ley, en su momento dijo lo siguiente: *“reconocer jurídicamente la existencia de la "familia natural", hecho social innegable en Colombia ("son más los hijos nacidos de las relaciones extramatrimoniales de sus padres que del matrimonio civil o religioso") y fuente de los hijos "naturales" o "extramatrimoniales" - equiparados en la legislación civil -, con el objeto de establecer los derechos y deberes de orden patrimonial de los "concubinos", y así llenar el vacío legal existente en una materia que interesa al bienestar de la familia y que no puede quedar al margen de la protección del Estado”* (Exposición de motivos. Anales del congreso No. 79 de agosto 15 de 1988).

defraudado que tendiera a reclamar su parte en el patrimonio común. El argumento común de los jueces era que al no haber contraído matrimonio de ley, el demandante había decidido exponerse al riesgo de ser afectado por las actuaciones de su compañero, por lo cual su queja estaba infundada.

A pesar de lo anterior, muchos litigantes basados en el cuasicontrato de comunidad o amparándose en las reglas del enriquecimiento sin causa, lograron obtener algún beneficio por la vía de las acciones *in rem verso*. Inclusive se llegó hasta el punto de reconocer la existencia de una “sociedad de hecho” o “cuentas en participación”, cuando se comprobaba que una determinada actividad productiva, que aparecía a nombre de uno solo de los convivientes, era el fruto de los aportes en bienes o en industria de ambos⁵².

Como antecedente remoto del reconocimiento legislativo de la pareja de hecho, tenemos la Ley 57 de 1887, la cual en su artículo 329 reconocía a la concubina como aquella mujer “*que viviera con un hombre públicamente como si fueran casados, siempre que uno y otro estuvieren solteros o fueren viudos*”. Como se puede apreciar queda completamente descartada la idea de una familia de hecho si existía un matrimonio anterior vigente, esto en razón a la fuerte influencia que aun ostentaba el clero en nuestro país y a la clara tendencia de repudiar a quienes vivían sin estar casados. Luego, con la ley 45 de 1936, se permitió a los hijos naturales la participación en las sucesiones, aunque en condiciones de desventaja frente a los legítimos. Finalmente, hasta la ley 29 de 1982, se equipararon los derechos hereditarios entre los hijos sin importar su origen.

⁵² La Corte Suprema de Justicia estableció que “*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*” (Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Familia y Agraria. Sentencia del 26 de febrero de 1976).

El reconocimiento de la Unión Marital de Hecho⁵³ propiamente dicha, tuvo sus orígenes en los movimientos sindicalistas. El primer reconocimiento a este tipo de unión se dio cuando se permitió que la mujer⁵⁴ fuera beneficiaria de prestaciones sociales económicas como el acceso a la atención en salud y la pensión de supervivencia. Fue gracias a la expedición del Código del Trabajo que el concepto de compañera permanente se da a conocer en el lenguaje jurídico.

Solo hasta 1990, y después de varios intentos fallidos, el legislador reconoció que la pareja que convive sin estar casada se encuentra bajo condiciones análogas de la que sí lo está y declaró que quienes se encuentren en esta situación de manera permanente dan origen a una “sociedad patrimonial”, la cual en sus efectos, desarrollo y liquidación será similar a la sociedad conyugal que nace a partir del matrimonio. Esta norma, aunque fue un gran avance para su época, en nuestro concepto se quedó corta, ya que no regula nada en materia de derechos y deberes de la pareja (respeto, apoyo, fidelidad, etc.)⁵⁵. Nuevamente los avances en cuanto a estos temas provienen de otras ramas del derecho como por ejemplo el penal, que extendió el delito de violencia intrafamiliar a los individuos de la pareja marital de hecho.

⁵³ Según la Corte Constitucional, el termino Unión Marital de Hecho entra al escenario jurídico para hacer a un lado “*las connotaciones degradantes de los términos concubinato, amancebamiento, etc.*” (Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía. 19 de mayo de 1994).

⁵⁴ En ese entonces solo era beneficiaria la “compañera permanente” de los beneficios laborales de su conviviente. Como se puede evidenciar, el primer intento por darle reconocimiento a la pareja de hecho tuvo una connotación eminentemente sexista.

⁵⁵ A pesar del momento de cambio y progresismo que se vivía por ese entonces en la cultura jurídica colombiana, no se entiende como el legislador de ese entonces no afrontó el principal problema jurídico que enfrentaban este tipo de uniones: La indisolubilidad del matrimonio católico. En términos de la Dra. Yadira Alarcón, la solución de ese entonces propuesta por el congreso fue salomónica en el sentido de que no solucionó este problema, sino que más bien dio cabida a la posibilidad de concurrencia entre la condición de esposo(a) y compañero(a) permanente, todo esto con el fin de mantener incólumes las condiciones en las que había sido firmado el concordato con la Santa Sede. (Alarcón Palacio, 2003)

Ahora, en cuanto a la protección constitucional de la familia de hecho, podemos decir que ésta tiene su génesis en el proceso constituyente de 1991, así pues, queda plasmado de la siguiente manera el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia:

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

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.” (Subrayas fuera del texto original).

De la simple lectura se denota que a partir de 1991, la Unión Marital de hecho, queda equiparada a la que proviene del matrimonio, además de esto el constituyente deja de una vez y para siempre zanjado el tratamiento que deben tener los hijos naturales frente a los habidos en el matrimonio, hecho que desencadenó, por vía jurisprudencial, una serie de reformas al Código Civil que estaba prácticamente incólume desde su promulgación.

Tenemos así que la nueva constitución se perfila como una de corte garantista, basada en una serie de postulados de justicia que concibe la aparición de *“normas que giran en torno a la regulación dogmática y fundamental de la convivencia social y de los derechos fundamentales, para adaptar la legislación a un nuevo contexto constitucional material”* (Alarcón Palacio, 2003).

Esta nueva definición de la familia aportada por la naciente constitución, consagra la superación de las diferencias que históricamente habían tenido las familias heterosexuales de hecho frente a aquellas cuya fuente radicaba en un acto solemne.

Así las cosas, el constituyente de 1991 no solo se encargó de “constitucionalizar” y reconocer de frente a la Unión Marital de Hecho⁵⁶, sino que a partir de la redacción del artículo “abrió una caja de Pandora⁵⁷” para que, por vía de la jurisprudencia, la rama judicial en especial la Corte Constitucional modificara leyes en materia de familia, asumiendo y en algunos casos usurpando funciones que son exclusivas del legislador.

En nuestro concepto esta decisión del Constituyente y posteriormente de la Corte Constitucional es un arma de doble filo que implica tanto beneficios y salvaguardas a los derechos fundamentales como también distorsiones al concepto de familia y en algunas ocasiones vulneraciones a sus derechos.

4.1. Elementos fundamentales de la Unión Marital de Hecho

Debido a que, como se dijo con anterioridad, la redacción del texto constitucional quedó muy amplia a la hora de definir la familia en el sentido de indicar que la “unión responsable” de un hombre y una mujer basta para crearla y a sabiendas que la cosmovisión de la sociedad moderna y la condiciones culturales de nuestro país nos permiten inferir que las uniones carácter personal entre individuos adultos de distinto sexo son variadas y por ende es muy difícil decidir hasta donde se puede adaptar el sistema jurídico con las uniones que surgen a partir de la interpretación de la norma, recurriremos a la doctrina para

⁵⁶ A pesar que desde la ley 54 de 1990 ya estaban reconocidas las Uniones Maritales de hechos y sus efectos económicos (Sociedad Patrimonial de Hecho), nos atrevemos a afirmar que el verdadero reconocimiento que tuvo esta unión como familia se dio a partir de la Constitución de 1991, ya que esta va más allá del reconocimiento patrimonial inclusive dejando un gran campo de interpretación que más adelante sería llenado por la Corte Constitucional mediante sentencias de Tutela y de Constitucionalidad.

⁵⁷ La superación de diferencias históricas entre la familia de hecho y la familia formal que plantea la Constitución de 1991, si bien era coherente en el plano garantista en el que se enmarca la misma, desencadenó una serie de demandas tanto de constitucionalidad como de tutela que pretendían la conquista de nuevos escenarios para el desarrollo de los derechos de la familia de hecho en Colombia. Decimos que esta maniobra del constituyente abrió una “caja de pandora” ya que dio origen a la discusión jurídica de temas de familia que algunos años atrás estaban vedados en la sociedad colombiana por ser considerados como tabú (Alarcón Palacio, 2003).

identificar los elementos fundamentales de conformación de una familia de hecho, todo esto con el fin de dar más claridad al objeto del estudio y delimitar, con la mayor exactitud posible, como se puede definir hoy en día el concepto de familia, veamos:

- a) Unión Libre: Por unión libre se entenderá la convivencia entre un hombre y una mujer (unión heterosexual) que sin estar casados entre si y careciendo de cualquier impedimento para contraer nupcias; comparten el mismo techo, lecho y mesa, excluyendo a otros sujetos de la relación en lo sexual y guardándose respeto, afecto y solidaridad entre sí, es decir que hacen una comunidad de vida permanente y singular. En otras palabras podemos considerar a esta unión como un “*matrimonio sin formalidades*” (Medina Pabón, 2008, pág. 297), y susceptible de aplicársele los principios de este.

- b) Decisión voluntaria y libre de conformarla: Tal y como lo afirma la propia Constitución, esta unión debe partir de un acuerdo de la pareja de convivir y aunque para autores como Aroldo Quiroz no es en sí un contrato sino un hecho jurídico, se configura como la fuente de deberes y derechos correlativos, que pueden resumirse al trato no agresivo entre las partes o con los demás allegados, la capacidad de adoptar hijos; y en lo económico da lugar a la obligación de alimentos entre los convivientes, a la transferencia de los derechos de la seguridad social y a la existencia de una sociedad patrimonial de hecho (Quiroz Monsalvo, 2007).

En cuanto al consentimiento, es de resaltar la necesidad de aptitud mental igual a la del matrimonio, así pues y acudiendo a las reglas de la analogía es

obvio que no existe Unión Marital de Hecho cuando uno de los convivientes tiene una afectación mental tan severa que le impida contraer nupcias. La incapacidad mental sobreviniente no es incompatible con la continuidad de la unión y el deber de solidaridad que se deben los convivientes⁵⁸. Sin embargo, nuestro sistema jurídico no prevé una forma de terminar la unión de hecho cuando el compañero sano lo decide. Frente a la fuerza o el rapto, son impedimentos para generar la unión libre, sin embargo, por analogía con el matrimonio, la nulidad queda saneada cuando cesa la coacción y se mantiene la convención. Del mismo modo se infiere que el error no se puede dar como causal de nulidad de esta unión, puesto que al no ser un acto jurídico que de origen a una relación obligatoria, simplemente la solución más obvia al error es cesar la convivencia.

- c) Unión Personal: La convivencia “*more uxorio*” presupone que los convivientes se unen por razones de afecto y con el ánimo de entregarse uno al otro. Cuya firme convicción es la conformación de una familia y un hogar propio. Del mismo modo, esta unión debe comprender las relaciones sexuales y el apoyo mutuo como mínimo.

⁵⁸ Mediante la Sentencia C-1109 del 2000, la Corte Constitucional equiparó las obligaciones de solidaridad y auxilio mutuo que se deben los compañeros permanentes al igual que los cónyuges. Al respecto se dijo lo siguiente: “*En armonía con lo expuesto, la Corte considera que el inciso segundo del artículo 552 del Código Civil no contradice sino que, por el contrario, aplica fielmente los artículos 13 y 83 de la Constitución Política -en el entendido de que lo que se dice del cónyuge comprende al compañero permanente-. Lo anterior por cuanto, siguiendo al ordenamiento constitucional que confía a los progenitores el cuidado de sus hijos impedidos y que proscribiera toda forma que rompa con la unidad y la armonía de la familia, no permite que se excluya a los padres, al cónyuge, como tampoco al compañero permanente, del cuidado de quien adolece de demencia, por el simple hecho de tener derecho de sucederle e impide que esta labor se confíe a aquellos que si muriese habrían de sucederlo. Porque esta restricción da plena aplicación al principio de igualdad de conformidad con el cual resultan constitucionales todas aquellas medidas destinadas a proteger a quienes por su especial condición de debilidad física o mental están en incapacidad de defenderse por sí mismos, aunque, en apariencia, la medida pueda calificarse como extrema; porque extremas tienen que ser las prevenciones cuando la situación de la persona así lo demanda.*” (Subrayas fuera del texto original).

- d) Singularidad: A pesar de que se trata de una “unión libre”, no se puede olvidar que nuestro entorno cultural no admite la poligamia. No obstante lo anteriormente planteado, la jurisprudencia, sobre todo en materia pensional, ha admitido la posibilidad de que una persona ostente más de un estado civil de manera concurrential, y en algunos casos haciéndose acreedor a estos beneficios a prorrata de su convivencia con el causante.
- e) Legalidad de la unión: En principio, se puede decir que la ley 54 de 1990 establece una serie de reglas patrimoniales que deben regir para los convivientes de hecho. No obstante, establece una serie de impedimentos paralelos a los del matrimonio. El parentesco⁵⁹ (en todas sus clases), la edad⁶⁰ y el vínculo anterior vigente, entendido

⁵⁹ Como hecho curioso es pertinente citar que en sentencia del 9 de junio de 2009, el Tribunal Superior de Cundinamarca Sala Civil, Familia y Agraria, declaró la existencia una sociedad patrimonial fruto de la unión marital entre un padre e hija. Este exabrupto jurídico fue corregido por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 19 de diciembre de 2005 (M.P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena), bajo los siguientes argumentos:

“(...) Inclusive, es tan rotundo y vigoroso en el ordenamiento patrio el rechazo al incesto que bien miradas las cosas, y de la mano de los reseñados antecedentes históricos, considera la Corte que la existencia de un vínculo de parentesco en los grados previstos por el legislador como causal de impedimento no solamente obsta el nacimiento de una sociedad patrimonial entre los amantes, sino, lo que es más tajante, impide que aflore entre ellos una unión marital que merezca tutela legal. O, por decirlo con mayor claridad, si entre la pareja existe una relación de parentesco que el ordenamiento considere como incestuosa, no surge entre ellos una unión marital de las previstas en la Ley 54 de 1990, ni, menos aún, una sociedad patrimonial. Por supuesto que sería una inconcebible paradoja que lo que el resto del ordenamiento reprime con reciedumbre, fuera protegido ciegamente por la susodicha ley (...).”

“(...)No puede afirmarse, como desacertadamente lo infirió el Tribunal, que si por mandato del numeral 4° del artículo 1820 del Código Civil, el matrimonio incestuoso genera sociedad conyugal, nada impediría que la relación marital entre personas ligadas por cualquiera de los grados de parentesco que tipifican el delito de incesto, genere a la vez, sociedad patrimonial, por cuanto el matrimonio, a diferencia de la unión marital, - y aquí radica la impropiedad de su asimilación- constituye un singular acto jurídico cuyos efectos se surten mientras no sea declarado nulo por decisión judicial cuyos alcances no son, por regla general, retroactivos a la luz de las prescripciones del artículo 148 Ibídem, fenómeno éste que, por sustracción de materia, no puede darse en una situación de facto como lo son las relaciones maritales extramatrimoniales, razón por la cual el legislador, previendo esa situación, buscó impedir de entrada la producción de efectos a las uniones afectadas por ese impedimento (...).”

“(...)Infiérase de lo expuesto, que en este litigio las pretensiones de la actora están llamadas al fracaso, ya que entre las partes media el impedimento de parentesco (padre – hija), el cual, como ya se dijera, no solo impide la formación de la sociedad patrimonial reclamada, sino, lo que es más contundente aún, que obsta, de raíz, el nacimiento de la unión marital definida en el artículo primero de la susodicha ley. En consecuencia, se impone confirmar el fallo de primera instancia. (...).”

⁶⁰ Este tipo de unión está vedada para los impúberes debido a su incapacidad para procrear, sin embargo, aplicando una vez más las reglas de la analogía, sería posible que el embarazo legitime la unión.

como la disolución de cualquier sociedad conyugal anterior a la convivencia, se configuran como condiciones para que la unión no sea válida.

- f) Permanencia: Este es un requisito *sine qua non* de la unión convivencial, desde el artículo 1 de la ley 54 del 90 se establece que las partes deben tener, por lo menos, la intención de permanecer de manera indefinida en la unión. Así las cosas podemos inferir que esta unión es pura y simple, es decir que no puede estar sometida a un plazo o condición. En lo referente al tiempo mínimo, el legislador consideró prudente el término de 2 años como muestra de la permanencia⁶¹.
- g) Informalidad y revocabilidad: Para nosotros es uno de las características más importantes de esta unión. Como se dijo al inicio de este capítulo, la unión marital de hecho fue concebida por el legislador en respuesta al gran número de uniones informales que existían en ese momento en el país. Así pues, tenemos que ésta se constituye por la simple voluntad de los convivientes expresada de manera espontánea. Aunque es un acto jurídico, no se le puede aplicar el concepto de “ley para las partes” por no ser un contrato. Debido a que es libremente revocable, no se puede hablar, en estricto sentido, de deberes o derechos de los convivientes, empero, mientras no haya una ruptura entre los compañeros, se mantienen ciertos efectos jurídicos que incluso son exigibles (solidaridad, respeto⁶², auxilio mutuo (reflejado en la obligación de alimentos), etc.).

⁶¹ Este término es relevante para efectos patrimoniales y para la adopción. En lo referente a la inscripción ante autoridades de protección social, violencia intrafamiliar o derecho de alimentos no se fijan plazos, de modo que queda al arbitrio del juez determinar si una unión, que lleve menos de los dos años, tiene la vocación de permanencia para ser considerada como una unión permanente. (Medina Pabón, 2008, pág. 303).

⁶² Como el artículo 229 del Código Penal cobija a todos los miembros de la familia (incluyendo al compañero o compañera permanente), podemos inferir que es una obligación implícita dentro de la unión marital de hecho el respeto por el conviviente mediante la prohibición de agresión. Recordemos que mediante sentencia C-029 del 2009 este delito también cobija a las uniones del mismo sexo.

4.2 Régimen patrimonial de los compañeros permanentes

Al igual que en cualquier sociedad (incluyendo la conyugal) existe un patrimonio común a los integrantes. Para el caso de la Unión Marital de Hecho, la ley 54 previó una serie de efectos patrimoniales derivados de la convivencia, los cuales solo se hacen visibles a la hora de terminación de la unión (al igual que en la sociedad patrimonial). La filosofía de este “fondo común” es la amortización de los gastos cotidianos del hogar. La ley 54 de 1990 a la hora de regular este régimen patrimonial se limitó a seguir las pautas que ya estaban establecidas en lo referente a la sociedad conyugal, con ciertas modificaciones en cuanto a la existencia de bienes anteriores al inicio de la convivencia.

Así las cosas, en cuanto al nacimiento de este régimen hay que resaltar que la sociedad conyugal se constituye o genera con el contrato matrimonial. Contrario a esto, la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, se presume. Por ser una presunción de hecho, es susceptible de ser desvirtuada. Sin embargo, ¿cómo se puede desvirtuar? Una de las maneras posibles es mediante las capitulaciones, que no son más que unos acuerdos donde los miembros de la unión deciden, antes de irse a vivir juntos y mediante escritura pública, el manejo de sus relaciones económicas⁶³.

Debemos reconocer que el legislador dejó un vacío en cuanto no reguló que pasa si la pareja, al momento de empezar la convivencia, tuvo la intención de mantener separados sus patrimonios pero no hicieron las capitulaciones desde el principio sino que decidieron, sobre la marcha, realizar el acuerdo. Ante esto y siguiendo con el espíritu del legislador al redactar la norma, podemos sugerir que en la Sociedad Patrimonial entre compañeros

⁶³ Las capitulaciones entre compañeros permanentes son permitidas por la ley 54 de 1990. En el artículo 7 se dice que a la liquidación de la sociedad patrimonial se le aplican las reglas del libro IV título XXII capítulos I al V del código civil, justamente los apartes referenciados tratan sobre las capitulaciones matrimoniales.

permanentes prima la voluntad de las partes y la informalidad de la misma, por ende bastaría con desvirtuar, mediante algún medio de prueba, la presunción de la sociedad para que se entendiera que esta jamás nació⁶⁴.

No obstante lo anterior, es posible declarar la existencia de la sociedad patrimonial para proceder a liquidarla inmediatamente de común acuerdo y una vez liquidada manifestar que no hay intención de constituirla de nuevo. Para estos casos, las relaciones patrimoniales entre los convivientes se asimilaran a las parejas casadas con separación de bienes.

Después de estudiar la formación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, es hora de determinar cuál es su composición. El artículo 3 de la Ley 54 nos dice que ésta se compone del patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos. Seguidamente, la norma advierte que no entran al haber de la sociedad las donaciones, herencias, legados ni aquellos bienes (muebles e inmuebles) adquiridos antes de la unión, empero si entran los beneficios o rentas que estos produzcan. Por lo visto la norma es bastante clara en establecer que entra y que no en esta sociedad. Al igual que en la sociedad conyugal, mientras no se produzca la separación, los bienes son de cada conviviente al igual que su administración le compete totalmente.

Asimismo, no vemos como no sea posible que se dé la subrogación real con base en lo establecido en el artículo 7 de la ley 54. Simplemente aplicando las reglas que para el caso prevé el Código Civil. No obstante esta posibilidad, sería mucho más difícil tratar de aplicar esta regla sobre bienes muebles, ya que la venta de estos es de carácter informal.

⁶⁴ En la doctrina se plantean dos soluciones a esta problemática. La primera consiste en que una vez constituida la constituida la unión no es posible intentar desvirtuarla ya que esto llevaría a una incertidumbre jurídica en el sentido de que la pareja podría, cuando más les convenga, sacar los bienes del patrimonio convivencial, además de ser esto prohibido en el matrimonio y por analogía inaplicable a la sociedad patrimonial de hecho. Como se dijo anteriormente, nos adherimos a la segunda postura debido a la informalidad que gobierna la conformación y desarrollo de esta relación de pareja.

Frente a los pasivos anteriores que se pagan dentro de la sociedad. Se presume que su pago se ha efectuado con recursos de esta, a menos claro está, que la obligación consista en dar un bien propio del conviviente. En los demás casos la deuda entra al pasivo de la sociedad patrimonial con su respectiva recompensa a cargo del conviviente que la contrajo.

5. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES COMO FUENTE DE CONFORMACIÓN DE LA FAMILIA

A pesar de que tal y como se mencionó en la introducción de este trabajo, el objeto de estudio se iba a centrar en la Unión Marital de Hecho monógama y heterosexual, quedaría incompleta esta monografía si se deja pasar por alto la unión convivencial entre parejas del mismo sexo. Preferimos utilizar el término convivencial y no marital porque a diferencia de la gran similitud que existe entre el matrimonio y la Unión Marital de Hecho heterosexual, la unión sentimental entre personas del mismo sexo se considera como una unión *sui generis* que dista bastante de los fundamentos de la ley 54 de 1990 y solo tiene como asidero la garantía de igualdad, libre desarrollo de la personalidad y libertad que “a capa y espada” defiende la Constitución Política y secuencialmente la Corte Constitucional⁶⁵. Por solo mencionar alguna de las diferencias, para las personas del mismo sexo no está permitido el contrato de matrimonio, mientras que los convivientes heterosexuales podrían casarse no obstante su decisión de permanecer en la unión de hecho.

En este tipo de uniones, el cambio jurisprudencial ha sido enorme. Hemos pasado de un ordenamiento jurídico que las prohibía, a uno que busca proteger sus derechos

⁶⁵ El profesor Miquel Gonzalez prefiere utilizar el término conviviente puesto que, para su concepto, resulta más incluyente que el de marital. Esto debido a que este último deviene de la expresión latina *maritalis*, que se relaciona directamente con el concepto de “marido”, que incluso puede ser aplicable a la unión entre dos hombres, pero que resultaría excluyente para la relación entre dos mujeres. (Alarcón Palacio, 2013).

patrimoniales y de seguridad social, e inclusive nuestra jurisprudencia ha reconocido el derecho de adopción a estas parejas con algunas restricciones, las cuales se anotaran más adelante.

Como lo habíamos dicho anteriormente, la protección a estas parejas se ha dado única y exclusivamente por vía de jurisprudencia. Tal vez debido a la gran influencia cristiana que aun reina en nuestro país, impide que nuestro congreso legisle sobre el tema debido a la complejidad y sensibilidad social que el tema despierta.. Así pues, a continuación se citaran las sentencias de constitucionalidad más significativas sobre el tema, veamos:

La primera vez que la Corte Constitucional tocó el tema fue en la sentencia C-098 de 1996, donde básicamente se demanda la inconstitucionalidad de las normas contenidas en la Ley 54 de 1990 por no tomar en consideración a las parejas del mismo sexo. En esta providencia, la Corte, de tendencia conservadora en ese entonces, declaró exequibles los artículos relativos a la Unión Marital de hecho heterosexual bajo el entendido de que estas normas no coartaban la libertad de los que decidieran, siendo del mismo sexo, vivir juntos y formar comunidad de vida. Además dicha protección, según la Corte, estaba enfocada a las parejas heterosexuales de hecho, las cuales fueron discriminadas con anterioridad a la expedición de dicha ley, lo cual no constituye un privilegio odioso en contra de la pareja homosexual.

De ahí en adelante la protección a la pareja del mismo sexo ha estado fundamentada en la estigmatización que el colectivo le ha dado a esta unión. Posteriormente, el avance más significativo se dio en el 2007, cuando en la sentencia C-075 del mismo año, la Honorable Corte estableció que las normas referente al régimen de bienes de la Ley 54 de 1990

modificada por la Ley 979 de 2005, debía ser aplicado de igual manera a las uniones homosexuales. Así las cosas y desde ese momento la Corte hace extensivo el régimen de la Sociedad Patrimonial de Hecho a las parejas homosexuales.

Por su parte, la sentencia C-029 de 2009 reconoce el déficit de protección y por vía de la teoría de la “Constitución viviente” derrumba la cosa juzgada constitucional que existía en esta materia y a su turno sostiene que la relación estable de pareja tiene una vocación de permanencia que implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes independientemente si sus miembros son o no del mismo sexo que son asimilables bajo los postulados de la igualdad. Este fallo es histórico por cuanto aplica la teoría del déficit de protección a cerca de 40 normas de diversa índole, abordando temas como el derecho de alimentos, la vivienda familiar y la nacionalidad por adopción, equiparando la condición de las parejas heterosexuales a las del mismo sexo.

Luego, en la sentencia T-911 de 2009, se refuerza el argumento del 2007 y afirma que las uniones de hecho homosexuales son una opción válida que comporta *“una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia”*

Siguiendo con la misma línea argumentativa, la protección por vía constitucional ha sido tal que hoy las parejas homosexuales tienen prácticamente los mismos derechos patrimoniales que las parejas heterosexuales, además de tener las mismas implicaciones penales en el

delito de violencia intrafamiliar, distando solamente en el tema de adopción y matrimonio⁶⁶.

No obstante lo anterior, y luego de la derrota judicial que sufrió esta comunidad en la sentencia C-814 de 2001⁶⁷, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-617 de 2014 ha aprobado la adopción por consentimiento⁶⁸ en parejas homosexuales, según esta Corporación *“cuando la autoridad administrativa excluye la posibilidad de la adopción por consentimiento con fundamento en el carácter homosexual de la pareja requirente, vulnera los derechos de todos ellos a la autonomía familiar y a tener una familia, por cuanto se desconoce, sin razón que lo justifique, la existencia de un arreglo familiar en el que el menor, por voluntad de su padre o madre biológicos, comparte la vida con el compañero o compañera del mismo sexo de aquél, y en el que se conforma un vínculo sólido y estable entre ellos, a partir del cual el adulto ha asumido las obligaciones y deberes asociados al vínculo filial.”*

Esta sentencia tuvo varios salvamentos de voto y aclaraciones del mismo. Es pertinente manifestar que estamos de acuerdo con el salvamento de voto expuesto por los magistrados Martha Victoria Sáchica Méndez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio

⁶⁶ A pesar de que el matrimonio homosexual aun no es una realidad en nuestro país, es propio señalar que la sentencia C-577 de 2011 exhortó al congreso a reglamentar la materia antes del 20 de junio del 2013 so pena de autorizar a estas parejas acudir ante el juez o notario a declarar su vínculo contractual. Como el tema no es claro aún si existe o no matrimonio, preferimos denominar este contrato como innominado. Esta providencia es de capital importancia por cuanto reconoce como familia a la unión permanente de personas del mismo sexo. En el entendido de la Corte, más allá de la interpretación que en su momento le haya dado el constituyente al artículo 42, se debe inferir que la familia se configura por lazos de solidaridad, respeto y afecto, que para concepto de la Honorable Corte, también son aplicables a las parejas del mismo sexo.

⁶⁷ En este fallo la Corte establece de manera categórica que la familia tiene una naturaleza heterosexual y monogámica, acude a la interpretación exegética e histórica para establecer que la intención del constituyente era proteger a la familia conformada por un hombre y una mujer. (Alarcón Palacio, 2003).

⁶⁸ Adopción por consentimiento es aquella que se da cuando una persona adopta el hijo biológico de su pareja.

Pretelt Chaljub, en el sentido de manifestar que la adopción no es un derecho de la pareja sino una medida de protección a favor de los niños, asimismo se considera que esta concepción distorsiona completamente la función de los defensores y jueces de familia de determinar cuándo una medida de adopción es procedente. Todo lo anterior sin contar con que los derechos de los menores prevalecen sobre los de la pareja del mismo sexo como lo había sostenido la Corte en fallos anteriores.

Así las cosas, tenemos una vez más un fallo de la Corte Constitucional que modifica el concepto de familia en Colombia, legislando sobre lo que debemos entender por familia a partir de una nueva concepción sobre la adopción. Donde cada día apunta la jurisprudencia a equiparar la Unión Marital de Hecho, el matrimonio heterosexual y la convivencia de personas del mismo sexo.

6. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA FAMILIA, A PARTIR DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE UNIÓN MARITAL DE HECHO

Tal y como se mencionó al inicio de este trabajo, la producción jurisprudencial de las altas Cortes, en especial la de la Corte Constitucional, ha sido protagónica a la hora de definir y delimitar el concepto de familia en Colombia. Ahora, en lo que se refiere a la Unión Marital de Hecho, objeto principal de análisis de esta monografía, la Corte, en nuestro concepto, siempre ha estado en el dilema entre la equiparación total de esta con el matrimonio bajo el argumento de salvaguardar derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad; y el reconocimiento de una diferencia

fundamental entre las dos instituciones, con la intención de no desfigurar el sistema jurídico colombiano. Frente a la protección de la pareja de hecho tenemos que esta no es de reciente data. Como ya habíamos dicho, antes de la promulgación de la ley 54 de 1990, la Corte Suprema de Justicia había tratado de proteger esta institución mediante figuras como el enriquecimiento sin causa y la sociedad de hecho entre concubinos, no obstante lo anterior, al ser la familia una institución de tan alta sensibilidad y volatilidad social, requería “a gritos” una reglamentación propia en la materia⁶⁹. Luego, con la promulgación de la constitución de 1991, se hizo más imperante la expedición de un ordenamiento propio para la familia de hecho. Es así como el legislador responde a estas “plegarias” del colectivo y promulga la ley 54 de 1990. Se reitera que, en nuestro concepto, el legislador cogió la reglamentación existente en materia de sociedad conyugal y la mezcló con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en la materia para así formar un híbrido jurídico que solucionó, en lo patrimonial mas no en lo personal, el problema de las uniones de hecho⁷⁰. Así las cosas, ésta norma se quedó con muchos vacíos que luego iban a ser abordados por la naciente Corte Constitucional, quien por vía de tutela y acciones públicas de

⁶⁹ A pesar de los variados esfuerzos de la Corte Suprema de Justicia por proteger los derechos patrimoniales de la concubina mediante la aplicación análoga de preceptos civiles, la jurisprudencia dejaba grandes vacíos en cuanto a temas como la coexistencia del matrimonio anterior que estaba prácticamente disuelto en razón de la separación de hecho y su relación 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; todo esto sumado a la dificultad de probar la existencia de la sociedad de hecho, que exigía la tramitación de un proceso ordinario, etc.

⁷⁰ La Corte Constitucional reconoce esta falencia del legislativo y en efecto menciona lo siguiente, veamos:

“(...)10.2.1 La existencia de un vínculo jurídico necesariamente supone un sistema normativo que regule la conformación de la familia. Tratándose de la “decisión responsable de conformarla”, se podría considerar las normas relativas a la unión marital de hecho -Ley 54 de 1990-. Sin embargo, tal ley no regula aspectos propios de la familia, sino lo atinente a la sociedad patrimonial de hecho. Las disposiciones contenidas en dicha ley se limitan a establecer reglas relativas a la prueba de existencia de una convivencia que permita presumir la sociedad patrimonial de hecho. Por lo tanto, no puede hablarse de un vínculo familiar, sino de un mero problema patrimonial.(...)” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-163 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett: febrero 26 de 2003)).

inconstitucionalidad, generaría una mutación jurídica que desencadenaría en un replanteamiento de lo que se conocía como familia en nuestro país.

Al principio, la Corte Constitucional fue tímida al reconocer los efectos personales de la Unión Marital de Hecho y trato de tener la precaución de no equipararla con el matrimonio⁷¹. En uno de sus primeros pronunciamientos, la Corte dijo que *“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.”* (Sentencia C-098 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Marzo 7 de 1996). Asimismo se trató de aclarar la aplicación en el tiempo, al respecto, la sentencia C-239 de 1994 fue tajante al manifestar que ese tipo de interpretaciones le correspondían al juez y que al tratar de darle efectos retroactivos a la norma se estaban violando el ordenamiento jurídico, fue por esto que se declaró la exequibilidad del artículo 1 y el inciso 2 del artículo 7 de la ley 54 de 1990.

Frente a la coexistencia de familias de hecho y provenientes del matrimonio, la jurisprudencia constitucional solo se ha limitado a precaver sus efectos patrimoniales mas no al impacto que tiene sobre la sociedad la aceptación jurídica de varias familias de origen sexual que podrían implicar de manera tácita la aceptación de la “bigamia”, vista esta como la pluralidad de relaciones convivenciales.

⁷¹ La tendencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional siempre ha apuntado a reconocer la diferencia que existe entre la institución jurídica del Matrimonio y la Unión Marital, no obstante, en nuestro concepto este intento ha sido poco más que infructuoso, en primer lugar debido a la gran similitud de la dos uniones y en segundo porque la misma Corte, por vía de interpretación, ha mutado el concepto establecido en la ley 54 hasta tal punto de afirmar en sus sentencias que *“La definición contenida en esta norma (refiriéndose a la ley 54) describe, en últimas, una especie de matrimonio de hecho”*. (Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía. 19 de mayo de 1994)

Al respecto, la Corte dijo en la varias veces citada sentencia C-239 de 1994 que la razón por la cual dentro de la ley más que exigirse la ausencia de un vínculo anterior vigente, se requiere de una sociedad conyugal disuelta o liquidada para que se pueda dar la Sociedad Patrimonial de Hecho derivada de la Unión Marital de Hecho es debido a que en el artículo 2082 del Código Civil⁷², se prohíben todo tipo de sociedades de ganancias a título universal, excepto la que surgen entre cónyuges. En este sentido para la Honorable Corte, *“una misma persona no puede ser socia, al mismo tiempo, de dos sociedades de ganancias a título universal, dados los conflictos que esto supondría”*.

Siguiendo con lo anterior, es evidente que a pesar de que la Corte sostiene “una y mil” veces que la Unión Marital de Hecho no es equiparable con el matrimonio, sus sentencias dan cuenta de que esta diferenciación es solo en el discurso ya que en la realidad, la mutación del concepto de familia a partir de la Unión Marital de Hecho ha llegado a tal punto de que hoy en día se puede decir que estas dos figuras son equiparables, veamos los pronunciamientos más importantes que sostienen nuestra tesis:

En la sentencia T-326 de 1993⁷³, providencia que en nuestro concepto resulta ser una de las que la doctrina ha denominado Hito, por ser la primera que empezó a equiparar los conceptos de Matrimonio y Unión Marital de Hecho, la Corte dijo lo siguiente:

“(…)Cuando la ley exenció del servicio militar al "varón casado que haga vida conyugal", estaba defendiendo la familia, que de acuerdo con los criterios éticos-

⁷² A pesar de que los artículos 2079 a 2141 del Código Civil fueron derogados por la ley 222 de 1995, el análisis referente a la sociedad de ganancias a título universal aún permanece vigente a la hora de analizar la existencia de una Sociedad Patrimonial de Hecho cuando existe una Sociedad conyugal vigente.

⁷³ Esta sentencia debe leerse al unísono con la sentencias T-517 de 1993 y T-042 de 1994, que hablan precisamente de la equiparación entre el hombre conviviente y el hombre casado cuando son llamados a prestar el servicio militar obligatorio.

jurídicos que primaban antes de la nueva Constitución, merecía protección únicamente cuando se formaba por el vínculo matrimonial; pero a la luz de los principios profesados por los Constituyentes de 1991, la familia que se origina entre compañeros permanentes, en las condiciones previstas por la ley, merecen también reconocimiento y protección; de manera que el varón en estas condiciones debe ser igualmente objeto de la exención que se otorga al casado (...)”.

Luego, en la sentencia C-533 del 2000, la Corte sigue la misma línea interpretativa del 1993 en el sentido de diferenciar, de manera tangencial para nuestro concepto, la Unión Marital de Hecho del Matrimonio, veamos:

“Las diferencias son muchas, pero una de ellas es esencial y la constituye el consentimiento que dan los cónyuges en el matrimonio al hecho de que la unión que entre ellos surge sea una unión jurídica, es decir una unión que en lo sucesivo tenga el carácter de deuda recíproca. La unión que emana del consentimiento otorgado por ambos cónyuges, hace nacer entre ellos una serie de obligaciones que no es del caso analizar ahora detalladamente, las cuales son exigibles por cada uno de ellos respecto del otro, y que no terminan sino por la disolución del matrimonio por divorcio o muerte o por su declaración de nulidad. Entre ellas, las más relevantes son las que se refieren a la comunidad de vida y a la fidelidad mutua. 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.”

Como se puede evidenciar de la lectura de la jurisprudencia, la Corte simplemente se limita a diferenciar a la Unión Marital de Hecho del Matrimonio en cuanto al consentimiento de la unión y la formalidad de la misma, manifestando que, cuando la pareja decide contraer nupcias está consintiendo en que su unión va a ser de carácter jurídica, con unos efectos concretos tales como la obligación de fidelidad, auxilio mutuo y la convivencia. Mientras que cuando la pareja toma la decisión de irse a vivir en unión libre son conscientes de que están dejando atrás estas obligaciones y que su unión está enmarcada en la libertad donde “supuestamente” no existen los mismos deberes jurídicos. Esto a todas luces es una diferenciación meramente formal, teniendo en cuenta que ha sido la misma Corte la encargada de reconocer que en la Unión Marital de Hecho existen los mismos deberes y derechos que en el matrimonio convencional. Veamos ahora la otra posición de la Corte frente a este tema:

En la sentencia T-553 de 1994, la Corte Constitucional sostuvo que *“El esposo o esposa en el caso del matrimonio y el compañero o compañera permanente, si se trata de unión de hecho, gozan de la misma importancia y de iguales derechos, por lo cual están excluidos los privilegios y las discriminaciones que se originen en el tipo de vínculo contractual”* (Subrayas fuera del texto original).

Por su parte en la sentencia C-1033 de 2002 la Corte equipara en cuanto a derechos y obligaciones a las dos instituciones, en esta providencia se dice que ambas formas de conformar una familia gozan de la misma importancia e iguales derechos, por lo tanto le da un mensaje al legislador para que no imponga privilegios de una institución sobre la otra. Sin embargo, en la misma providencia se desata un dilema que la misma Corte reconoce en el sentido de que *“el juicio de igualdad deberá tener en cuenta las particularidades de la*

norma o situación fáctica sometida a consideración, tendientes a constatar si existe discriminación entre cónyuges y compañeros permanentes, pero sin soslayar las diferencias existentes entre el matrimonio y la unión marital de hecho.” (Subrayas fuera del texto original).

Igualmente, en la sentencia C-477 de 1999 lanzó una advertencia al legislador anunciando que este “(...) *no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente, como tampoco entre los hijos habidos en matrimonio o fuera de él (...)*”

Esta brecha entre la Unión Marital de Hecho y el Matrimonio se hace más delgada en cuanto al tema sucesoral se refiere. Para el caso, la sentencia C-238 de 2012, equipara nuevamente a esta unión con la matrimonial en el sentido de indicar que tanto la porción conyugal como la vocación hereditaria del compañero permanente (incluyendo a las parejas del mismo sexo) tiene el mismo asidero jurídico que el derecho que ostenta el cónyuge superviviente, además de lo anterior, sigue haciendo hincapié en que las obligaciones y derechos de los convivientes son análogos a los de la pareja conyugal, veamos:

“Así, en el ámbito patrimonial, la Corte estimó que los derechos de esta índole deben ser reconocidos a los compañeros permanentes, quienes requieren una protección similar a la que, en el caso de los cónyuges, brinda la sociedad conyugal y, a propósito de la porción conyugal, la Corporación consideró que, si se entiende como una forma de compensar y equilibrar las cargas propias de compartir una vida en común, no hay motivo válido para estimar que solo se predica de los cónyuges, mas no de los compañeros permanentes, pues estos, al igual que aquellos, actúan con la

convicción y en la libertad de compartir un proyecto de vida, prodigándose solidaridad, cuidado y apoyo mutuo .”

Posteriormente, en la misma sentencia, se refuerza el argumento anteriormente expuesto indicando lo siguiente:

“Si como lo ha sostenido la Corte Constitucional el amor, el respeto, la comprensión y la solidaridad que unen a los cónyuges y a los compañeros permanentes son, en muchos casos, más fuertes y sólidos que los existentes entre consanguíneos, es más razonable que, para efectos sucesorales, sean equiparados los compañeros a los cónyuges que permitir que, por excluir al compañero permanente, los tíos o los sobrinos del causante recojan una herencia, pese a la alta probabilidad de que su vínculo con el causante no sea tan intenso como el que, en condiciones normales, se establece con la persona con quien se comparte un proyecto de vida.” (Subrayas fuera del texto original).

En lo que respecta a la situación jurídica de los hijos existentes en la Unión Marital de hecho, se reitera la importancia la sentencia T-163 de 2003, la cual va más allá del parentesco (por consanguinidad o civil), para atribuir una relación jurídica entre padres e hijos, llegando a equiparar el matrimonio y la decisión responsable de conformar una familia como elementos fundantes y concurrentes en la conformación de un vínculo familiar. Sentencia que incluso reconoció como beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en salud a los padrastros y madrastras que no han adoptado a sus hijastros, basándose en el hecho de la convivencia y el afecto como fuentes de un lazo de parentesco.

Como si lo anterior fuera poco, la jurisprudencia, en este caso proveniente de la Corte Suprema de Justicia, también se ha encargado de darle nueva forma al concepto de familia a partir de la modificación, estrepitosa en nuestro concepto, que le ha dado al estado civil cuando una persona casada conforma también una unión libre. En la sentencia del 4 de septiembre de 2006, la alta Corporación determinó que podían coexistir los estados civiles de esposo y compañero permanente, esto sin contar las sentencias del Consejo de Estado donde se ha dividido la porción conyugal a prorrata del tiempo de convivencia cuando hay más de una pareja, providencias judiciales que con el pretexto de garantizar derechos de estirpe fundamental han cercenado las normas de Estado Civil que por demás son de orden público.

Como se puede evidenciar mediante el análisis de la jurisprudencia anteriormente expuesta, a la hora de definir la Unión Marital de Hecho como forma de constituir una familia en Colombia, la Corte Constitucional está en un “ir y venir”, modificando con su jurisprudencia la definición y las condiciones dadas por la ley 54 de 1990. Discusión que finalmente culmina en la siguiente conclusión: La Unión Marital de Hecho es, al igual que el matrimonio, una forma de conformar familia a partir de la unión monógama y permanente, implicando los mismos derechos, deberes y prerrogativas que el matrimonio y cuya única diferencia se centra en las formalidades para conformarla y disolverla; y en el discurso que da la misma Corte ha dado sobre la juridicidad en cuanto al consentimiento de conformar la unión.

Finalmente y luego del recorrido jurisprudencial expuesto a la largo de este trabajo, tenemos que la piedra angular de la mutación de concepto de familia en Colombia proviene fundamentalmente de la sentencia C-577 de 2011. La cual ha permanecido como un hito y

referente histórico en cuanto a la conformación de la familia en Colombia, luego de un vasto análisis por todas las formas de familia y cada una de sus características, incluyendo claro está, a los convivientes del mismo sexo. La Corte llega a la conclusión de que la familia, a diferencia de lo establecido en el artículo 42 de la Constitución, no se conforma solamente de la decisión de un hombre y una mujer, sino que además involucra lazos afectivos y vínculos emocionales que redefinen la definición establecida por el constituyente.

CONCLUSIONES

Luego de analizar los antecedentes históricos, el derecho comparado y la jurisprudencia colombiana respecto de la Unión Marital de Hecho y la redefinición del concepto de familia que consigo acarrea su interpretación, se puede concluir que, la jurisprudencia ha tenido tal incidencia en esta institución y en sus pilares básicos que ha mutado el concepto de familia en nuestro país, donde la piedra angular de esta mutación ha sido la equiparación que por vía jurisprudencial le ha dado a la Unión Marital de Hecho entre heterosexuales y a la unión convivencial de las parejas del mismo sexo.

Aunque no lo haya reconocido de manera formal y frontal, la Corte Constitucional ha equiparado el matrimonio con la Unión Marital de Hecho, empero, esta se sigue escudando en el argumento “artificial” de inferir que por el solo hecho de que los efectos del matrimonio provienen de la conciencia de juridicidad que los contrayentes tienen del pacto al momento de contraerlo es la razón capital para establecer una diferenciación de fondo entre una institución u otra. Es evidente que a diferencia del derecho francés con las PACS, la jurisprudencia colombiana ha entrado a regular, por medio de las normas patrimoniales que en su momento propuso la ley 54 de 1990, materias que le corresponderían directamente al Congreso de la República, sustituyendo sus funciones y en muchos casos lanzando órdenes y exhortándolo para que legisle de alguna manera.

Asimismo, y no es que nuestra intención sea justificar la escaramuza legislativa que ha tomado la jurisprudencia en torno al concepto de familia, esta inferencia de la rama judicial en gran parte encuentra su excusa en la paquidérmica labor del legislativo, que en algunos casos por falta de técnica y en otros por carencia de “popularidad electoral” se ha abstenido

de legislar y de darle un ordenamiento jurídico propio a las uniones diferentes a las provenientes del contrato civil de matrimonio, que de por sí son muy populares y equiparan cerca del 50% de las uniones de pareja en Colombia⁷⁴

Frente a las parejas del mismo sexo, aunque no es el objeto central de este trabajo, debemos reconocer que por vía jurisprudencial han ganado mucho terreno en su reconocimiento como familia, es más, consideramos que en un futuro, no muy lejano, la jurisprudencia, al igual que ha hecho con la Unión Marital de Hecho entre heterosexuales, iguale sus condiciones y beneficios hasta dejarlos idénticos a los del matrimonio monógamo heterosexual.

En ese orden de ideas no nos cabe la menor duda de que por la magnitud de la equiparación entre la Unión Marital de hecho con el matrimonio que hemos visto en los últimos años, la interpretación judicial siga apuntando hacia los imaginarios de familia establecidos por la sentencia C-577 de 2011. Donde se considerará familia a aquel grupo de personas unidos por el afecto, el respeto mutuo y los lazos emocionales, obviando por supuesto, la definición legislativa que se le haya dado al concepto de familia.

Sin perjuicio de lo anterior, aún podemos encontrar un germen de diferenciación entre la Unión Marital de Hecho y la institución matrimonial. Dicha diferenciación se centra en la manifestación de voluntad, que en todo caso siempre debe ser expresa en el matrimonio (V.gr. Nunca podré decir que se presume un matrimonio con la consumación de ciertos actos) y en la naturaleza jurídica de la unión, en la cual desde el punto de vista de la teoría del negocio jurídico, el matrimonio siempre será un acto jurídico.

⁷⁴ Fuente: DANE, Censo 2005. Según esta medición de los 19.012.999 colombianos que viven en pareja, 9.197.175 están en unión libre y 9.815.819 son casados.

Finalmente, tal y como se lo propuso este trabajo, se logró establecer que efectivamente la jurisprudencia ha mutado el concepto de familia en Colombia, sus providencias aparte de ser fuente de interpretación, han dado cabida a la creación de nuevos derechos y situaciones jurídicas que anteriormente no se preveían en el ordenamiento jurídico, y en materia de Unión Marital de Hecho el proceso constituyente de inicios de los noventas y la ley 54, con sus grandes vacíos y omisiones, han sido el óbice de la interpretación judicial. No nos atreveremos a aseverar si estas mutaciones han sido buenas o malas, simplemente han cambiado de manera radical lo que entendíamos, hasta hace un poco más de 20 años, era una familia en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

- Adame Goddard, J. (2007). Análisis y juicio de la ley de sociedades de convivencia para el Distrito Federal en México. *Dikaion*, 49-65.
- Alarcón. Palacio J. E. (2013) *La sociedad conyugal en Colombia*: Bogotá Colección con Grupo Editorial Ibañez
- Alarcón Palacio J. E. (2003) . *El patrimonio común como objeto de responsabilidad de los casados en sociedad de ganaciales* (Tesis Doctoral). Universidad Autónoma de Madrid.
- Alarcón Palacio J.E. (2012). *El constitucionalismo en el presente y futuro del derecho familiar* (XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar Disertaciones y Ponencias) Mar del Plata: 2012.
- Anavitarte, J. (s.f.). *Derecho y Teoría*. Recuperado el 2014 de Octubre de 4, de <http://derechoteorico.blogspot.com/2012/05/matrimonio-civil-romano.html>.
- Bayona Hernández, E. (2012). *El anacronismo en el concepto de familia: ¿limitación para la constitución jurídica del matrimonio homosexual?* Tunja: Grupo de Investigaciones Socio Jurídicas Universidad Santo Tomás seccional Tunja.
- Bonfante, P. (1979). *Instituciones de Derecho Romano*. Madris: Reus.
- Castaño Cardona, R. A. (2006). *Instituciones de Derecho privado romano*. Medellín: Dike.
- Catalá Rubio, S. (2006). *Evolución del Derecho de familia en occidente*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Ceccarelli, P. R. (2004). Configuraciones edípicas contemporáneas: reflexiones sobre las nuevas formas de paternidad. *Revista de la Asociación peruana de psicoterapia psicoanalítica de niños y adolescentes, nº7.*, Lima.
- Churruca, J. (2007). *Introducción histórica al derecho romano*. Publicaciones de Universidad de Deusto.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Proceso 2008-244 (C.P. Ligia Gomez Díaz)
- Correa B, M. (s.f.). Influencia del cristianismo en la evolución del Derecho Romano hacia el Derecho Natural, en materia de relaciones de familia. *IV Jornadas chilenas de Derecho Natural* . Santiago de Chile.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: julio 26 de 2011)

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-840 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: octubre 27 de 2010)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-3873716 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos: septiembre 2 de 2013)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-606 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Rios: septiembre 2 de 2013)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-098 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Marzo 7 de 1996)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-814 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: Agosto 2 de 2001)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-163 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett: febrero 26 de 2003).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil: febrero 7 de 2007)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-911 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla: diciembre 7 de 2009)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-617 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Perez: agosto 28 de 2014)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-239 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía: mayo 19 de 1994)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-326 de 1993 (M.P. Antonio Barrera Carbonell: agosto 12 de 1993)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-533 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mejia: mayo 10 de 2000)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-553 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernandez Galindo: diciembre 2 de 1994)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1033 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño: noviembre 27 de 2002).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-477 de 1999 (M.P. Carlos Gaviaria Díaz: Julio 7 de 1999)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-238 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: agosto 24 de 2012)

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1109 de 2000 (M.P. Alvaro Tafur Galvis : agosto 24 de 2000)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-517 de 1993 (M.P.Hernando Herrera Vergar: noviembre 10 de 1993)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-042 de 1994 (M.P. Fabio Moron Diaz: febrero 8 de 1994)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (M.P. Alfonso Bonilla Gutiérrez; abril 7 de 1953)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (M.P. Edgardo Villamil Portilla; septiembre 4 de 2006)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (M.P. Edgardo Villamil Portilla; junio 9 de 2009)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (M.P. José Gabriel De La Vega; febrero 26 de 1976)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; diciembre 19 de 2005)
- Daza Martínez, J. (2004). *La influencia cristiana en la concepción postclásica y justiniana del matrimonio romano*. Huelva: VI Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho Romano.
- Espinar Vicente, J. (1996). *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas.
- Fiorini, L. (2009). *Reflexiones sobre la homoparentalidad en Homoparentalidades, nuevas familias*. Buenos Aires: Lugar Editorial.
- Florez, C., & Echeverri, R. y. (1990). *La Transición demográfica en Colombia*. . Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Galvan Rivera, F. (s.f.). *Instituto de investigaciones jurídicas*. Recuperado el 2014 de Octubre de 27, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/175.5/cnt/cnt22.pdf>
- Gutiérrez de Pineda, V. (1964). *Familia y Cultura en Colombia: Topologías, funciones y dinámica familiar*. Bogotá,D.C: Tercer Mundo Editores, Universidad Nacional de Colombia.

- Gutiérrez de Pineda, V. (2003). Familia ayer y hoy. *Familia, Género y Antropología. Desafíos y transformaciones*, 277-281.
- Herlihy, D. (1985). *Medieval households*. Cambridge (Massachusetts): Harvard College.
- Johan Bestard, R. C. (2009). *Todavía una historia de la familia: encrucijadas e itinerarios en los estudios sobre las formas familiares*. Bogotá: Red Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud.
- Juridicos, A. (s.f.). *Apuntes Juridicos*. Recuperado el Octubre de 5 de 2014, de <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/05/usus.html>.
- Kreller, H. (2012). *Historia del Derecho Romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lago Barney, G. (2012). *Conceptos de Familia y de violencia*. Recuperado el 27 de Octubre de 2014, de Departamento de Pediatría. Pontificia Universidad Javeriana: http://www.scp.com.co/precop/precop_files/modulo_5_vin_2/25-31%20Familia%20y%20Violencia.pdf
- Lorenzo-Rego, I. (2014). *El concepto de familia en derecho español: un estudio interdisciplinar*. Madrid: J.M. Bosch Editor.
- Medellín, C. (2013). *Lecciones de Derecho Romano*. Bogotá: Legis.
- Medina Pabón, J. E. (2008). *Derecho civil: derecho de familia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Medina, G. (2009). *Graciela Medina*. Recuperado el 3 de Noviembre de 2014, de <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/derecho-comparado/ley-de-cataluna-sobre-uniones-de-hecho-hetero-y-homosexuales-ley-pacs.pdf>
- Navarra, U. d. (2004). *Código de Derecho Canónico*. Pamplona: EUNSA.
- Omonte Rivero, A. (2009). *Derecho Romano*. Buenos Aires: El Cid Editor.
- Quiroz Monsalvo, A (2007). *Manual Civil Familia: Sociedad Conyugal y Patrimonial de Hecho*. Bogotá: Editorial Doctrina y ley
- Recaséns Siches , L. (1945). *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Red, D. e. (s.f.). *Glosario de Derecho Romano*. Recuperado el 4 de Octubre de 2014, de <http://www.derechoromano.es/2013/03/affectio-maritalis.html>
- Rodríguez, P. (2004). La familia en Colombia. *La familia en Iberoamérica 1550-1980. Universidad Externado de Colombia*, p.277-278.

- Rojas Donat, L. (2009). *Para una historia del matrimonio occidental: la sociedad romanogermánica*. . Santiago de Chile: Red Theoria.
- Roudinesco, E. (2007). *La familia en desorden*. Buenos Aires: Editorial Fondo de Cultura Económica, p. 111.
- Tellegen-Couperus, O. (1993). *Short History of Roman Law*. London: Routledge.
- Trujillo Arroyo, J. C. (2011). *Derecho Romano y Derecho Civil Colombiano*. Bogotá: Ibañez.
- Umaña Luna, E. (1994). *La familia Colombiana: un estructura en crisis*. Bogotá, D.C: Universidad Nacional de Colombia.
- Viveros Castellanos, E. (2014). El concepto de familia ha evolucionado vertiginosamente. *ambitojuridico.com Legis*.