

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**Departamento de Derecho Civil**



TESIS DOCTORAL

**Las consecuencias jurídicas de la familia de hecho en  
Colombia : Paralelo con España**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Luz Myriam Mendieta Jaramillo**

Madrid, 2015

126318

TE  
1014

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Civil



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



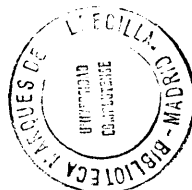
5310353118

**LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA  
FAMILIA DE HECHO EN COLOMBIA.  
PARALELO CON ESPAÑA**

**DONATIVO**



**BIBLIOTECA  
DE DERECHO**



Luz Myriam Mendieta Jaramillo

**Colección Tesis Doctorales. N.º 134/90**

© **Luz Myriam Mendieta Jaramillo**

**Edita e imprime la Editorial de la Universidad  
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía  
Escuela de Estomatología. Ciudad Universitaria  
Madrid, 1990  
Ricoh 3700  
Depósito Legal: M-21951-1990**

X-53-288337-2

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO CIVIL

LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA FAMILIA DE HECHO  
EN COLOMBIA. PARALELO CON ESPAÑA

TESIS DOCTORAL

DIRECTOR: Dr. MANUEL GITRAMA GONZALEZ

DOCTORANDA: LUZ MYRIAM MENDIETA JARAMILLO

MADRID, JUNIO DE 1989

A MIS PADRES



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

Doy mis más sinceros agradecimientos a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA por la beca que me fue otorgada para la realización de mis estudios de Doctorado, lo cual ha contribuído a mi enriquecimiento tanto profesional como personal.

A la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID por haberme brindado la oportunidad de llevar a cabo la meta propuesta.

Y, en especial, al Dr. MANUEL GITRAMA G., quien no sólo ha dirigido esta Tesis, sino que ha sido un gran apoyo en todo momento.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I.

GENERALIDADES.....	1
A. Concepto.....	4
B. Requisitos.....	7
1. Subjetivos.....	8
a. Diferenciación de sexos.....	8
b. Capacidad.....	8
c. Relaciones sexuales.....	8
d. Cumplir los deberes maritales.....	8
e. Comunidad de vida.....	9
f. Consentimiento.....	9
g. Afecto.....	9
2. Objetivos.....	10
a. Falta de formalidades.....	10
b. Estabilidad y notoriedad.....	12
c. Requisito objetivo negativo.....	12
C. Antecedentes Históricos.....	13
1. Roma.....	13
a. En la época primitiva de la Edad Republicana....	14
b. Durante el Imperio Romano.....	16
2. España.....	23
a. Durante la época visigoda.....	24
b. Los Fueros y Las Partidas.....	25
1) Condición jurídica de las partes en Las Parti-	
das.....	26
2) Requisitos del concubinato en Las Partidas....	27
3) La barraganía de los clérigos.....	28
4) Contenido de la relación de barraganía.....	28
5) Extinción de la barraganía.....	29
c. Las leyes posteriores a Las Partidas.....	29
3. Colombia.....	30
a. En la época precolombina.....	30
b. El descubrimiento.....	32
1) Durante la Colonia.....	32
a) Rigieron las leyes de España.....	33

b)La Iglesia y la familia.....	37
c)Validez del matrimonio indio.....	39
2)Después de la Independencia.....	40
D. Causas de la unión libre.....	43
1. Motivos legales.....	43
a. Indisolubilidad del matrimonio católico.....	43
b. Impedimentos.....	43
2. Motivos sociológicos.....	44
a. La cultura o tradición.....	45
b. La tenencia de la tierra.....	45
E. La familia de hecho ante el orden público, la moral y las buenas costumbres.....	48
F. Naturaleza jurídica de la familia de hecho.....	49
G. Protección jurídica de la familia de hecho.....	50

## CAPITULO II.

EFFECTOS PERSONALES ENTRE LOS CONVIVIENTES.....	60
A. Derecho de alimentos entre compañeros.....	62
B. Contrato de arrendamiento.....	65
C. Relaciones extracontractuales.....	69
1. Sentencia de 13 de febrero de 1941 T.S.....	71
2. Sentencia de 17 de marzo de 1944 T.S.....	72
3. Sentencia de 19 de mayo de 1969 T.S.....	72
4. Sentencia de 12 de enero de 1976 de la Audiencia Provincial de Salamanca.....	72
5. Sentencia de 29 de abril de 1980 C. de E.....	73
D. Derecho sucesorio.....	75
1. En el Derecho Civil.....	75
2. En el Derecho Social.....	77
a. En España.....	77
b. En Colombia.....	84
E. Ruptura de la familia de hecho.....	87
1. Por muerte de uno de los convivientes.....	87
2. Por mutuo acuerdo de las partes o decisión unilateral de uno sólo de ellos.....	88

## CAPITULO III.

LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.....	99
A. En el Derecho Histórico Español.....	99
B. Los principales antecedentes del C.C.Español.....	108
1. El Proyecto de 1851.....	108

2. La ley de matrimonio civil de 1870.....	111
3. El Proyecto de 1882.....	111
a. Hijos ilegítimos naturales.....	112
b. Hijos ilegítimos no naturales.....	114
C. La legislación histórica Colombiana.....	116
D. Lo que actualmente rige en España y en Colombia.....	120
1. La Ley 11 de 13 de mayo de 1981.....	120
2. La Ley 45 de 21 de febrero de 1936.....	121
3. La Ley 75 de 4 de diciembre de 1968.....	123
4. La Ley 29 de 1982.....	124
E. Reconocimiento de los hijos extramatrimoniales.....	124
1. Características del reconocimiento.....	125
2. Capacidad para reconocer.....	127
3. Notificación del reconocimiento al hijo.....	127
4. Reconocimiento del hijo incestuoso.....	128
5. Forma del reconocimiento.....	128
a. El art. 120/1 del C.C.Español.....	128
1) Ante el Encargado del Registro Civil.....	129
2) Por testamento.....	129
3) En otro documento público.....	130
b. El art. 1º de la Ley 75 de 1968 en Colombia.....	131
1) En el acta de nacimiento.....	131
2) Por escritura pública.....	132
3) Por testamento.....	132
4) Por manifestación espontánea, expresa y directa hecha ante un juez.....	132
c. Otras formas para determinar la filiación extramatrimonial según el art. 120 del C.C.Español...	133
1) Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la Legislación del Registro Civil.....	133
2) Por sentencia firme.....	134
3) Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo de acuerdo con lo dispuesto en la LRC.....	134
6. Reconocimiento como natural del hijo concebido por mujer casada.....	136
a. En la Legislación Colombiana.....	136
b. En la Legislación Española.....	138
F. Investigación de la paternidad.....	139
1. Hechos que constituyen presunciones de paternidad..	139
2. Causales de investigación de la paternidad en la Legislación Colombiana.....	141
3. Acción de investigación de la paternidad en Colombia.....	146

4. En la Legislación Española.....	148
a. Art. 135 del C.C.....	149
1) Presunciones iuris del precepto.....	149
2) Pruebas biológicas.....	151
3) Presunciones facti del art. 135.....	152
b. Acciones de filiación.....	160
1) Reclamación de filiación.....	160
2) Impugnación de la filiación no matrimonial...	161
G. Legitimación.....	162
1. Por subsiguiente matrimonio.....	162
2. Voluntaria.....	162
3. Impugnación de la legitimación.....	163
4. La figura de la legitimación en el Derecho Español	165
5. Impugnación de la filiación.....	165
H. Patria potestad.....	166
1. Ejercicio de la patria potestad.....	168
2. Representación de los hijos.....	169
3. Administración de los bienes del hijo.....	169
4. Derechos y deberes de los hijos.....	170
5. Derechos y deberes de los padres.....	171
6. Derecho de alimentos.....	172
7. Suspensión de la patria potestad.....	174
8. Prórroga de la patria potestad.....	175
9. Terminación de la patria potestad.....	175
I. Otros derechos patrimoniales de los hijos extramatrimoniales.....	177
J. Algunas cuestiones sobre métodos de inseminación.....	181

#### CAPITULO IV.

REGIMEN PATRIMONIAL DE LA FAMILIA DE HECHO.....	188
A. Sociedad universal entre convivientes.....	189
B. Comunidad de bienes entre compañeros.....	194
C. Sociedad de hecho entre convivientes.....	198
1. Sentencia de 30 de noviembre de 1935 C.S. de J....	199
2. Sentencia de 1 de octubre de 1953 C.S. de J.....	202
3. Sentencia de 26 de marzo de 1958 C.S. de J.....	203
4. Sentencia de 5 de noviembre de 1960 C.S. de J....	205
5. Sentencia de 1 de octubre de 1973 C.S. de J.....	205
6. Sentencia de 23 de febrero de 1976 C.S. de J.....	206
7. Sentencia de 25 de julio de 1983 C.S. de J.....	206
8. En España.....	207
D. Contrato de trabajo.....	211
1. Sentencia de 28 de octubre de 1949 T.S. del T....	212

2. Sentencia de 21 de febrero de 1963 C.S. de J.....	213
E. Enriquecimiento sin causa.....	215
1. Sentencia de 7 de mayo de 1947 C.S. de J.....	215
2. Sentencias de 12 de diciembre de 1955 y 26 de marzo de 1958 C.S. de J.....	216

**CAPITULO V.**

RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE CONVIVIENTES.....	223
A. Importancia de la teoría de la causa en los contratos celebrados por los compañeros.....	224
B. Análisis de sentencias.....	235
1. Sentencia de 8 de marzo de 1918 T.S.....	235
2. Sentencia de 17 de octubre de 1959 T.S.....	237
3. Sentencia de 2 de abril de 1941 T.S.....	241
4. Sentencia de 5 de octubre de 1957 T.S.....	244
5. Sentencia de 15 de noviembre de 1968 T.S.....	252
C. El estado actual de la cuestión.....	254
1. ¿Es nulo por causa ilegal un contrato entre concubinos?.....	255
2. ¿Es nulo por causa torpe un contrato entre compañeros?.....	256
3. ¿El contrato entre compañeros se opone al orden público?.....	259
4. Sentencia de 21 de abril de 1986 de la Audiencia Provincial de Córdoba.....	260

**CAPITULO VI.**

RELACIONES CONTRACTUALES DE LOS CONVIVIENTES CON TERCEROS	265
A. Teoría del mandato tácito.....	267
B. Gestión de negocios ajenos.....	271
C. Teoría de la apariencia.....	271

**CAPITULO VII.**

CONCLUSIONES.....	276
BIBLIOGRAFIA.....	284



## INTRODUCCION

El Ordenamiento Jurídico existe, o mejor, su razón de existir está determinada por la sociedad a la cual ha de aplicarse. - Así las cosas aquél debe tratar de recoger aquellos aspectos integrantes del llamado mínimo jurídico necesario, que la dicha sociedad le presenta para regularlos, ha de tratar de reflejar el sentir de la sociedad para la cual está hecho.

Pero esto no es lo que acontece con la unión libre, ya que a pesar de ser un fenómeno con trascendencia jurídica, no está regulado por el Derecho.

La familia de hecho. Una frase tan corta es origen de un sinnúmero de problemas sociológicos y jurídicos.

Este tema, regulado por el Derecho Histórico como una forma - más de conformación de la familia, fué, posteriormente, perseguido y condenado por atentar contra patrones de comportamiento establecidos en determinadas épocas históricas, hasta llegar, actualmente, a ser ignorado por el Derecho.

Pero aún hoy en día, sigue enraizado en la conciencia general, el que su existencia atenta contra el matrimonio y las buenas costumbres.

En épocas recientes este fenómeno social, en aumento, ha dado lugar a injusticias y discriminado las personas, cuya igual -

dad constitucionalmente se proclama; en fin, se ha desprotegido a los menos favorecidos: los hijos extramatrimoniales y la mujer.

No queremos que se piense que con este trabajo se hace una defensa a ultranza de la unión libre; simplemente aquella existe, está ahí, presente, aunque el Derecho no quiera verla y - necesita alguna regulación positiva.

Ha sido la Jurisprudencia la que, ante el silencio legal, ha tratado de solucionar los problemas que hacia ella han llevado los implicados en estas situaciones; en un primer momento desconoció todo posible efecto jurídico que la convivencia - "more uxorio" pudiera originar. Luego, en pocas ocasiones, ha reconocido que produce algunas consecuencias jurídicas. En esta labor, la Jurisprudencia, también, ha desconocido los posibles derechos y obligaciones de los convivientes, causando - con ello graves e irreparables perjuicios a alguna de las partes implicadas.

El problema que surge de esta unión no tiene que ver sólo con los compañeros y sus posibles derecho-deberes entre sí, sino también con los hijos de éstos y los terceros que contratan - con la pareja, ya que no constituye un fenómeno estático, sino algo muy dinámico, que implica los intereses de muchas personas.

En este trabajo planteamos algunos de los conflictos que surgen de dicha convivencia (sin pretender agotarlos) y tratamos de dar algunas respectivas soluciones.

## CAPITULO I

### GENERALIDADES

La familia puede ser considerada como el conjunto de personas que se originan en las relaciones del matrimonio (legal), de adopción (familia adoptiva), o relaciones extramatrimoniales (familia natural).

Vemos cómo a través de la historia, la primera familia que existió fue la natural o de hecho, por la innata atracción de los sexos y sociabilidad del hombre. Esta familia de hecho fue tenida en cuenta por los Códigos más antiguos, así el de Hammurabi del año 1700 A.C. La familia legal, como tal, apareció posteriormente.

Siendo la familia una institución tan importante en un Estado, ya que es punto intermedio entre el hombre y éste, ha sido y es objeto de estudio permanente, especialmente por la Sociología y el Derecho.

La importancia de la familia radica según Lafont P. (1) en los siguientes puntos: a) asegura sobre la tierra la continuidad y la renovación de las generaciones humanas; b) es una colectividad natural y la única agrupación natural, que representa "la célula social" por excelencia, sin la cual no es posible la vida en sociedad, tanto más cuanto "la familia es la única que puede defender al individuo contra el Estado"

Las relaciones sexuales pertenecen al fuero interno de las personas, pero como estas relaciones pueden, y de hecho tienen, consecuencias en la sociedad, en esa medida son reguladas por el Derecho, y éste al regularlas las mira a través del lente de la moral: lo bueno y lo malo según el hombre que legisla. Así, poco a poco, fue regulada la familia que nace del matrimonio (y que hoy se confunde, identificando aquélla con éste), y rezagada la familia de hecho por considerarla inmoral; y, en el aspecto jurídico-social se presentan dos familias: - la legítima originada en el matrimonio y protegida por la ley, y la natural, como fenómeno social e ignorada por la ley. En realidad siendo la familia una sola, siendo el conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo unidas entre sí por el vínculo de la sangre, el Derecho la "divide" en dos: - aquéllas unidas por el vínculo de la sangre (legítima y de hecho o natural), o por vínculo jurídico (adoptiva).

La familia de hecho no se encuentra regulada por el Ordenamiento Jurídico Colombiano ni por el Español; se regulan algunas de sus consecuencias, como se verá más adelante, pero este fenómeno social existe por doquier, al margen de la ley, no ya contra la Ley, puesto que, tanto en Colombia como en España, se han despenalizado los delitos de adulterio y amancebamiento.

En España se despenalizaron tales figuras mediante la Ley 22 de 26 de mayo de 1978 y en Colombia por la Ley 38 de 1936.

Tradicionalmente, se ha considerado tal unión como pecado, era inmoral, pero aún con la resistencia de la Iglesia, la

convivencia "more uxorio" ha existido desde hace mucho tiempo, hasta llegar a ser como aceptado por la comunidad y según Gazzoni (2) de un inicial disfavor al fenómeno, disfavor moral, y social como jurídico, se ha pasado a una fase de sustancial indiferencia y tolerancia.

En el Derecho Italiano la familia es considerada una institución natural. Puleo (3) dice que la familia es una expresión directa de la naturaleza humana, que precede incluso a la organización estatal; entonces es algo prejurídico, esto es, existe antes del Estado e independientemente de su reconocimiento y así mismo antes e independientemente de una disciplina que regule su estructura y relaciones. Lacruz B. y Sancho R. (4) critican esta posición afirmando que no se rechaza lo que hay de natural en cada instituto, sino que se "civiliza". Entonces la mera espontaneidad de las partes no es suficiente para conferir carácter matrimonial a la convivencia more uxorio, pero también admiten que la condición de sociedad natural de la familia se deduce de su origen (5).

Se encuentran muchas reservas por parte de la doctrina para considerar como familia a la de hecho; a la familia no hay que caracterizarla como sociedad natural, es que es una sociedad natural, porque es de la naturaleza de los hombres - buscar pareja y procrear, y no nos referimos a los tiempos históricos de la barbarie y de la promiscuidad sexual donde existía absoluto desorden social, el hombre ha evolucionado y con él sus costumbres, no obstante su estado "civilizado" no le quita lo que en él hay de natural, la atracción

de los sexos existe antes que el Estado promulgue normas para regular esa convivencia, que según se ajuste a sus reglas produce los efectos jurídicos que él señala, pero que no para todos los Estados es legal, por ejemplo: en Colombia sólo producen efectos civiles, además del matrimonio civil, - el celebrado por el rito confesional católico; los matrimonios celebrados conforme a otros ritos religiosos no producen efectos, son para el Derecho Colombiano uniones libres, pero no por ello dejan de ser germen de familias.

Es verdad, la mera espontaneidad de la pareja no es suficiente para conferirle carácter matrimonial a su convivencia, pero es más que suficiente para conferirle el carácter de origen de una familia siquiera este sea natural o de mero hecho.

#### A. CONCEPTO.

Es difícil definir la familia de hecho, no sólo por lo que su concepto engloba, sino por la gran diversidad de terminología empleada para aludirla.

Hay tantos términos como autores: familia natural, familia de hecho, unión extramatrimonial, convivencia marital, unión de hecho, unión marital de hecho, unión libre, familia ilegítima, matrimonio por comportamiento, matrimonio de hecho, pareja no casada, familia no matrimonial, etc., etc.

Históricamente dos términos son más reconocidos: barraga -

nía, en la España medieval, y, el tradicionalísimo concubinato de los romanos.

Concubinato (del latín cum, con y cubare, estar acostado): estado de un hombre y una mujer no casados que conviven maritalmente. (Sinónimo: unión libre)(6).

Inicialmente utilizamos la palabra concubinato para titular el presente trabajo, expresión que es muy divulgada en Colombia y con la que precisamente se alude a la pareja que convive maritalmente sin casarse; mas dicho término tiene sentido peyorativo en España y otros países. Luego, unión libre, pero en verdad, tanto en ésta como en el matrimonio, hombre y mujer se unen libremente; en el matrimonio, claro, cumpliendo las formalidades prescritas por la ley. Tampoco familia ilegítima porque no corresponde a la realidad, en el sentido de que ninguna ley colombiana o española afirma que esta familia sea ilegal o contraria a Derecho. Familia no matrimonial o pareja no casada (esta última expresión muy usada en Europa), porque creemos no debe ir la negación (de una vez) en su denominación; sucesivamente hemos descartado otros términos.

Utilizaremos el de familia de hecho por contraposición con la familia de Derecho (matrimonial), en el sentido de no estar regulada por el Ordenamiento Jurídico, de existir al margen de éste, de ser precisamente un hecho, no en el sentido de oponerse a la familia de Derecho. Pero cabe hacer una aclaración desde ahora: en adelante, y para no hacer rutinaria la expresión familia de hecho, permítasenos utilizar la

terminología diversa existente y antes aludida.

Refiriéndose a los términos concubinato y familia de hecho, dice Gazzoni (7), el término concubinato ha desaparecido hasta llegar a utilizarse el de convivencia "more uxorio", y, de allí a un término más decisivo: familia de hecho que prescinde del estado civil de los convivientes... La nueva expresión no se limita a una mejor y actual descripción del fenómeno, sino es, por el contrario, el signo de una profunda modificación doctrinaria, que mira a producir igualmente una profunda modificación del sistema normativo.

Una vez declarado con validez "erga omnes" que el vínculo matrimonial no es para toda la vida, es definitivamente aceptada la idea de un vínculo temporal que en términos morales y psicológicos, priva a la unión de su más auténtico significado que es aquel de crear una relación continua y no provisional (8).

Existen muchas definiciones de lo que es la familia de hecho. Algunos autores afirman que los convivientes no deben tener impedimento para casarse entre sí, pero esto no debe exigirse como requisito, como se verá más adelante.

El concepto que podría darse es el siguiente: la familia de hecho es la unión estable y notoria de un hombre y una mujer, para convivir juntos, ayudarse mutuamente y procrear.

En Sociología, Echeverri de Ferrufino (9) da las siguientes definiciones: familia en unión libre: es el grupo social que

consta de dos o más adultos de sexo diferente, quienes establecen un contrato de unión convivencial; aquéllos deben tener estado anterior de solteros, viudos, divorciados, o a quienes les fue anulado el matrimonio. La unión puede ser monógama o polígama... Familia en unión concubinaria: es el grupo social que consta de dos adultos de sexo diferente que conviven con intención duradera y está constituido por individuos que tienen impedimento de estado civil para casarse. El concubinato es simple cuando está conformado por una pareja en la que respecto de uno de los concubinos está vigente un vínculo matrimonial, y, es doble cuando ambos concubinos están casados con terceros.

De acuerdo con las anteriores definiciones, la unión libre y el concubinato se diferencian según exista o no impedimento civil para casarse; pero la expresión "familia de hecho" es un término más amplio, que incluye a ambas, y será importante observar sus diferencias al tratar el aspecto patrimonial de esta familia.

Se designará a los miembros de la pareja, que vive como si fuera casada, con los términos convivientes o concubinos o compañeros (esta última expresión significa la persona que tiene o corre una misma suerte o fortuna con otra).

#### B. REQUISITOS.

Para considerarse tal, la familia de hecho debe reunir los siguientes:



#### 1. Subjetivos:

a. Diferenciación de sexos: debe tratarse de la unión de un hombre y una mujer.

b. Capacidad: los convivientes parece deben tener capacidad para contraer matrimonio, es decir, cuando posean el desarrollo físico y mental suficiente para responder ante las obligaciones que la unión acarrea.

c. Relaciones sexuales: entre el hombre y la mujer debe existir trato carnal porque una de sus finalidades es la satisfacción heterosexual. Esas relaciones parece deben también ser aptas para la procreación, pero ésta última no condiciona la existencia de la familia de hecho, ya que se presenta con o sin ella, al igual que el matrimonio.

Al respecto afirma Cerdá G. (10), la relación sexual permanentemente convierte en unión libre a la mera convivencia, cualquiera que sea el tiempo que aquélla hubiera durado.

d. Cumplir los deberes maritales: a diferencia de lo que sucede en el matrimonio, los convivientes asumen sus responsabilidades y obligaciones voluntariamente, sin un lazo legal que los obligue a cumplirlos. Los deberes no pueden exigirse jurídicamente a los compañeros, como que quizás constituyen obligaciones naturales. Creemos que la estabilidad de la convivencia se presenta justamente porque se cumplen esos deberes.

e. Comunidad de vida: los compañeros deben llevar una vida hogareña, deben comportarse como esposos; esa es su situación; viven bajo el mismo techo y cohabitan, comparten cama y mesa. No es lo mismo vivir bajo el mismo techo que cohabitar, por esta razón se exige a los compañeros compartir techo, cama y mesa, estas exigencias no deben cumplirse rigurosamente, nos referimos a compartir el techo porque, por ejemplo: uno de los convivientes debe desplazarse de lugar para trabajar, pero ello no significa que haya terminado la relación, como igual no termina el matrimonio por esta causa.

f. Consentimiento: la familia de hecho, la convivencia, se origina porque hombre y mujer así lo desean, aceptan con vivir libremente. Ese consentimiento no sólo existe al iniciarse la unión, sino que se prolonga durante el tiempo que aquélla dure; en el momento que deje de existir hay ruptura de la unión.

g. Afecto: no cabe la menor duda de que la convivencia de un hombre y una mujer comienza por afecto que existe entre ellos. El afecto es la base o soporte de la unión, es el vínculo moral de los compañeros que quieren compartir juntos sus vidas, ayudarse en todos los aspectos, tener hijos, en definitiva, integrar un hogar.

El afecto es la causa de que se preste el consentimiento, si éste se presta durante el tiempo en que prolonga la unión, es porque existe el afecto. Pero puede existir afecto sin consentimiento, por ejemplo: en el caso de ser "imposible convivir", nos referimos al hecho de que ambos convivientes ten



gan formas de ser muy diferentes o tan iguales, que no están de acuerdo en nada, originando problemas; pero esto no quiere decir que el afecto haya terminado; mas sí el consentimiento para dejar de vivir juntos.

El afecto, en definitiva, es el elemento cardinal en torno al cual gira la familia de hecho (11).

## 2. Objetivos:

a. Falta de formalidades: quizás lo único que aparentemente diferencia al matrimonio de la unión libre es que en ésta no existe formalismo legal alguno.

Cerdá G. (12) dice que de este principio general de ausencia de forma es una notable excepción el supuesto de los contratos, estipulaciones o convenciones, establecidos por los concubinos o convivientes antes o después de formalizarse su unión extramatrimonial, que pueden comprender estipulaciones de tipo personal o de tipo patrimonial, aunque más frecuentemente sean cláusulas de segundo tipo las estipuladas.

En ningún caso, los contratos, donde las cláusulas dependen de la voluntad de las partes, son excepción a la formalidad legal. En los contratos los compañeros pactan derechos y obligaciones a su arbitrio, son de orden privado, en cambio, la formalidad matrimonial prescrita por la ley es de orden público, debe cumplirse y del acto del matrimonio nacen los de-

rechos y obligaciones preestablecidos por la ley, los cónyuges no pueden cambiarlos, el acto del matrimonio es de adhesión.

Además, el objeto de los contratos debe estar en el comercio, y pactar la fidelidad y la obligación de convivir, por ejemplo, serían contratos con objeto ilícito, se estaría pactando la iniciación o permanencia de la unión libre (llamados por la Jurisprudencia contratos con causa ilícita o causa torpe), aunque en verdad se trate de ilicitud de objeto.

En cuanto a los contratos relativos a los bienes, estamos de acuerdo en que puedan ser los convivientes los que los pacten, por más que podrían confundirse con las Capitulaciones Matrimoniales que sólo pueden otorgar los cónyuges, o, en otros casos, sería una sociedad y los componentes de una sociedad no son compañeros, son socios; por otra parte, la sociedad es muy diferente, y dista mucho de ser la "formalidad" para iniciar o continuar la unión libre; y ello sin contar con que sería nula por ilicitud de causa, según la Jurisprudencia. Es cierto que los convivientes pueden pactar una sociedad y la Jurisprudencia, algunas veces, acepta la sociedad de hecho entre compañeros, pero tal debe existir "aparte" de lo que es en sí la convivencia; para el Derecho las partes son socios; en otro orden son extraños.

En resumen, puede estimarse que debe ser la ley la que de alguna manera regule la convivencia extramatrimonial; al fin y al cabo, de seguro, la mayoría de las veces los contratos serían celebrados por los convivientes como fiel copia del régi

men legal matrimonial y también podrían defraudar los derechos de terceros, por ejemplo: en Colombia, donde el matrimonio católico es todavía indisoluble, uno de los cónyuges, separado de hecho, comienza una relación extramatrimonial con un tercero, y pacta su régimen de bienes, se presentaría un conflicto porque los bienes que onerosamente adquiriera después de su separación ingresarían al haber de la sociedad conyugal vigente; en estos casos los derechos del otro cónyuge y del compañero se verían afectados por tal contrato.

b. Estabilidad y notoriedad: la unión extramatrimonial debe tener una duración en el tiempo para que pueda hablarse de que existe tal, para que trascienda al público y ante vecinos, familiares y amigos, ellos han de comportarse como matrimonio. La relación ha de ser continua, no esporádica. La cohabitación de los compañeros sirve para dar publicidad a la unión, por ello la cohabitación no puede ser secreta.

Y, desde el punto de vista interno, en las relaciones personales entre convivientes, no hay duda de que la estabilidad está medida por el afecto, con intención de dar vida y prolongar la familia de hecho con todo lo que ello comporta (13).

c. Requisito objetivo negativo: el concubinato no exige que los concubinos puedan casarse entre sí; precisamente muchos de los concubinatos que se establecen en Colombia obedecen al fracaso de la vida conyugal del marido o la mujer y a la necesidad que tiene alguno de ellos, o ambos, de crear una comunidad doméstica con hombre o mujer diferentes a sus cónyuges (14).

## C. ANTECEDENTES HISTORICOS.

### 1. Roma:

Era conocida con el nombre de "concupinatus" la unión estable de un hombre y de una mujer entre los que no existe "connubium", o bien, que no tienen la voluntad continúa y efectiva de ser recíprocamente marido y mujer (Digesto 25, 7, 4) (15); es decir, faltaba el matrimonio (matrimonii causa), o la voluntad de estar unidos en matrimonio ("affectio maritalis") o faltaba un presupuesto para hacer justa la unión.

La concubina estaba en un nivel social y dignidad más bajo que el hombre, y el concubinato se consideraba una unión conyugal permanente pero de condición inferior al matrimonio.

En Roma se utilizaron diferentes términos para designar la mujer que vivía con un hombre sin ser su esposa: paelex, concubina, amiga.

El término paelex se utilizó en uno de los documentos más antiguos que habló de la unión extramatrimonial, atribuido a Numa Pompilio, pero no se definió la palabra que, según se dice, es de origen griego, y con ella se denominaba la mujer que vivía maritalmente con un hombre soltero o casado, aunque el término ni era preciso y determinado. La unión podía ser continuada o pasajera.

Castello (16), llega a la conclusión de que durante la época republicana y augustea, "paelex" se usa para indicar: a) la convivencia continuada de un hombre casado con una mujer que no es su esposa; b) la unión pasajera (incluida la violación) de un hombre casado con una mujer que no es su esposa; c) la unión con mujer de bajo estrato social.

El término concubina se encuentra en una posición intermedia entre la mujer y la amiga, de la cual se diferencia por el ánimo, la dignidad, el honor. La concubina era la mujer - que convivía maritalmente con un ingenuo no casado.

Amiga, es sinónimo de concubina (con mucho menos probabilidad de mujer). Amiga tampoco tuvo un significado técnico determinado, ni fácilmente determinable ya que contiene el - significado de uniones diversas.

Existía en Roma, también, un término para designar la unión - marital, era el contubernium (17), que se refería a las uniones: a) entre esclavos; b) entre liberto y esclava y viceversa; c) entre ingenuo y esclava y viceversa; d) entre dos libertos (cuando comenzaron a convivir antes de ser libres); e) entre un ingenuo y una liberta y viceversa.

a. En la época primitiva de la edad republicana: el primero que recoge en una ley este término es Numa Pompilio, se dice que era norma más religiosa que jurídica: versaba la disposición sobre el corte de pelo de la mujer; el prohibirle el uso de determinada vestimenta; normas que si ella no cumplía la equiparaban a prostituta, lo cual traía consecuen

cias jurídicas (por esto la norma religiosa devenía jurídica).

Antes de entrar en vigor la Lex Canuleia no era posible el matrimonio entre patricio y plebeyo; mucho tiempo después de entrar en vigor ésta estos matrimonios se realizaban por excepción.

La unión fuera del matrimonio con persona no honesta, esclavo o liberto, no tenía un amplio desarrollo.

Durante la vida romana en el siglo II A.C. el concubinato se subdividió así:

a) Concubinato de ingenuo con ingenua: eran uniones continuas y a tiempo determinado. En este segundo caso la mujer puede habitar en casa del hombre o en su propia casa. En ambas hipótesis ella recibe una suma de dinero pactada.

b) Concubinato entre patrono y liberta o peregrina: fue posible la unión marital y el matrimonio después de la segunda guerra púnica. Existía la convivencia, también, de ingenuo con la liberta ajena.

La unión entre peregrino privado de ius connubii y una ciudadana no era matrimonio.

c) Concubinato entre liberto y esclava: fue tolerada aunque no bien juzgada la unión con la propia esclava o con las de los parientes.

En esa época la unión de un ingenuo con esclava ajena, cuando existía contrato con contraprestación pecuniaria, lleva como consecuencia una reprobación contra el dueño de la esclava - cuando se constituía una prueba de que la persona que recibe el dinero ejercita un oficio bajo.(18)

Durante la época republicana al cesar la convivencia entre - libertos, era costumbre de parte del hombre dar un regalo a la mujer.

En cuanto a la fidelidad de la concubina, afirma Castello - (19), que el hombre podía matar a la concubina infiel, pero, en realidad, no existe seguridad en este punto. No parece - que existiera pena para la infidelidad de la concubina.

El mundo romano fue tolerante con el concubinato, pero juzgaba severamente la coexistencia de un matrimonio y un concubinato; esto ya se recogió en la Ley de Numa Pompilio. Pero - no se conoce la existencia de penas para la infidelidad del marido.

b. Durante el Imperio Romano: algunos consideran que - fue Augusto el que introdujo el concubinato con las Leyes - Iulia de adulteriis y Iulia et Pappia Poppaea al no castigar como adulterium o stuprum la unión extraconyugal con mujeres de baja condición, esto es, con personas in quas stuprum - non committitur, a saber: a) las esclavas; b) las alcahuetas (lenae) y las actrices; c) las condenadas en juicios públicos y adúlteras; d) las meretrices; e) las obscuro loco natae, o sea, las hijas de actores o actrices; f) las libertas.

La Lex Iulia de adulteriis calificó como crimina tres tipos - de uniones sexuales: el adulterium que se daba cuando una de las partes estaba casada con un tercero; el incestum que era la unión entre parientes y afines; y, el stuprum era la unión con mujer núbil o viuda.

Según la Lex Iulia et Pappia Poppaea existía la siguiente regulación: el patrono podía convivir con la propia liberta en matrimonio o en concubinato, pero era más decoroso tenerla en concubinato que no en matrimonio. (20).

Desde el punto de vista social no se podía diferenciar de cual de las dos uniones se trataba, especialmente atendiendo al hecho de que no existía forma solemne para casarse.

La liberta podía convivir en matrimonio o en concubinato con persona distinta de su patrono, pero si existía matrimonii - causa con su patrono, le estaba vedada la unión con tercero por toda la vida y la mujer debía esperar la decisión de su patrono. Después, el período de espera fue limitado a seis meses.

En cuanto a los senadores, les estaba prohibido a éstos y a sus descendientes desposar a un liberto, a un actor, o a los hijos de éstos (Lex Iulia de Maritandis Ordinibus). Los senadores podían tomar como mujer a una liberta excepcionalmente, y, cesado el impedimento matrimonial, puede transformar en justas nupcias el concubinato. Si un senador, no teniendo en cuenta la prohibición, se casaba con la persona con la cual le estaba vedado hacerlo, el Emperador podía perdonarlo o castigarlo.

En lo que hace a las adúlteras éstas no gozaban del derecho a casarse con ingenuos ni con senadores. Estos impedimentos no los tenían todos los hombres, sino cuando se tratara de rufian, actor, prevaricador, calumniador, etc.

Augusto prohibió el matrimonio entre ingenuo de honestas costumbres y rufiana. La convivencia en concubinato con una rufiana o con una adúltera es consecuencia de la prohibición de la Lex Iulia y de la exención del crimen de stuprum de quien convivía con ella.

Las meretrices tampoco tenían derecho al matrimonio, pero podían convivir con ingenuo en concubinato. En Roma las meretrices no sólo eran las mujeres que trabajaban en lenocinios, sino también la que llevaba esa vida en taberna u otro lugar.

Tampoco los artistas, ni sus hijos (obscuro loco natae) gozaban del derecho a casarse, pero podían convivir en concubinato.

Existían también otras prohibiciones, de orden social, para convivir maritalmente, a saber: la edad, era inmoral e iba contra el orden público casarse o tener como concubina a una menor de doce años (Digesto 24, 32, 27); la consanguinidad, comete incesto el hombre que se casa o convive con su sobrina (la hija de la hermana), se castigaba moralmente, no jurídicamente, la unión cocubinaria, aún la relación pasajera o fugaz, entre parientes en línea recta hasta el infinito y en línea colateral, en los límites legales, era castigada como estupro.

En Roma se contempló la posibilidad de convertir el concubinato en justas nupcias, en los casos en que cesaba el impedimento para casarse, tales como: la hija de familia que se casaba sin el consentimiento del padre, o el de la pupila - que se casa con su tutor o sus descendientes, o el del menor de edad.

En Roma era difícil distinguir el matrimonio del concubinato; para E. Albertario (21), se distinguía porque la intención se traducía en un comportamiento exteriormente apreciable y que los juristas llamaban honor matrimonii y maritalis honor o, - más generalmente, dignidad. La concubina no tenía la dignidad de la mujer. Según Castello (22) se acudía a otros indicios - externos, porque la concubina podía tener la honestidad de la materfamilias, tales como, por ejemplo, la existencia de una donación, que era prohibida entre los cónyuges.

Se prohibió también el matrimonio entre gobernadores y militares con las mujeres de la provincia, en la cual prestaban su servicio, lo que contribuyó a la formación de concubinatos.

Los hijos de mujer sola se llamaron vulgo concepti y se atribuían sólo a la mujer, y, los nacidos en concubinato se denominaron liberi naturales. Los hijos seguían la condición personal de la madre. Los liberi naturales podían ser reconocidos por el padre.

Con el Cristianismo el concubinato es considerado inmoral. Los emperadores cristianos lo combatieron: o bajaban la condición de la concubina y sus hijos o trataban de convertirlo

en matrimonio.

Constantino instó a los concubinos a contraer nupcias con la consiguiente legitimación de los hijos: ingresar en la potestad y familia paterna. También prohibió la sucesión de los concubinos y sus hijos. Constantino pretendió, evidentemente, obstaculizar el concubinato con sus medidas; pero con ellas le dió por otra parte, una significación en el Derecho(23).

Valentiniano, Valente y Graziano, conceden derechos sucesorios a la concubina y sus hijos. En el año 371, Valentiniano concedió que se diera a la concubina y a los *liberi naturales* una onza de los propios bienes y tres onzas cuando no se tenían hijos legítimos ni ascendientes (24).

Anastasio permitió la legitimación de los hijos naturales por el subsiguiente matrimonio de sus padres.

Finalmente, fue Justiniano quien reconoció jurídicamente el concubinato como institución, elevándolo a la categoría de *inaequale coniugium*. Abolió la categoría de las mujeres con las cuales eran lícitas las relaciones sexuales sin penas, o sea, las mujeres *in quas stuprum non committitur*, llegando a ser lícitas las relaciones con mujeres de cualquier clase, incluso con *ingenuas*, previa declaración de las partes de su voluntad de convivir.

El concubinato sólo se diferenciaba del matrimonio, por la falta de *affectio maritalis*.

Justiniano mitigó y casi suprimió las limitaciones a los donativos y a los legados, concedió a la concubina y a sus hijos un derecho limitado de sucesión legítima (la concubina no puede recibir más de un venticuatroavo de los bienes y los hijos la sexta parte de los bienes paternos), si el difunto no deja esposa o hijos legítimos. De lo contrario, no tienen más que derecho a los alimentos.

Extendió al concubinato los requisitos del matrimonio: a) era monógamo; b) los concubinos eran púberes (la concubina puede ser de cualquier edad, con tal de que no sea menor de doce años D. 25, 7, 1, 4); c) existen los mismos impedimentos de consanguinidad y afinidad: se comete incesto si alguno tuviese por concubina a la hija de su hermana, aunque sea liberta; no pueden casarse aquellas personas que son entre sí ascendientes y descendientes, hasta el infinito, lo mismo si el parentesco proviene o no de matrimonio legítimo; Tampoco puede casarse con la hija o nieta por adopción ni con la madre o abuela del padre adoptivo. D 23, 2, 53, 54, 55, 56; d) no tiene formalidad para su constitución.

La esclava que ha vivido en concubinato con el propio patrono, y los hijos nacidos de esta unión, pasan a ser libres a la muerte del dominus, si éste no ha dispuesto otra cosa (25).

En cuanto a los hijos, como se dijo, se llaman vulgo concepti o spuri, y, los nacidos en concubinato, liberi naturales, los que pueden ser reconocidos por el padre y pueden legitimarse de tres maneras, a saber:

a) Per subsequens matrimonium: es decir, por subsiguiente matrimonio con la concubina, concedida por Constantino como remedio transitorio (repetido por Zenón). Más tarde Justiniano la hizo institución jurídica permanente (26).

b) Per oblationem curiae: se refiere a su vez a una Constitución de Teodosio II y Valentiniano III, quienes con la intención de repoblar las curias, a las que incumbía el gravamen de garantizar los impuestos (27), autorizaron a los padres que no tuvieran hijos legítimos para donar o dejar por testamento todo el patrimonio a los hijos naturales, siempre que fuesen inscritos éstos ante los decuriones, si eran varones, o se diesen en matrimonio a decuriones, si se trataba de mujeres (28). Esta forma de legitimación concedía la condición de hijo legítimo sólo respecto del padre.

c) Per rescriptum principis: fue creada por Justiniano y se presentaba en el caso de que no existiendo hijos legítimos, - fuese imposible el matrimonio con la concubina D.23,2,57a.

Los hijos espúreos no tienen padre jurídicamente hablando, ni pueden reconocerse. La madre es siempre cierta y está obligada a prestarles alimentos.

Por último, las diferencias entre "justae nuptiae" y el concubinato eran las siguientes: a) no existía la dote; b) tampoco existían las donaciones "propter nuptiae"; c) la mujer no ostentaba el título de "uxor", ni ocupaba el nivel social del marido; d) no se podía llamar a la mujer "materfamilias"; e) a la mujer no se la consideraba casada ya que le faltaba

el "honor matrimonii"; f) los hijos nacidos se denominaban - liberi naturales o spuri, o vulgo concepti, y tenían relaciones cognaticias sólo con la madre (29).

El concubinato persistió en Oriente hasta los tiempos de León el Filósofo (siglo IX) y en Occidente hasta el siglo XII.

## 2. España:

Es precisamente en la época medieval cuando aparece en España una institución jurídica profundamente emparentada con el concubinato romano: la barraganía (30). Aunque el más probable origen de tal institución se halla en el concubinato romano, no falta quien estima (Ureña) que se inspiró en el matrimonio islamita o, al menos, en la unión sexual del señor con la esclava la cual, según el Derecho Musulmán, se consideraba libre por el mero hecho de tener hijos de aquél. Sea de ello lo que quiera, lo cierto es que la barraganía era una especie de sociedad conyugal constituida por un hombre y una mujer con el objeto de hacer vida en común (31).

La barraganía fue toda una institución consagrada por la ley con efectos no sólo entre los compañeros, sino en cuanto a sus hijos.

La barraganía no era un enlace vago, indeterminado o arbitrario; se fundaba en un contrato de amistad y compañía, cuyas principales condiciones eran la permanencia y la fidelidad(32)

En definitiva, durante el Derecho medieval Español el concubinato fue lícito y protegido por varios Fueros.

En lo referente a la constitución de la barraganía, ésta se forma únicamente con el consentimiento de los compañeros, pero éste se produce al margen de la ley.

a. Durante la época visigoda: la unión podía contraerse con el sólo consentimiento de los interesados expresado ante los amigos comunes, siempre que tuvieran igual condición, Ley 3, 7, 3 de Codex Theodosianus, pasó con el mismo número, título y capítulo, al Breviario de Alarco (33).

En el Liber Iudiciorum también se predica la igualdad social de los contrayentes, por más que un matrimonio entre personas de diferente rango social es perfectamente válido, aunque la sociedad hablara de éste, así configurado, como concubinato (presunción social), pero los interesados podían probar que su unión era matrimonial, por ejemplo, con testigos.

Las uniones entre libres y siervos, o, entre siervos (contubernio) se tenían siempre por concubinato, por no tener éstos personalidad jurídica.

Los hijos de las siervas, o los que nacen ocultaemente de ingenua, tienen la condición de hijos naturales.

Según el capítulo octavo de los Fragmentos Gaudencianos, los hijos tenían la condición de serviles por pertenecer a la familia de la madre (34).

En el Derecho altomedieval, no era necesaria la exteriorización del consentimiento de las partes para constituir la barraganía, y carecía de toda formalidad, aunque la intención de convivir podía expresarse para destruir la presunción de matrimonio.

Se han encontrado documentos sobre contrato de mancebía: Carta de Avila de 1361 que se autotitulaba "Carta de mancebía e Compañería" (35). Pero no siempre la constitución de la barraganía hacía intervenir la voluntad de ambas partes, pues, también, podía constituirse sin y aún contra el consentimiento de la mujer.

Transcurrido un año a partir de la constitución de la barraganía, producía ciertos efectos jurídicos, que eran muy similares a los del matrimonio.

b. Los Fueros y Las Partidas: el Fuero Juzgo trata de prohibir la relación sexual entre la barragana del padre o de los hermanos con los hijos de aquél o colaterales de éstos y la prohíbe a los clérigos (Ley 18, título IV, Libro III)(36)

En los Fueros Municipales, el varón podía ser cualquiera, soltero, casado o clérigo. La mujer no debía ser casada, ni religiosa, ni pariente, ni robada. Ella, en algunos Fueros (como el de Córdoba), adquiría derecho a la mitad de las ganancias habidas en común durante la unión, si probaba haber sido "fiel a su señor e buena". La barragana que, al morir su varón, quedase encinta, tenía derecho de alimentos sobre la herencia del difunto. (37).

En Las Siete Partidas, la barraganía está regulada en el título XIV de La Partida 4ª. Según ella, "barraganía quiere tanto - dezir como ganancia que es fecha fuera de mandamiento de la Iglesia"(38).

Barraganía proviene del árabe "Barra" que significa "fuera" y del latín "gana", equivalente a ganancia, o "barganía", convenio o contrato (39), que vendría a significar convenio o contrato, o bien, ganancia fuera del matrimonio (40).

Las Partidas exigieron la constitución solemne de la barraganía mediante testigos (hombres buenos), diciéndoles manifiestamente que se recibe a la mujer por barragana, excepto en los supuestos de evidente ausencia de consentimiento matrimonial por la radical desigualdad social de los sujetos (Partida 4ª, 14, 12). En las Partidas no se exigía la diferencia de clase social entre los interesados para constituir la barraganía, pero en los supuestos de gran diferencia, se la impide, y la sanción recae sobre los hijos, los cuales no tenían el carácter de naturales, ni podían legitimarse, ni suceder al padre.

1) Condición jurídica de las partes en Las Partidas: los interesados debían ser solteros, o, en todo caso, no tener impedimento de orden o matrimonio, por cuanto la barraganía, en ocasiones, podía confundirse con el matrimonio, por lo cual no podía convivirse simultáneamente con más de una concubina. Era una relación monógama. (41).

A los Adelantados o Virreyes de las tierras conquistadas se -

les permitía tener barragana, mas no mujeres legítimas en tales tierras de su Adelantamiento y ello a fin de que no se prevaliesen de su gran poder para forzar a mujer alguna a casarse con ellos (42).

2) Requisitos del concubinato según Las Partidas:

a) Se desecha la barraganía de personas que se encuentren ligadas por vínculo anterior de orden o matrimonio (Partida 4, 14, 2).

b) No puede tomarse por concubina a una mujer virgen (Partida 4, 14, 2).

c) La barragana debe tener por lo menos doce años (P. 4, 14, 2).

d) No pueden conformar la barraganía los parientes consanguíneos o afines, hasta el cuarto grado (Partida 4, 14, 2).

e) En supuestos de especial alcurnia, la barragana debe cumplir ciertas condiciones para descartar las relaciones con desproporcionada desigualdad social (Partida 4, 14, 3).

f) Cuando la barragana es mujer de vida recatada, deben cumplirse determinados actos formales para diferenciar la barraganía del matrimonio (Partida 4, 14, 2).

g) El concubinato es monógamo (Partida 4, 14).

h) Es barragana la mujer que se muestra públicamente y vive en la misma casa del hombre (P. 4, 14, f y 4, 19, 5) (43).

3) La barraganía de los clérigos: las uniones de los ministros de la Iglesia, se castigaron con penas que van desde la exclusión del servicio a la excomuni6n (Concilio de Neocesarea 313-319, y, IV de Calcedonia), hasta la reclusi6n en un monasterio (Concilio VIII de Toledo 691).

4) Contenido de la relaci6n de barraganía:

a) Estabilidad y permanencia: la barraganía es una uni6n estable y, pasado un año a partir de su constituci6n, produce algunos efectos jurídicos, a saber: la mujer podía llevarse los vestidos y los muebles que hubiera recibido del señor (44). Pero, a diferencia del matrimonio, era disoluble.

b) Derechos y deberes: se cumplian en la barraganía los mismos que los del matrimonio: convivencia, fidelidad, procreaci6n. A la concubina que quedara embarazada y que hubiera sido fiel, se le reconoce el mismo r6gimen jurídico de que goza la esposa a la muerte del marido, administrando los bienes que el hijo herede, y, si el hijo nace, a ella le pertenecen la mitad de los bienes ganados en com6n (Fueros de Plasencia y Zamora).

Existían dos niveles de fidelidad, uno análogo al que la esposa guarda al marido, y, otro, la lealtad en el mismo sentido que deben los criados a sus señores (Fuero de Plasencia 404).

La concubina podía recibir bienes del causante, derecho reconocido por una convivencia prolongada (Fuero de Cuenca 604), los bienes pasan a la barragana embarazada que los custodia - hasta la mayoría de edad del hijo, y, es necesario que el -

hombre no tenga descendencia (Fuero de Cuenca 233) (45).

5) Extinción de la barraganía: siendo su constitución consensual, o sea, existiendo el acuerdo de ambas partes, o de una, e n los casos de faltar el de la mujer, quien convive con su señor por agradecimiento, para iniciar una vida en común, de esa misma forma termina, es decir, por mutuo acuerdo, o por muerte de una de las partes.

c. Las leyes posteriores a Las Partidas: no mencionan ya la barraganía, pero no porque ésta hubiese quedado abolida. En el siglo XIII, sobre todo a partir del Concilio de Valladolid, los legisladores se esforzaron grandemente por desterrar la, criterio que se acentúa en los Ordenamientos de Cortes de los siglos XIV y XV. Los Reyes Fernando e Isabel consiguieron restablecer la doctrina canónica a través de sus Pragmáticas de 1491 y 1502 y así, poco a poco, fue extirpada la barraganía de los clérigos y reducida la de los seglares. a la mínima expresión (46).

Con la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564 se acogió en la ley los cánones del Concilio de Trento, es decir, - que se excomulga a los que vivan en estado de concubinato. La barraganía fue perseguida y sus efectos jurídicos derogados - ya que no era lícito vivir de esa manera.

Fue especialmente la Iglesia, quien se reserva todo lo relacionado con el matrimonio, la que condenó las relaciones sexuales extramatrimoniales, por constituir un pecado. Desde el Concilio de Trento, la única y legal forma de unión heterose-

xual es el matrimonio canónico. El poder de la Iglesia ayudado por el poder político del Estado, contribuye a su represión para hacerla desaparecer de los regímenes jurídicos, y ser castigada, afirma Vidal M. (47), lo que se traduce en la imposición de sanciones penales a determinadas relaciones con cubinarias en la Novísima Recopilación.

### 3. Colombia:

a. En la época precolombina: las familias indígenas anteriores a la conquista, se llamaban esposo-esposa o hijo, a todos los que potencialmente hubiesen podido serlo, además del propio o propia.

Los Chibchas (48), llamaban entre ellos hermanos, a los parientes de segundo y tercer grado, al igual que los Caribes. Los Chibchas no se casaban con las mujeres de su pueblo porque todos se tenían por hermanos. Pero era tal su ignorancia, que si la propia hermana nacía en pueblo diferente, el hermano se casaba con ella.

La filiación estaba determinada por la línea uterina, o sea, que el padre biológico era, respecto de sus consanguíneos, un extraño; la mujer continuaba la descendencia hasta el infinito. Colateralmente, el parentesco se extendía a los hermanos de la madre, los hijos de las hermanas y los descendientes habidos en mujeres a través de estos consanguíneos. El tío materno desplazaba al padre biológico en las tareas culturales con la descendencia (49).

El concubinato existió en los pueblos indígenas. Los caciques de las diferentes tribus tenían mujer principal y concubinas.

Sistemas matrimoniales:

a) Matrimonio por captura: era costumbre que los guerreros tomaran como botín de guerra a las mujeres para convertirlas en sus concubinas. Existió también el robo de mujeres.

b) Matrimonio político: se presentaba para concertar la paz entre dos tribus; el vencedor imponía tributos al vencido, quien entregaba mujeres al primero. También, y con el fin de conservar el poder, se casaban los miembros de la clase alta.

c) Matrimonio por compra: la forma más usada fue la de dar precio por la novia; ese precio era la expresión sensible de los valores que ella representaba en el matrimonio: satisfacción sexual, compañerismo, atención personal, etc. Además ese precio tenía un significado doble: (50) era el resarcimiento para los padres de ella por el bien que se perdía, y, también representaba la posibilidad de hallar esposa para los varones del grupo consanguíneo.

d) Matrimonio por trueque de mujeres: esta modalidad permitía a un indígena adquirir su esposa dando a cambio otra mujer, como su hermana, o su misma esposa. Un indígena tenía tantas esposas cuantas mujeres pudiera dar a cambio.

e) Matrimonio preferencial: la exogamia clanil era la regla general de las tribus colombianas. Existió la endogamia matrimo

nial de naturaleza consanguínea. Parece que se localizaba en los altos estratos y era forma de mantener el poder dentro de un círculo de parientes, es decir, dentro de una limitada familia (51).

f) Compromiso de infantes: los padres de los niños convenían la unión matrimonial de aquéllos, nupcias que se llevaban a cabo al llegar a la edad requerida.

La principal característica de la familia indígena era la poligamia, pero sólo algunos hombres tenían el lujo de poseer varias esposas. Este privilegio es alcanzado por los hombres de más elevado status, tales como el shaman, de gran poder dentro de la tribu, o los hombres más viejos, posiblemente apreciados por sus poderes y conocimientos en la magia. Se heredaban las mujeres en la persona del hermano menor si permanecía soltero: ellas constituyen uno de los pocos bienes que pueden transmitirse a los consanguíneos (52).

b. El descubrimiento: introdujo la familia hispánica con todas sus características según Las Siete Partidas, y, basada en la religión Católica: matrimonio como sacramento.

Las obligaciones de los cónyuges, basados en la religión, eran de amarse mutuamente, guardarse fidelidad. Además el matrimonio era indisoluble: "lo que Dios ha unido no lo separe el hombre". Todavía hoy, en Colombia, el matrimonio católico es indisoluble.

1) Durante la Colonia:

a) Rigieron las leyes de España: en los territorios de América descubiertos por aquélla se impusieron las normas vigentes en el Reino, así lo dispuso la Real Cédula de 12 de julio de 1564 al ordenar a los Arzobispos y demás Prelados de Indias que publicasen el Concilio de Trento, cuyos acuerdos - son ley del Reino (53).

En las leyes de Indias se mantuvo la institución matrimonial - como indisoluble y, a la mujer, casi como menor de edad, ante el marido.

El marido ejercía la patria potestad sobre los hijos no emancipados; la mujer no podía ejercerla puesto que estaba bajo - la potestad del marido, y antes de casarse bajo la del padre - o el hermano mayor. La mujer sólo podía aceptar la herencia - con beneficio de inventario sin licencia del cónyuge, pero sin este requisito no podía ella contratar, o comparecer en jui - cio, o intervenir en actos jurídicos; si el esposo negaba su aquiescencia, era el Juez quien otorgaba el permiso (54).

Se castigó también el adulterio como delito y el marido podía matar a ambos amantes (Real Cédula de 10 de septiembre de 1548 anexa a la Recopilación de Indias de 1680). En el hombre el - adulterio no era delito, con lo que se daba sanción tácita al concubinato (55).

El padre no podía desposar a sus hijas si no estaban presentes y daban su consentimiento. Eran requisitos esenciales del ma - trimonio el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes; afectan su validez, la enajenación mental, la fuerza, el mie -

do irresistible, el error esencial y la edad límite señalada. (56). En efecto, en cuanto a la libertad para contraer matrimonio, Ots Capdequi (57), nos refiere que en La Recopilación de Indias de 1680, Ley 32, título III, Libro III, se declaraba: "Que los Virreyes y Gobernadores no traten casamientos de sus deudos y criados con mujeres que han sucedido en encomiendas... y las dejen casar y tomar estado con libertad como justa y debida es".

Sin embargo se exceptuó el requisito previo de la licencia paterna, a los mulatos, negros, coyotes e individuos de castas semejantes. Según la Real Cédula de 2 de septiembre de 1687, se coarta la libertad matrimonial de las mujeres negras y mulatas: todo ello tuvo origen en quejas por los matrimonios de los militares de cierta graduación que casándose con negras, antes esclavas de otras familias españolas, se convertían en las esposas de sus superiores jerárquicos en el orden militar. Para evitar tales desórdenes, se proponía al monarca... que los así casados no pudieran ser nombrados para desempeñar empleo de determinada categoría (58).

En lo que hace al matrimonio de españoles con indígenas no se presentó problema alguno, en el sentido de que siendo el indio "equiparado jurídicamente a los españoles" debía tener la licencia paterna para casarse; los cronistas de Indias, hablan de la facilidad con que los españoles se unían con mujeres de aquellas razas, generalmente en simples concubinatos, que solían terminar en matrimonio. El legislador trató de fomentar estas uniones mixtas (59). Es más, se persuadió a los españoles a casarse con los indios encomendados, no teniendo justo

impedimento, política que se extendió para fomentar el aumento de la población en los territorios conquistados (60).

En lo referente a la filiación, las formas familiares de hecho se ven a través de ésta. Aquélla se dividía en legítima e ilegítima.

Las Partidas establecían que los hijos legítimos eran los habidos en el matrimonio. Los nacidos de mujeres casadas, se tenían y reputaban hijos del marido y no se podía admitir probanza en contrario, y, como hijo de tal indio (61) hayan de seguir el pueblo del padre, aunque se diga que es hijo de español, y el de las indias solteras sigan el de la madre.

En cuanto a los hijos ilegítimos, eran naturales (Ley 11 de Toro), los que en el momento de la concepción o nacimiento, los padres podían casarse entre sí. Eran espúreos los demás, o sea, los adulterinos (hijos de mujer casada), los bastardos (habidos en concubinato), los nefarios (habidos dentro de líneas colaterales consanguíneas), los incestuosos (habidos de ramas verticales de consanguinidad), los sacrílegos (hijos de monjas, sacerdotes, frailes), y, los mánceres (hijos de prostitutas) (62).

La Recopilación de 1680 ordenó restablecer la jurisdicción competente para otorgar toda clase de legitimaciones a los hijos habidos fuera del matrimonio, frente a los excesos cometidos por los Virreyes, Gobernadores y otras autoridades de Indias, preceptuando que éstos no pueden dar legitimaciones y, las que se pidiesen se remitan al Consejo, bajo la pena de que las

así concedidas se tuvieran por nulas (63).

En lo que hace al Derecho de sucesión; en los cacicazgos, se conservó el sistema sucesorio que tenían los indios antes de llegar los españoles, pero se instituyó el mayorazgo, o sea, el hijo mayor varón heredaba los bienes del padre, ese hijo debía ser legítimo; a falta de hijo mayor lo recibe el segundo y, cuando faltan los varones, lo recibe la hija mayor (64). Los mestizos estaban incapacitados para suceder en los mayorazgos, aún cuando fueran legítimos (65).

Refiriéndose a l matrimonio de los negros, afirma la doctrina (66), es imposible estudiar la estructura de tal familia en Colombia, puesto que el status social de aquéllos era el de esclavos (cosas); no tenían libertad para escoger, a más de haber sido arrancados de su medio ambiente y traídos a uno absolutamente extraño; debieron amoldarse a esa nueva vida. Sin embargo, sólo se encuentra una referencia (67) en la Recopilación de 1680, Ley 5ª título V, Libro VII donde se preceptúa: que se procure que los negros casen con negras y los esclavos no sean libres por haberse casado.

En cuanto al mestizaje, las familias de facto hispano-indias existieron como uniones esporádicas y polígamas practicadas por los conquistadores. Pasado el primer momento de la conquista propicio a la relación esporádica y la poligamia, vemos persistir estas formas en el interior del país. Es la institución de la Encomienda la que sirve de estímulo a la relación familiar plural del español. Ella, con el sistema de servicios personales encubría las formas de mestizaje de hecho (68). De

estas formas se pasó a la mancebía y concubinato, lo que era posible por la extinción del grupo aborigen y, porque el mestizaje y sus cruces sucesivos eliminaron las fronteras físicas y las económico-sociales, entonces, lentamente, a través del elemento mezcla, empezaban a aparecer familias legales.

El zambaje o cruce de negro con indio, fue el resultado de uniones de hecho, por estar prohibido el acercamiento de negros al elemento indígena, según la Real Cédula de Valladolid de 27 de febrero de 1549. Este cruce racial se propicia también en la Encomienda; de esta manera, empujados por la biología y ventajas de esta mezcla, el zambaje se extendió en partes del país a través de familias de hecho.

El mulataje o cruce de negro y blanco también fue producto de uniones de hecho (69).

b) La Iglesia y la familia: los españoles introdujeron el matrimonio religioso (sacramento) y por ello vieron la necesidad, y así lo hicieron, de instruir en la religión Católica a los aborígenes. El Estado Español buscó la manera menos violenta para ir convirtiendo, poco a poco, a los "infieles". Los indígenas tuvieron gran respeto al culto religioso, respeto que entre ellos estaba representado por el sacerdote-mago que era figura importante en cada tribu, figura que, en los tiempos de la conquista, fue remplazada por el sacerdote católico, quien, lentamente, fue adquiriendo entre ellos, por conservar sus creencias y fiestas con otras de la fe católica, el mismo puesto de importancia de su antiguo sacerdote, tarea que resultó fácil por el apego tradicional del nativo a

lo sobrenatural, y que a la postre fue el camino expedito para culturizar al pueblo, adquiriendo de esta forma el sacerdote católico poder sobre la sociedad. El indio no vió en la sustitución de su jeque más que un trasplante de razas, (70); el prelado no fue sólo el intermediario con la divinidad, sino - que la comunidad casi lo identifica con aquélla y la Iglesia. De ahí la respetuosa adhesión con que se le rodea, mezcla de temor mágico y de reconocimiento de su fuerza, porque a estos valores sumó el del poder político.

Y hasta ahora predomina ese poder de la Iglesia, tanto que, todas las actividades del individuo son catalogadas como buenas (morales) o malas (inmorales) por ella, llegando a dominar así la vida de las personas y marcando las pautas que deben cumplir entre sí, sus deberes morales y los de sus hijos, y sobre todo, la recriminación para las parejas que conviven maritalmente, por ser tales relaciones pecaminosas.

Era de uso corriente, entre los indígenas, la poligamia y, - para evitar esta inmoralidad se decidió que los hombres escogieran entre sus diferentes mujeres, a la primera con la cual tuvieron acceso carnal; la misión de vigilar el cumplimiento de este deber se encomendó a los indios más viejos de cada parroquia. Elegida así la que desde entonces debía ser la única mujer, se consagraba en ella el matrimonio y, a las demás se las dotaba convenientemente para que pudieran atender en adelante a sus necesidades propias y, a las de los hijos que que daban en su poder (71).

Se rompió a fondo, con todos los aspectos que representaba la

poligamia, y por ende, se introducía el concepto de la fidelidad y la indisolubilidad del matrimonio, golpeando mortalmente la organización matrimonial indígena (72). En igual forma se impuso la consanguinidad bilateral, destruyendo la consanguinidad uterina unilineal que existía, por lo tanto, haciendo consanguíneos del padre a sus descendientes, cosa absolutamente ignorada hasta entonces, y por consiguiente, heredando el hijo al padre y no a su tío materno. Se impuso también el vínculo de la afinidad, que no existía. Al igual que la dote, que la mujer aportaba al matrimonio y, la de las arras (pre - cio que el marido daba a la mujer por su virginidad); esto funcionaba al contrario, porque era el hombre el que compraba la mujer y la virginidad no tenía importancia para los indígenas.

Con lo anterior se observa, como el sometimiento de que fue - objeto el pueblo indígena, no sólo acabó con su libertad física, sino que exterminó sus sistemas matrimonial y familiar y su cultura, desintegrándolos por completo.

c) Validez del matrimonio indio: ante la nueva legislación surgió el problema de si tal matrimonio era válido o no; así Su Santidad Paulo III tomó una decisión el 1º de junio de 1537 y ordenó su validez, pero sometida a circunstan - cias especiales; si uno de los cónyuges era católico y el otro no, no se aparte el fiel del infiel, pero si el infiel persuade al fiel para abandonar la religión, y siendo requerido por el fiel por tres veces en seis días a que desista de sus actitudes, y no lo quisiere hacer, queda libre el fiel para ca - sarse con otra persona.

Otro problema que se presentó fue el relacionado con la poligamia; la Iglesia dispuso que el indio podía casarse con la que quisiera, siempre que se tornara cristiana, pero el desconocimiento de los nativos del idioma español y, de los españoles del nativo hizo que se produjeran engaños a la Iglesia (73). Se enseñaba a los indígenas que en caso de vivir en concubinato, se castigarían con azotes, corte de cabello, etc. En caso de adulterio de la mujer, "acusándola el marido, sea castigada ella y el adúltero hasta pena de azotes, por el cacique" (74). El indio que conviviera amancebado o tuviera acceso con india infiel, era también castigado.

Aún, en el siglo XIX, no se puede hablar de haberse impuesto el patrón de familia hispánica en Colombia. Las difíciles y grandes distancias, la amplia geografía, la resistencia del indio y del negro a recibir y hacer suyas culturas extrañas, hicieron sumamente difícil esta tarea y los prejuicios raciales existentes importados, hicieron posible la fácil conformación de familias de hecho que escapaban al control de las autoridades.

## 2) Después de la Independencia:

La Constitución Colombiana de 1821 concede efectos civiles al matrimonio católico indisoluble, acogiendo la legislación introducida por España en Colombia.

La Compilación Granadina (en Colombia) de 1845 no hizo referencia al concubinato.

La Ley de 20 de junio de 1853 guardó silencio sobre la familia natural, cuando reglamentó el matrimonio civil y el divorcio.

La Constitución de La Nueva Granada de 1853, en su art. 3º disponía: "Son ciudadanos los varones granadinos que sean o hayan sido casados o que sean mayores de 21 años".

El art. 5º de la Constitución de La Confederación Granadina de 1858 preceptuaba: "Son ciudadanos hábiles para elegir y ser elegidos para puestos públicos de la Confederación.... los que sean o hayan sido casados".(75). Con esta legislación se incentivaba el matrimonio.

En la etapa federal, cada Estado soberano tenía su propia legislación, pero sólo en algunos se hizo referencia a los hijos naturales. La Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 establecía en su art. 33 que son elegibles para puestos públicos, los colombianos varones.. que sean o hayan sido casados (76). El Código Civil Colombiano, en su original íntegro, sancionado el 26 de mayo de 1873, como Código del Estado Soberano de Cundinamarca, traía dos artículos revolucionarios, aún hoy día, que organizaban la familia natural a imagen y semejanza de la familia legítima y que desgraciadamente fueron derogados -no reemplazados- por el art. 65 de la Ley 153 de 1887, que lo adoptó para la República de Colombia. Decían tales normas:

Art. 328 "Los hijos de la concubina de un hombre serán tenidos como hijos de éste, a menos que compruebe que durante el tiempo en que debió verificarse la concepción estuvo imposibi



litado para tener acceso a la mujer".

Art. 329 "Para los efectos del artículo anterior, no se tendrá como concubina de un hombre sino la mujer que vive públicamente con él, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos" (77).

La Ley 57 del 15 de abril de 1887, adopta el Código Civil de Andrés Bello para toda la República de Colombia; reguló solamente lo relativo a los hijos naturales.

La Ley 153 de 15 de agosto de 1887, art. 15 deroga todas las leyes españolas.

Nuevamente, fue contemplada la familia de hecho para castigarla, en el Código Penal de 1890 (Ley 19) en cuyo art. 451 se disponía "Las personas de diferente sexo que, sin ser casadas hicieren vida como tales, en una misma casa, de manera pública y escandalosa, sufrirán, el hombre, la pena de confinamiento de uno a tres años en lugar que diste por lo menos nueve miriámetros de su domicilio, y que sea distinto de aquel en que su cómplice deba sufrir la condena y del en que tenga su domicilio, vecindad o residencia; y la mujer, la pena de arresto por cuatro meses a un año, y concluída no podrá ir al lugar en que el hombre esté sufriendo su condena, mientras éste no acabe de cumplirla".

El Código Penal Colombiano de 1936 (ya derogado) abrogó los delitos de amancebamiento y adulterio. Hoy ya no se castiga la unión libre, se ignora; sólo se ha legislado sobre la familia -

ción extramatrimonial.

#### D. CAUSAS DE LA UNION LIBRE.

Es difícil calcular el número de parejas que conviven maritalmente; pero es un fenómeno en aumento. En Colombia se han realizado estadísticas y se ha concluido que por cada cien (100) personas casadas hay 21.78% que viven en unión libre (78).

##### 1. Motivos legales:

a. Indisolubilidad del matrimonio católico: es una de las principales causas de la formación de uniones libres en Colombia. Esto, sumado a los altos costes del proceso de separación de cuerpos y de los largos juicios, hace que los cónyuges se separen simplemente de hecho y "rehagan" su vida con otra persona. Lo mismo se aplica al proceso de divorcio del matrimonio civil, aprobado en Colombia por medio de la Ley 1ª de 1976.

b. Impedimentos: también puede conformarse la unión extramatrimonial por cualquiera que de éstos tenga alguno o ambos interesados, para casarse, art. 140 del Código Civil Colombiano, los numerales 7, 8, y 12, que se refieren al matrimonio contraído por la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio; al caso de que uno de los contrayentes haya matado o hecho matar al cónyuge con quien esta-

ba unido en un matrimonio anterior; o, cuando respecto de alguno de los dos, o de ambos, subsista un vínculo matrimonial; preceptúa que estos matrimonios son nulos y sin efecto, además en estos casos las nulidades no son subsanables, art. 15 de la Ley 57 de 1887. En España, el uxoricida puede solicitar la dispensa al Ministro de Justicia, arts. 47/3 y 48/1 del Código Civil. La indisolubilidad del matrimonio no se predica respecto de España, pues se admite el divorcio desde la Ley 30 de 1981.

En España producen efectos civiles, a más del matrimonio civil, los matrimonios celebrados conforme a una confesión religiosa inscrita, arts. 59 y 60 del Código Civil: "El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita..." y "El matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles..."

En Colombia sólo son válidos los matrimonios civil y católico, art. 12 de la Ley 57 de 1887 que dice: "Son válidos para todos los efectos civiles y políticos, los matrimonios que se celebren conforme al rito católico". O sea, que para el Derecho Colombiano, los matrimonios celebrados conforme a otros ritos religiosos, son familias de hecho o uniones libres y, sus hijos, extramatrimoniales, a pesar de que el art. 53 de la Constitución Colombiana garantiza la libertad de conciencia.

## 2. Motivos sociológicos:

a. La cultura o tradición: influye en la constitución de la familia de hecho la idiosincracia de una región determinada, donde la unión libre es la forma normal de conformación de la familia, sin formalismos legales; y, también contribuye la importación de culturas extranjeras, que hace que las personas (sobre todo jóvenes) se rebelen contra lo establecido. (79). En Colombia, lo ideal es la familia legal; en la clase alta se llega al matrimonio por su prestigio y para mantener su status, así lo exige la sociedad. Pero en las clases bajas, la razón es religiosa, se está fuera de la religión y es peccaminoso convivir maritalmente sin el sacramento del matrimonio, por más que no sea menos cierto que son razones económicas - las que conllevan a formar esta clase de uniones more uxorio: el coste de la boda, la "casa", los invitados, el vestuario. El hecho de que todavía es tal la importancia que tradicionalmente se da en España a la boda (80), al rito socio-religioso de contraer matrimonio, que, por rendir tributo a los usos sociales, exige rodearse de un conjunto de ceremonias e invitaciones de tan alto costo en su montaje -cada vez más alto- que resulta hondamente preocupante para muchos contrayentes y para sus padres respectivos que huyendo de esto optan aquéllos por juntarse more uxorio.

b. La tenencia de la tierra: (81) incide directamente - en la conformación de la familia, la perdurabilidad de los sistemas tenenciales coloniales, originados en las instituciones de la Mita, la Encomienda y el Resguardo, que formaron una masa de desarraigados, los que llegaron a un agudo minifundismo, los desprendidos del suelo por la larga permanencia en las haciendas, tomaron en arriendo tierras porque llegaron tarde al

reparto del suelo, no tenían derecho a parcelas. Estas formas perduran hoy por no superarse las condiciones estatales de esa masa desarraigada y no variar las premisas socio-económicas de los descendientes de blancos. Al persistir las condiciones de vida de los desarraigados, la Iglesia ejerce un fuerte control moral sobre esta sociedad, reprimiendo fuertemente las relaciones sexuales fuera del matrimonio, que a pesar de ello existen por doquier. Comúnmente se presenta en forma de amaño que es el matrimonio a prueba, consiste en vivir juntos para comprobar que son compatibles y podrán llegar a entenderse en el futuro, puesto que su meta, en principio, es el matrimonio... Como consecuencia de las amonestaciones que la Iglesia hace a los futuros contrayentes... se cree que ya pueden convivir - juntos y de hecho lo hacen porque tienen el respaldo en esa - "ceremonia" religiosa, cumplido este rito, el hombre propone a su novia la convivencia inmediata, porque entre ambos podrán hacer el "rancho", sembrar la sementera, y cuando la cosecha llega, con su ingreso, podrán costearse las exigencias sociales del matrimonio, pero la ceremonia nupcial se pospone por una o más cosechas, o se dilata indefinidamente, con lo cual el amaño inicial deviene en unión libre (82). El amaño también puede surgir por relaciones entre campesinos cultivadores que deambulan de un lado a otro buscando trabajo y donde lo encuentran pueden llegar a conformar el amaño.

En España (83) las leyes del 13 de noviembre de 1957 para los militares y la del 22 de julio de 1961 para los funcionarios de la Carrera Diplomática, hoy derogadas, contrarias al art. 32 de la Constitución Española que ampara el derecho personal a contraer matrimonio, disponían que era necesaria la licen -

cia de los superiores para obligarse en matrimonio, sin la -  
cual su celebración podría desembocar en la separación del -  
servicio. El miedo a que la mujer fuera rechazada o la no acep-  
tación de ésta era motivo de formación de una unión libre.

Enumerar todas las posibles causas de este hecho es imposible; es urgente la regulación, su falta hace producir numerosos -  
problemas: en una sociedad machista como la colombiana, el hom-  
bre, al saber que sus responsabilidades no serán las mismas -  
si se casa, prefiere la unión libre para sustraerse a sus -  
obligaciones; los padres irresponsables que, en la mayoría de  
los casos no reconocen a los hijos habidos en estas uniones;  
niños que como consecuencia de su abandono, se dedican a va-  
gabundear por las calles; niños -los llamados "gamines"- sin  
protección, ni educación que, con el paso del tiempo, se con-  
vierten en delincuentes, y que son las víctimas directas del  
subdesarrollo de un país; y, madres abandonadas con sus hijos,  
mujeres que algunas veces, y para conseguir el sustento para  
ella y sus hijos, se dedican a la prostitución, y en el peor  
de los casos, abandonan a sus tales hijos. Todo esto sucede  
a ciencia y paciencia del legislador que con su absurda menta-  
lidad e indiferencia ignora este hecho social tan ostensible  
como importante, que guarda hermético silencio al respecto y  
así, lentamente, hace que la sociedad de un país esté peor ca-  
da día. El legislador debe ser imparcial al elaborar las le-  
yes, ha de procurar que éstas no estén desfasadas respecto de  
la sociedad para la cual legisla, porque, de lo contrario, en  
la práctica, las leyes son letra muerta ¿de qué vale al legis-  
lador regular los derechos de los hijos extramatrimoniales -  
(materia única que ha tocado en Derecho Civil), si no obliga

a los padres ~~la~~ reconocerlos? ¿De qué vale enumerar causales para investigar la paternidad natural, si el alto coste y dispendioso proceso, hace que sólo unos pocos pongan en movimiento la jurisdicción?.

#### E. LA FAMILIA DE HECHO ANTE EL ORDEN PUBLICO, LA MORAL Y LAS BUENAS COSTUMBRES.

La gran influencia que ha ejercido, y aún ejerce la Iglesia - Católica sobre la sociedad, ha sido el factor determinante para tachar como inmorales las relaciones sexuales fuera del matrimonio. Tradicionalmente, y conforme a los Mandamientos de la Ley de Dios, es pecaminosa la relación sexual entre personas que no son cónyuges (fornicación), va contra las leyes de la Iglesia y la sociedad. En Colombia se consideran inmorales tales relaciones, aunque desde 1936 no constituyan conductas delictuosas, pero, por la relajación de las costumbres existe gran número de parejas convivientes, porque el matrimonio parece estar en franca decadencia, no sólo por su indisolubilidad, que conlleva muchas veces a la formación de uniones libres, - sino porque se lo mira como una gran carga.

La Carta Fundamental de Colombia, en su art. 53 garantiza la libertad de conciencia, pero el encabezamiento de ésta dice : "En nombre de Dios fuente suprema de toda autoridad" (la Constitución de Colombia es la de 1887), sello que imprime la influencia de la Iglesia en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Según Estrada (84), el art. 16 de la Constitución Española ,

quita el protagonismo que en años anteriores había correspondido a la Iglesia Católica y viene a establecer, indirectamente, un renovado concepto de la moral oficial. Al lado de la moral cristiana se desarrolla, con el cambio social de los últimos años, una conciencia ciudadana que difiere y se aparta paulatinamente de los dogmas Católicos tradicionales.

En lo que hace al orden público y las buenas costumbres, el Ordenamiento Jurídico ha confundido éstas con la moral, o sea que es moral lo que está de acuerdo con las buenas costumbres y viceversa.

El orden público se refiere a la paz, a lo que no atenta contra las instituciones legítimamente constituidas. A la familia de hecho se la ha considerado como atentatoria de la familia de Derecho, pero en el momento social actual y por la relajación de las costumbres, se la ve como normal, existe al margen del Derecho, no ya, contra el Derecho.

#### F. NATURALEZA JURIDICA DE LA FAMILIA DE HECHO.

La unión libre no es una institución, pues ni la ley colombiana ni la española le conceden efectos jurídicos, ni la condenan; simplemente la ignoran (85).

Algunos autores, en España, asimilan la naturaleza de la familia de hecho con la del matrimonio (86), señalando que, en la medida en que el matrimonio y la familia adoptan regulaciones jurídicas más democráticas, las posibles diferencias entre el

matrimonio y la unión libre se atenúan.

Formalmente, la unión de hecho se diferencia del matrimonio, porque aquélla se constituye por la simple voluntad de los interesados, y, éste, porque a más de esa libre voluntad, se realiza el acto constitutivo del matrimonio y al cumplirse este requisito exigido por la ley, produce efectos jurídicos; pero no queremos decir que la familia de hecho no produzca efectos jurídicos, los produce: filiación extramatrimonial, derechos de la seguridad social para la compañera, etc. Materialmente, los compañeros se comportan como esposos: viven juntos, se prestan ayuda, contribuyen a levantar las cargas del hogar y a los hijos comunes, etc, pero todas estas conductas las realizan por su libre voluntad, no existe el vínculo legal del matrimonio que los obligue a cumplirlas.

La naturaleza de la familia de hecho es muy similar a la de la familia de Derecho.

#### G. PROTECCION JURIDICA DE LA FAMILIA DE HECHO.

Los juristas tienen el hábito de contemplar la familia únicamente como institución jurídica, esto es, como un complejo o entramado de relaciones que están regidas por normas jurídicas. La familia es aquello que el Derecho acota como familia y aquello que el Derecho regula. Y lo es de la manera como lo regula. En cambio, los sociólogos -y tal vez habría que decir que con ellos el común de los mortales- suelen concebir la familia como una realidad social para la cual el Derecho es al-

go ajeno (87).

Es cierto. La familia no sólo es una institución jurídica, si no, también, una institución social. El hombre, siguiendo su instinto de socialización, buscó pareja; las relaciones en el inicio de los tiempos fueron promiscuas, pero, poco a poco, - con el desarrollo del hombre fueron adquiriendo otras características, como la monogamia, la permanencia y, otras. Pero el Derecho no es algo ajeno a la familia, es cierto que éste regula las situaciones o hechos que determinada sociedad le muestra, y así establece unas normas que considera las mejores para regularlas. Lo que para un determinado Estado es familia - legítima, para otro puede no serlo, por ejemplo: para España y Colombia son familias legítimas las que cumplieron la formalidad constitutiva de un previo matrimonio, son monógamas, etc; para otros Estados, lo es aquella familia polígama, que ha cumplido alguna ceremonia o no, etc. El Derecho está "hecho" por hombres, y el hombre comete errores y está limitado por las situaciones sociales, culturales y económicas de una determinada época histórica; las leyes están limitadas por el pensamiento del hombre, y las que se promulgaron hace años no pueden aplicarse tal cual en una época posterior, porque la sociedad está evolucionando permanentemente y el Derecho no puede ser algo estático, ha de evolucionar y ser flexible para poder aplicarse a esa sociedad cambiante, aquél no puede quedarse a la zaga del progreso social; pertenece a la rama de las Ciencias Sociales, y de ahí que entre él y la sociedad ha de existir una estrecha relación. El Derecho no puede estar desfasado de la sociedad porque no es una ciencia exacta. El profesor Iacruz B. dice, y en verdad, si contemplamos, no



ya sólo la sociedad española de hoy en la cual las parejas no casadas representan todavía un porcentaje reducido (aunque en aumento) (lo subrayamos), sino nuestro posible futuro a través de lo que sucede en los países escandinavos o en Norteamérica, donde la convivencia more uxorio hace una seria competencia a la institución conyugal y es una alternativa socialmente aceptada por muchos, creo que resultaría irreal aferrarse a patrones que, si bien válidos en el terreno moral..., no alcanzan un consensus social suficiente como para mantenerlos en su posición legal de monopolio (88).

En Colombia, como hemos dicho, la ley ignora la familia de hecho, sin embargo, Valencia Zea (89), sostiene que la Ley 5ª de 1975, al dar nueva redacción a los arts. 277 y 278 del Código Civil, empleó la expresión familia de sangre para contraponerla a la adopción..., en todo caso, en esta expresión se comprende tanto la familia matrimonial o legítima como la extramatrimonial o natural. De todas formas, la Constitución Colombiana no menciona la familia; en los arts. 25 y 50 hace dos breves referencias a ella, así: art. 25 "Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad". Art. 50 "Las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas, y los consiguientes derechos y deberes. Así mismo, podrán establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable".

La Constitución Española de 1978 en su art. 39 protege la familia, precepto que inicia el Capítulo III "De los principios rectores de la política social y económica"; Libro I "De los

derechos y deberes fundamentales", o sea que el art. 39 consagra una especie de derecho fundamental de la persona con todo lo que ello conlleva de facultad para su titular y correspondiente exigencia de los poderes públicos para su real efectividad.(90).

El numeral 1º dice: "Los poderes públicos aseguran la protección, social, económica y jurídica de la familia..." O sea, que esa protección ha de ser: a) social: los poderes públicos procurarán dotar a la familia de los medios precisos para que la misma se desarrolle o fomente adecuadamente en los núcleos más amplios en que se diversifica el concierto de la comunidad; b) económica: se refiere a la provisión de medios o asistencias pecuniarias para que la familia alcance la consecución de sus fines propios de desarrollo y supervivencia; y, c) jurídica: la ley amparará la familia, que es tanto como que sus intereses y el cumplimiento de sus fines naturales habrán de respetarse (91).

La doctrina se pregunta qué clase de familia tutela el art. 39 de la Constitución Española. Algún autor (92) afirma que se protege la familia a secas, sin distinción fundada en el matrimonio o creada al margen de él. No se puede negar que la única regulación constitucional de las relaciones heterosexuales es la del matrimonio, pero no es menos cierto que la noción de familia no abarca solamente a este último, sino además, en su caso, a las llamadas uniones libres... Las uniones libres no están prohibidas por la Constitución Española y pueden ser, en consecuencia, objeto de protección jurídica, sin que necesariamente éstas deban considerarse como un matrimo -

nio de segundo grado o de peor condición: simplemente se trata de una fórmula familiar alternativa (93).

Admite Lacruz B. (94), que se protege también a la familia de hecho, pero el grado de protección es distinto... con el sólo límite de la equiparación entre los hijos. No. El grado de protección no debe ser diferente. Es diferente la protección jurídica ya que el precepto se ocupa de la tutela de sus miembros separadamente, no como un todo como en la familia matrimonial.

El art. 39/2 dispone: "...Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualesquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad..."

Con la palabra asimismo se entiende que se protege a los hijos en las esferas social, económica y jurídica, por tanto se predica lo mismo apuntado para la familia. Los hijos son iguales ante la ley, por lo que no debe existir discriminación alguna.

En cuanto a la tutela de las madres opina la doctrina (95), que la ley ha querido proteger a las madres solteras, no ya porque en la legislación vigente las mismas están desamparadas y padecen la consiguiente discriminación semejante a la de los hijos extramatrimoniales, sino porque las "madres casadas" no precisan una tutela así explicitada y porque, también, quedarían en su caso amparadas por el num. 1º del art. 39, -siendo extensible lo argumentado sobre la protección de la familia y los hijos a las madres. Esa tutela de las madres sol-

terás aleja o disipa el olvido y abandono que en casi toda la legislación vigente padece la familia de facto.

En lo referente a la investigación de la paternidad, como el mismo art. 39 proclama la igualdad de los hijos ante la ley, y obliga a los padres a velar por ellos, mal podrían éstos hacer valer sus derechos si desconociesen o no se les permitiese investigar la paternidad o maternidad.

El num. 3º del art. 39 prosigue "...Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda...". Los padres deben todo tipo de asistencia a sus hijos, como veremos al tratar de la patria potestad.

Art. 39 num 4º "... Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Por último, el Código Civil Español no hace alusión directa a la familia, pero se refiere a ella al hablar de que la patria potestad es ejercida conjuntamente por los padres, prescindiendo de toda matización en el sentido de si éstos están o no casados. Parece que para el legislador postconstitucional la familia no es ya sólo la que se funda en el matrimonio(96).

## NOTAS DEL CAPITULO I

- (1) Lafont P., Pedro. La Familia Natural. Revista Jurídica - Universidad Nacional de Colombia. Nº 37-38. 1970. Cita a Simannel, Josserand y los hermanos Mazeaud, pág. 62.
- (2) Gazzoni, Francesco. Dal Concubinato alla Famiglia di Fatto. Università di Macerata. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza. Seconda serie. Milano. 1983, pág. 5.
- (3) Lacruz B., José L. y Sancho Rebullida, Francisco. Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia. Librería - Bosch. Barcelona. 1982. Citan a Puleo, pág. 580.
- (4) Idem. idem.
- (5) Idem. pág. 21.
- (6) Gran Enciclopedia Larouse. Editorial Planeta S.A. Barcelona. 1973. T. I., pág. 381.
- (7) Gazzoni, op. cit. pág. 5.
- (8) Resigno citado por Gazzoni, op. cit. pág. 12.
- (9) Echeverri de Ferrufino, Ligia. La Familia de Hecho en Colombia. Ediciones Tercer Mundo. Bogotá. 1984, págs 56 y 57
- (10) Cerdá Gimeno, José. La Situación Actual de Las Parejas no Casadas ante el Derecho. Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Febrero 15 de 1988. Nº1482, pág. 613.
- (11) Gazzoni, op. cit, pág. 69.
- (12) Piñol Aguade citado por Cerdá, op. cit, pág 617.
- (13) Gazzoni, op. cit pág 63.
- (14) Valencia Z., Arturo. Derecho Civil. Derecho de Familia. T. V. Editorial Temis. Bogotá. 1983. Quinta edición. pág 418.
- (15) Volterra, Eduardo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Ed. Civitas S.A. Madrid. 1986, pág. 665.
- (16) Castello, Carlo. In Tema di Matrimonio e Concubinato nel-Mondo Romano. Dott.A. Giuffrè-Editore. Milano. 1940, pág 20.
- (17) Plassard citado por Castello, op. cit, pág. 33.
- (18) Idem pág. 63.
- (19) Idem pág. 67.
- (20) Idem pág. 81.
- (21) Citado por Castello, op. cit pág. 165.
- (22) Idem pág. 168.
- (23) Robleda Olis, S.J. El Matrimonio en el Derecho Romano. - Esencia, Requisitos de Validez, Efectos, Disolubilidad. Librería Editrice. Università Gregoriana. Roma. 1970, pág 279.
- (24) Volterra, op. cit, pág. 665.
- (25) Idem pág. 666.
- (26) Bonfante, Pietro. Instituciones de Derecho Romano. Traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Larrosa Andrés. Reus. Madrid. 1965. Tercera ed. pág. 197 ss

- (27) Idem pág. 197 ss.
- (28) Iglesias, Juan. Derecho Romano; Instituciones de Derecho Privado. Ed. Ariel S.A. Barcelona. 1983, pág. 583.
- (29) Monroy C., Gerardo. El Concubinato o Unión Libre. Revista de la Universidad Externado de Colombia. N° 3. Noviembre de 1977. Bogotá, pág 233.
- (30) Gitrama G., Manuel. Notas sobre la Problemática Jurídica de la Pareja no Casada. Separata del Libro Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia. Salamanca. 1984, pág. 216.
- (31) Idem, pág. 216.
- (32) Fosar B., Enrique. Estudios de Derecho de Familia. T.III Las Uniones Libres. Ed. Bosch. Barcelona. 1981, cita a Martínez Marina, pág. 15.
- (33) Gacto F., Enrique. La Filiación no Legítima en el Derecho Histórico Español. Anales de la Universidad de Sevilla. - Sevilla. 1969, págs. 15 y 16.
- (34) Idem pág 18.
- (35) Idem págs 21 y 22.
- (36) Gitrama G., op. cit. pág. 217.
- (37) Idem pág 217.
- (38) Idem, idem.
- (39) Id. id.
- (40) Vidal M., Jaime. La Relación no Matrimonial en el Derecho Español. Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia. Cáceres. España. Octubre de 1987. Tapia N° 36, pág 32.
- (41) Gacto, op. cit, pág. 34
- (42) Gitrama, op. cit, pág. 217.
- (43) Gacto, op. cit, págs. 38 y 39.
- (44) Idem, pág 46.
- (45) Id. págs. 46 ss.
- (46) Gitrama, op. cit, pág 217.
- (47) Vidal, op. cit pág 17.
- (48) Gutiérrez de Pineda, Virginia. La Familia en Colombia. Vol. I. Trasfondo Histórico. Ed. Iqueima. Bogotá. 1963, citando a Fernández de Piedrahita, pág. 16.
- (49) Id. pág. 19.
- (50) Id. pág. 85.
- (51) Id. págs. 90 y 91.
- (52) Gutiérrez de Pineda, Virginia. Familia Y Cultura en Colombia. Talleres Gráficos del DANE. Bogotá. 1975, pág. 118.
- (53) Ots C., José M<sup>a</sup>. El Derecho de Familia y el Derecho de Sucesión en Nuestra Legislación de Indias. Imprenta Helénica. Madrid. 1921, pág 7.
- (54) Ley 54 de Toro; Ley 10,1,10 de La Novísima Recopilación ; Ley 55 de Toro; Ley 11,11,10 Nov. Rec.; Leyes 12 y 14,1,10

- Nov. Rec.; Leyes 56,57,59 y 68 de Toro; Leyes 1 y 5,1,10-  
Nov. Rec., citadas por Gutiérrez de Pineda. La Familia...  
op. cit, págs 157 y 158.
- (55) Idem pág 158.
- (56) Las Siete Partidas, Leyes 10,1; 5,15,2,1, citadas por Gu-  
tiérrez de P. op. cit, pág 158.
- (57) Ots C., op. cit, pág 8.
- (58) Id. pág 9.
- (59) Id. id.
- (60) Real Provisión de 8 de noviembre de 1539; Recopilación de  
1680, Ley 36,9,6; Ley 5,5, citadas por Gutiérrez de P,op.  
cit, pág 159.
- (61) Ots C., op. cit, pág 70.
- (62) Gutiérrez, op. cit, cita a Ots C., pág. 160.
- (63) Ots Capdequi, op. cit, pág 72.
- (64) Ordenanzas de Nuevo Descubrimiento y Población, publicadas  
por Felipe II en 1573, citadas por Gutiérrez, op. cit, pág  
162.
- (65) Ots C., op. cit, pág 119.
- (66) Gutiérrez, op. cit, págs 116 ss.
- (67) Ots C., op. cit, pág 60.
- (68) Gutiérrez, op. cit, págs 185 ss.
- (69) Id, pág 194.
- (70) Gutiérrez, Familia y Cultura, op. cit, pág 43.
- (71) Ots C., op. cit. pág 50.
- (72) Gutiérrez, La Familia en Colombia, op. cit, págs 220 ss.
- (73) Id, págs 239 ss.
- (74) Id, pág 264, cita a Konetzke Richard.
- (75) Indaburu L., Carlos A. y Estrada P., Gloria. El Concubina  
to en Colombia. Sus Derechos y Sus Obligaciones. Librería  
Jurídicas Wilvhes. Bogotá. 1978. Primera ed., pág 120.
- (76) Id. id.
- (77) Sentencia de 29 de abril de 1980 del Consejo de Estado de  
Colombia. Consejero Ponente Dr. Jorge Valencia Arango.
- (78) Indaburu-Estrada, op. cit, págs 79 ss.
- (79) Echeverri de F., op. cit, págs 10 ss.
- (80) Gitrama, op. cit, pág 222.
- (81) Gutiérrez, Familia y Cultura, op. cit, págs 22 ss.
- (82) Id. pág 78.
- (83) Estrada Alonso, Eduardo. Las Uniones Extramatraimoniales -  
en el Derecho Civil Español. Editorial Civitas S.A.Madrid  
1986. Primera ed., págs 38 y 39.
- (84) Id. pág 80.
- (85) Morales Ospina, Jaime. Derecho de Familia. Teórico y Erác-  
tico. Ed. El Decálogo. Bogotá. 1984, pág 141.

- (86) Fosar B. citado por Vidal M., op. cit, pág 33.
- (87) Díez-Picazo, Luis, y otros. Protección Jurídica de la Familia. Centro de Estudios Sociales del Valle de Los Cañados. Madrid 1982, pág 3.
- (88) Lacruz B., José L. y otros. Protección Jurídica de la Familia, o p. cit, pág XXVI.
- (89) Valencia Z., op. cit, págs 10 ss.
- (90) Martínez-Calcerrada, Luis. El Nuevo Derecho de Familia.T. I (Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio). Tercera ed. corregida y aumentada. Estudio de la Constitución Española y de la Ley de 13 de mayo de 1981. Gráficas Espejo. Madrid 1983, pág. 25.
- (91) Idem págs 38 a 40.
- (92) Fosar B., op. cit. pág. 143.
- (93) Merino G., Arturo. Las Uniones Libres y su Perspectiva Actual. La Ley. Nº 1916. Marzo de 1988. Madrid pág. 2.
- (94) Lacruz B.-Sancho R. op. cit. pág 45.
- (95) Martínez-Calcerrada op. cit, págs 55 ss.
- (96) Gaya S., Regina. Uniones de Hecho y Abusos de Derecho: Un Supuesto en Aragón. Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia. Cáceres. España. Octubre. 1987. Tapia Nº 36, págs 11 ss.

## CAPITULO II

## EFECTOS PERSONALES ENTRE LOS CONVIVIENTES

Las relaciones personales entre los compañeros son, en principio, irrelevantes para el Derecho: no originan estado civil - alguno; ni relaciones familiares; ni derecho de alimentos, porción conyugal o derecho hereditarios; ni derecho-obligación de guardarse fidelidad o ayuda mutua; su vida en común y su separación son indiferentes para la ley. Los convivientes son, para el Ordenamiento Jurídico, dos extraños. En definitiva, - afirma con toda razón la doctrina (1), la unión libre, por estable que de hecho se nos pueda aparecer, es jurídicamente - inexistente, desprovista de todo estatuto y de toda fuerza - obligatoria.

Para obviarlo, algunos autores postulan la perfecta identidad entre el matrimonio y la familia de hecho y por ello, la aplicación analógica de las normas de aquél a ésta. Otros, dicen que se aplica la analogía, salvo incompatibilidad (2).

Por el contrario, algunos opinan, que el acto matrimonial es presupuesto de un complejo unitario de derechos y obligaciones que forman un único vínculo, un status, que no puede ser modificado en los aspectos esenciales y atribuirse a la autonomía privada (3).

La doctrina contradictoria se presenta justamente por la fal-

ta de regulación de las uniones libres. Algunas veces el legislador ha concedido efectos jurídicos a la familia de hecho, tal es el caso de la seguridad social, como se verá más adelante, o la filiación extramatrimonial. Pero la familia de hecho no está integrada únicamente por los hijos (son hijos de alguien), sino, también, por sus padres (¿por qué la ley se obstina en ignorar su existencia?). Con su silencio, lo único que hace es favorecer la formación de estas uniones, ya que los convivientes al saberse libres de todas las obligaciones que conlleva conformar una familia y, la imposibilidad de ser exigidas jurídicamente, se sustraen al cumplimiento formal del matrimonio. La familia de hecho necesita su propia regulación, su estatuto.

El Derecho, otras veces, no ha ignorado la existencia de estas relaciones personales entre los convivientes. Antaño tales relaciones se tipificaron como delitos de adulterio y amancebamiento, ambos derogados hoy en las Legislaciones Española y Colombiana.

Actualmente subsisten delitos contra la familia, la libertad sexual, etc, tales como, la bigamia (arts 260 del Código Penal Colombiano y 471 del Código Penal Español); matrimonio ilegal (arts. 261 del Código Penal Colombiano y 471 ss del Código Penal Español); supresión, alteración o suposición de estado civil (arts. 262 del Código Penal Colombiano y, 470 del Código Penal Español, llamada subsurpación); violación (arts. 298 y 299 C.P.C. y 429 C.P.E.); estupro (arts. 301 y 302 C.P.C. y 434 a 437 C.P.E.); actos sexuales abusivos (arts. 303 a 305 C.P.C.); abusos deshonestos (art. 430 C.P.E.); rapto (arts. 440

a 442 C. P. E.).

En Derecho Civil constituyen, tales relaciones, causa de separación de cuerpos (arts. 82/1 C.C.Español y 165/1 C.C.Colombiano); o, de divorcio (arts. 86/3/b C.C.Español y 154/1 C.C. Colombiano); y/o, también, en cierto modo (4) podrá constituir causa de desheredación (art. 852 C.C.Español).

#### A. DERECHO DE ALIMENTOS ENTRE COMPAÑEROS.

La convivencia more uxorio, por sí, no da lugar al nacimiento de derechos y obligaciones, por tanto, los compañeros no tienen recíproco derecho de alimentos.

El art. 143 del Código Civil Español preceptúa: "Están obligados recíprocamente a darse alimentos:

1º Los cónyuges.

2º Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos se deben sólo los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista..."

Por su parte, el art. 411 del Código Civil Colombiano dice: "Se deben alimentos:

1º Al cónyuge.

- 2ªA los descendientes legítimos.
- 3ªA los ascendientes legítimos.
- 4ªA cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.
- 5ªA los hijos naturales y su descendencia.
- 6ªA los ascendientes naturales.
- 7ªA los hijos adoptivos.
- 8ªA los padres adoptantes.
- 9ªA los hermanos legítimos.
- 10ªAl que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada..."

Ambas legislaciones señalan taxativamente las personas que se deben alimentos; no se incluyen, por supuesto, los compañeros; pero esto no es óbice para que ellos puedan pactar válidamente la prestación de alimentos, siempre que no sea con traprestación para iniciar, continuar, fomentar la unión libre, caso en el cual sería nulo el contrato por ilicitud de causa (arts. 1275 C.C.E. y 1524 C.C.C.), según la Jurisprudencia.

Refiriéndose a la pareja no casada, entiende De la Cámara (5), que, en caso de haber hijos, la pensión estipulada en favor de los mismos, no difiere de la que pueden pactar los cónyuges que se separan de forma privada. Y que, aún no habiéndolos, cabe pactar una pensión a favor de la mujer (y también eventualmente del varón) al amparo del art. 153 C.C.Español, en el que expresamente se alude a los alimentos que tengan su origen en el pacto, dudando el citado autor, que a tal pacto pudiera calificársele de causa ilícita. Este planteamiento nos

parece razonable.

Basándonos en el art. 427 del C.C. Colombiano, habría lugar a la prestación de alimentos entre compañeros. El citado artículo afirma: "Las disposiciones de este título (el que se refiere a los alimentos que se deben por ley), no rigen respecto de las asignaciones alimenticias hechas voluntariamente en testamento o por donación entre vivos; acerca de las cuales deberá estarse a la voluntad del testador o donante, en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo". Con base en este precepto, los convivientes pueden pactar una pensión alimenticia, pero la ley señala la formalidad que debe cumplirse: en testamento o por contrato de donación.

En lo que hace al testamento, el art. 1192 C.C. Colombiano dice que cuando se legan alimentos voluntarios y el testador no determinó la forma y cuantía en que han de prestarse, se regularán tomando en consideración la necesidad del legatario y sus relaciones con el testador. Si el testador no fija el tiempo que haya de durar la prestación de alimentos, se entiende que debe durar por toda la vida del legatario. Creemos que, en la práctica, la prestación de alimentos se presenta, en la convivencia *more uxorio*, tácitamente, es decir, durante el desarrollo de la unión extramatrimonial los compañeros cumplen esta obligación sin que expresamente se hayan obligado a ello, lo hacen porque así lo quieren, pero esto no quiere decir que no puedan celebrar válidamente un contrato con este objeto, y, como dice algún autor (6), pactar el suministro de alimentos en un sentido amplio, compensando, pongamos por caso, la atención a las tareas domésticas, durante el tiempo que dure una

hipotética convivencia no matrimonial, es algo que parece lícito, e incluso acorde con la "ratio" del art. 1438 C.C.Español, que preceptúa que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación. Sin artículo análogo en la Legislación Colombiana, pero que bien puede conducir a una reforma en este sentido basándonos en el aforismo de que donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición. Y prosigue el mismo autor diciendo, que otra cosa sería, en cambio, que esa entrega de alimentos, fuese el precio pactado para la "compra de la persona". Volviendo al Derecho Colombiano, en cuanto al legado de la prestación de alimentos, sería válido si, por ejemplo: el testador intenta con ello reparar el posible perjuicio que la unión libre causó a la mujer o no dajarla desamparada.

#### B. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

Según la Ley Española de Arrendamientos Urbanos de 11 de junio de 1964, art. 58/1, no tiene derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento el conviviente more uxorio. Tal precepto dispone: "Al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge, descendientes, con preferencia los hijos varones menores de edad, las hijas solteras y los mayores impedidos físicamente, los hijos adoptivos, ascendientes, y hermanos... que con aquél hubiesen convivido habitualmente en la vivienda con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento, podrán subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento".

El art. 24/1 de la misma ley dice: "No obstante la prohibición de ceder e l contrato de arrendamiento, el inquilino que hubie re celebrado el contrato de arrendamiento podrá subrogar en - los derechos y obligaciones propios del mismo a su cónyuge , así como a sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos o naturales e hijos adoptivos menores de dieciocho años...que con él convivan habitualmente en la vivienda arrendada con dos años de antelación, o de cinco años cuando de hermanos se tra te. La convivencia por estos plazos no se exigirá cuando se - trate del cónyuge". O sea que en España, la prórroga forzosa y la subrogación o sucesión en los contratos de arrendamiento, se establecen sólo en beneficio de la esposa, no de la compa- ñera.

*o esposa!*

Dada la interpretación restrictiva (7), que han de tener estas normas frente al arrendador, en ningún caso cabría incluir al conviviente a título de cónyuge.

El problema planteado por el abandono del arrendatario-compa ñero de la vivienda arrendada y los posibles derechos del otro en cuanto a la subrogación en el contrato de arrendamiento... no encuentra respuesta en el Derecho Español (8).

En el Derecho Colombiano no existe ninguna norma al respecto.

La doctrina (9), se refiere a la unión libre como causa de re solución del contrato de arrendamiento, así: a) realizarse el subarriendo sin cumplir los requisitos (art. 114/2 LAU), ante riormente se presumía el subarriendo cuando con el arrendata- rio convivían personas extrañas; posteriormente esa jurispru

dencia ha cambiado, ya que se prueba que no hay precio, ni por tanto subarriendo, sino una convivencia more uxorio; b)lle - varse a cabo en el interior de la vivienda actividades que de modo notorio resulten inmorales (art. 114/8 LAU), se ha - considerado a la unión libre como contraria a la moral y las buenas costumbres, por ello se consideraba aplicable la causal pero actualmente hay quien estima que, ya no puede incluirse en ésta puesto que ni es de escándalo público esa convivencia, ni va contra la moral y buenas costumbres; y, c) concurrir - alguna causa de denegación de la prórroga legal, especialmente cuando el arrendador necesita para sí la vivienda o para - que la ocupen sus ascendientes o descendientes (art. 114/11 y 62/1 LAU), en este caso el arrendador puede hacer cesar la - prórroga para instalar a su familia natural.

En el Derecho Colombiano la convivencia more uxorio no es cau - sal de resolución del contrato de arrendamiento.

El R.D.L. de 30 de abril de 1985, respecto de los contratos - de arrendamiento de vivienda o local de negocio que se cele - bren, establece que tendrán una duración que libremente se es - tipule, sin que les sea aplicable el régimen de prórroga for - zosa de la LAU...con base en esto podría admitirse la refor - ma de esta Ley, permitiendo subrogar al conviviente, si que - dan a su cargo hijos de la relación extramatrimonial.(10).

La Jurisprudencia Española se ha pronunciado en lo referente al contrato de arrendamiento y la convivencia more uxorio en la sentencia de 13 de octubre de 1960: el demandante pide la resolución del contrato de arrendamiento del demandado, quien

se ha separado por adulterio de su mujer, y ha llevado a vivir con él a la compañera y la hija adulterina de ambos. El Tribunal Supremo afirma "que el hecho de la convivencia se llevó con corrección y sin escándalo y no encaja en la causa octava del art. 114 LAU, que no comprende ningún hecho material o físico susceptible de prueba, sino que solamente contempla la moralidad o inmoralidad de la conducta o actividad reiteradamente continuada de su autor..., es indudable que para poder afirmar la aplicabilidad de la norma, se requiere de modo inexcusable, calificar tales hechos reales de no morales o inmorales, lo que únicamente puede hacerse a través de su valoración a tenor de reglas y criterios de moral... No puede calificarse de inmoral la actividad del inquilino en el interior de la vivienda...contraída a vivir con toda la corrección que imponen las normas de cortesía y de convivencia o de vida de comunidad, con su hija y la madre de ésta, su familia, como realmente lo es, aunque sólo por la naturaleza y no ante la ley, y menos, de inmoral de modo notorio,...ya que nadie puede conocer la vida íntima de una familia y ésta no se puede estimar por ser contraria a ninguna norma moral aceptada por todos o por una mayoría dominante, que tampoco rechaza claramente la expresada conducta..."

En la sentencia de 15 de mayo de 1986, el arrendador demanda a la arrendataria para que le restituya el inmueble dado en arriendo, basándose en el hecho de que su hijo contraerá matrimonio y vivirá en él. El hijo no se casa con su prometida, pero inicia una relación de hecho. El Tribunal Supremo justifica plenamente la necesidad de ocupación de la vivienda que se reclama...mediante una interpretación generosa, por asimila-

ción, como relación afectiva y de hecho, del matrimonio a la mutua relación y convivencia como pareja, aún sin vínculo matrimonial, asimilación perfectamente aceptable (art 3/1 C.C. Español)... Los arts 11 y 18 del C.P., redactados conforme a la Ley de 25 de junio de 1983, equiparan al cónyuge "la persona que se halle ligada por análoga relación de afectividad"; el art. 53 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, también, ha acuñado el término "allegados in timos", para incluir, entre otros supuestos, las relaciones no matrimoniales..." O sea, la sentencia trae a colación normas relativas a la convivencia more uxorio, para aplicar la analogía entre el matrimonio y la unión libre.

#### C. RELACIONES EXTRACONTRACTUALES.

Nos referimos en este aparte a la indemnización por causa de muerte al compañero superviviente, por el fallecimiento de su pareja producido como consecuencia de un accidente imputable a un tercero.

Como la unión libre está por fuera del Derecho (no contra él), no existe disposición relativa a esta indemnización a que tiene derecho el compañero sobreviviente; ha sido la Jurisprudencía la que ha recogido y reconocido este derecho al conviviente que ha sufrido un perjuicio por la muerte del otro.

Estimamos que con base en los arts. 1902 del Código Civil Español y 2341 del Código Civil Colombiano, se debe tal indemnización. Dice el 1902 "El que por acción u omisión causa daño

a otro...", y, el 2341 "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro..." En ninguno de los dos preceptos se exige , con relación al que sufre el daño, una cualidad especial; sólo se exige la existencia de un daño, y es indudable que tanto los convivientes, como los casados, sufren daño por la pérdida de la persona con quien compartían su vida, - además, y, con mayor razón si de ella derivaban lo necesario para vivir: alimentación, techo, vestuario, o sea, el compañero sobreviviente sufre la lesión de un derecho; es cierto y real ese perjuicio sufrido; tiene un interés legítimo para solicitar el resarcimiento de perjuicios, legítimo porque es la misma ley la que otorga el derecho a reclamar, sin tener en cuenta la clase de vínculo, o si existía tal vínculo o no entre la víctima y el reclamante. Por esto no compartimos la opinión de Monroy (11) cuando afirma que no es posible acceder a decretar indemnización a la concubina por accidente mortal sufrido por su amante...por cuanto el interés lesionado no es legítimo, el perjuicio invocado es incierto y por la misma inconsistencia del vínculo...(basándose en la Jurisprudencia Francesa).

Fernández C. (12), afirma con certeza, que el derecho de alimentos de la concubina, que estaba prestando el compañero fallecido, y que ella deja de percibir por la muerte de aquél, dan lugar a la indemnización porque era una obligación libremente contraída por el difunto, y siempre, desde luego, que la prestación alimenticia no aparezca como contraprestación de otra, ilícita en sí misma y, por consecuencia, no reconocida por el Derecho.

En cualquier caso, como afirma González P. (13), la familia de hecho exige la atención del Derecho y de la doctrina ya que, situaciones de prolongada convivencia crean una serie de intereses dignos de tutela, pues nadie se atrevería hoy a suscribir las palabras de Napoleón cuando durante los trabajos preparatorios del Code, afirmó que si los concubinos pasan de la Ley, la Ley se desinteresa de ellos.

En el ámbito de la jurisdicción Penal, el conviviente está legitimado, pues el art. 104 del C.P.Español preceptúa: "la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también a los que se hubieren irrogado por razón del delito, a su familia o a un tercero..." Y por la ampliación del término familia del art. 39/1 de la Constitución Española, se entiende que se protege la familia a secas, sin distinción fundada en el matrimonio o creada al margen de él. El término familia de la Constitución Española incluye también a la convivencia no matrimonial (14); por más que la alusión a un tercero englobaría al conviviente more uxorio.

La Jurisprudencia se ha pronunciado en las siguientes sentencias, entre otras, sobre este aspecto, así:

1. Sentencia de 13 de febrero de 1941 del Tribunal Supremo: un trabajador fallecido separado de su esposa, y que convivía maritalmente desde hacía catorce años con una mujer de la cual tenía cuatro hijos y a quien se le concedió indemnización por causa de la muerte del compañero.



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

2. Sentencia de 17 de marzo de 1944 del Tribunal Supremo , donde aquél afirmó "...la viuda de un trabajador fallecido, se parada de su marido desde hacía varios años, y cuyo esposo - convivía maritalmente con otra mujer a la que entregaba todo lo que ganaba, es visto que su muerte no ha producido ningún quebranto económico a la esposa separada. Y la razón de las indemnizaciones por accidente es compensar a los familiares que viven al amparo del accidentado de las pérdidas que en el orden económico les produzca su muerte..."

3. Sentencia de 19 de mayo de 1969 en la que el Tribunal Supremo concedió indemnización por muerte en accidente de circu lación a la conviviente del fallecido y sus hijos comunes, a pesar de estar vigente un matrimonio anterior, basándose en el concepto de perjudicados del art. 104 del Código Penal Es pañol, "...No existe el derecho de la viuda del perjudicado a percibir indemnización, por cuanto el matrimonio estaba sepa rado de hecho desde hacía más de veinte años...no aparece el perjuicio material de la viuda recurrente, ni siquiera el mo ral después de más de veinte años de separación... y dieciseis sin relación alguna.

4. Sentencia de 12 de enero de 1976 de la Audiencia Provin cial de Salamanca, en la que se decide: "... el marido recla mante de la indemnización, carece en absoluto de derecho algu no derivado del art. 104 del C.P., pues no solamente no ha su frido perjuicio material, sino que ha salido beneficiado en el aspecto moral, y como el Código Penal no concede consecuen cias indemnizatorias más que para los perjuicios materiales o morales, de ahí que, quien siendo marido de la víctima no se

preocupó para nada de ella durante largos años de su vida, no sería justo ni equitativo, ni lo es, como se ha dicho, legal, que en estos momentos se le concediera un premio a la más absoluta despreocupación y abandono respecto a la que fue su esposa...se concede indemnización al conviviente supérstite de la fallecida, ya que no se oponen causas ni legales ni siquiera jurídicas que lo impidan, pues en estos casos, los Tribunales no premian ni castigan conductas morales, ni son tampoco los llamados a hacerlo, su misión es...determinar los perjuicios materiales y morales y éstos no pueden tener base en relaciones familiares legales, sino que por el contrario lo pueden y deben ser en relaciones de afección, de sentimiento, de cariño, de convivencia, etc, de ahí que el legislador concede incluso indemnizaciones a terceros y el hecho de que ese tercero lleve una vida más o menos correcta social o moralmente es cuestión que a los Tribunales en estos procedimientos les está vedado fondear, pues su misión consiste en ver o no perjuicios materiales y morales en sus familias o en su tercero y, si éstos existen, concederlos con la exclusión más absoluta de las relaciones lícitas o ilícitas que el perjudicado tuviere con la víctima, ya que sostener otro criterio nos llevaría al absurdo de privar de un derecho (indemnización) a quien verdaderamente siente la muerte de un ser querido, ya que este amor y perjuicio puede nacer no sólo de relaciones matrimoniales lícitas, sino también ilícitas..."

Sobra cualquier comentario.

5. Sentencia de 29 de abril de 1980 del Consejo de Estado (en Colombia): "...la concubina, frente a la muerte ilícita -

del concubino y en cuanto haya hijos en el concubinato, tiene un derecho protegido por las leyes orgánicas de la defensa del niño, el cual resulta lesionado y le da derecho a acción contra los responsables de la muerte. Queda establecido que la concubina para efectos de reclamar la indemnización del perjuicio material y moral sufrido tiene una "situación jurídicamente protegida"... Ninguna resolución colombiana se ha pronunciado sobre esa indemnización y casi ninguna sobre los otros aspectos de la unión libre... Los hechos materia del proceso fueron los siguientes: la concubina de la víctima, interpone recurso de apelación contra el fallo de instancia, en representación de sus hijos menores, hijos naturales de la víctima. La obligación de dar hogar a los hijos, implica, por lógica, la de sostener a la madre del hijo, siempre que carezca de medios para subvenir a sus necesidades... El Estado, a través de las normas de protección al menor, protege indirectamente la madre, como tal... Se argumentará por algunos que el daño sería eventual, dado lo precario y lo inestable del concubinato. Pero a ello cabe observar que en muchos casos la vida común de los concubinos data de muchos años y presenta caracteres de estabilidad similares a los del matrimonio y que todo hace presumir que ella debía continuar. Como vemos, es la Jurisprudencia la que llena el vacío legislativo, concediendo derecho a la indemnización al conviviente more uxorio, en caso de muerte de su pareja. Es justo conceder el resarcimiento a la mujer, pero no limitando y condicionando su derecho al caso de existir hijos; la mujer por sí misma se hace acreedora a ese derecho, ya que ocupa, en la práctica, el lugar que corresponde a la esposa, dedicando su vida a cuidar del hogar, de su compañero, y que con la muerte de éste es obvio que sufre

un perjuicio material y moral cierto, al verse privada de la ayuda económica que tal persona le prestaba, además de su compañía.

#### D. DERECHO SUCESORIO.

Como vimos, el Derecho Histórico Español, concedió a la concubina derechos sucesorios.

Por compañero o compañera entendemos la persona que, en el momento de producirse la muerte, venía conviviendo con el fallecido o fallecida, sin mediar previo matrimonio entre ambos, pero con voluntad mutua de mantener por tiempo indeterminado, esto es, con vocación de estabilidad y permanencia, una comunidad total de vida (15).

##### 1. En el Derecho Civil:

En la Compilación Catalana, al igual que en los demás Ordenamientos Jurídico-Civiles coexistentes en el territorio Español, el compañero o compañera carecen de derechos sucesorios abintestato. (16). En la actualidad, y en el plano del Derecho constituido, resulta evidente en el Ordenamiento Español, que la relación no matrimonial no es causa suficiente, fuere cual fuere su duración, para determinar un llamamiento abintestato (17). Lo mismo se predica del Derecho Colombiano puesto que no regula las tales uniones.

Como la Jurisprudencia y, algunas veces, la Ley, como veremos, conceden derechos a los compañeros y, no siendo la convivencia more uxorio prohibida por la ley, no existe óbice para una reforma en el sentido de otorgarles derechos sucesorios a quienes conforman una familia tan respetable y digna de tutela como la matrimonial.

Opina la doctrina (18), que es indiferente que en la unión extramatrimonial, uno de sus miembros o ambos esté casado con un tercero, pues ese dato, no puede tener influencia alguna a la hora de considerar o no como familia la relación de convivencia que tales uniones suponen. Por esto no compartimos la opinión de Vidal M. (19) quien considera antijurídica la relación adulterina, ya que actualmente ninguna norma tipifica esta conducta; es más, si el mismo Derecho ignora la convivencia more uxorio, mal podría decirse que es antijurídica, puesto que no vulnera norma alguna. Pantaleón P. (20) con razón, excluye la ilicitud de tales relaciones, por un lado, por la despenalización de los delitos de adulterio y amancebamiento, por otro, porque el adulterio cometido por el cónyuge del testador no es causa de indignidad para suceder, sino mera causa de desheredación.

Ahora bien, se distinguen los derechos sucesorios de los legitimarios, de los derechos sucesorios abintestato. Se afirma que no existen razones sólidas que justifiquen conceder al compañero o compañera los derechos legitimarios del cónyuge viudo... En cuanto a la sucesión abintestato, pueden concederse idénticos derechos al compañero o compañera, porque el derecho sucesorio abintestato no tiene su fundamento en el ma -

trimonio (como el derecho legitimario), sino en la existencia de una comunidad de vida. Dato este que el legislador ha valorado como prueba de afecto suficiente (21).

En el Derecho Colombiano, como en el Español, hoy por hoy, el conviviente *more uxorio* no es llamado a suceder al causante; en cuanto a la pensión alimentaria, el causante puede legar ésta a su compañero conforme al art. 1192 del C.C. Colombiano. Mientras no se reforme el Ordenamiento Jurídico, no podrá hablarse de derechos sucesorios del conviviente. La jurisprudencia que reconoce derechos sucesorios a la compañera del hombre casado (y separado) fallecido, no puede aplicarse a todos los casos, puesto que cada uno es diferente; pero es un paso hacia la reforma porque reconoce no sólo que existen estas convivencias, sino que no son ilícitas.

## 2. En el Derecho Social:

Por el contrario, esta rama del Derecho, es, por así decirlo, la única para la que existe la unión extramatrimonial.

a. En España: desde hace relativamente poco tiempo, la Jurisprudencia reconoce derechos de viudedad a la compañera. Anteriormente fueron muchas las sentencias que le negaron tales derechos, así: sentencia de la Sala Sexta del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1958 y 11 de abril de 1975, y, las del Tribunal Central de Trabajo de 24 de mayo y 16 de diciembre de 1977; 31 de mayo de 1978; 11 y 25 de mayo y 1 de diciembre de 1979; 26 de enero, 29 de marzo y 3 de noviembre -

de 1980, etc. Varias cosas resaltan en esta jurisprudencia(22) a)es bastante numerosa, la que nos indica que la convivencia no matrimonial no es un fenómeno social irrelevante; b)en la mayor parte de los casos se trata de situaciones de convivencia bastante prolongadas en el tiempo; c)se revocan sentencias estimatorias de los Juzgados de Trabajo, lo que demuestra al menos el inicio de un cambio de las posiciones de la judicatura respecto a esta problemática; d)ninguna de las sentencias citadas utiliza como argumento para la desestimación de la pretensión el calificar de ilícita o inmoral la relación entre el trabajador fallecido y la reclamante que con él convivía.

Los arts 160/1 de la Ley General de Seguridad Social y 7/1 de la Orden de 13 de febrero de 1967 otorgaban, con carácter vitalicio, la pensión de viudedad a la mujer que hubiese convivido habitualmente con su cónyuge causante o que, en caso de separación judicial, hubiera sido declarado cónyuge inocente. Este último inciso fue modificado con la Disposición Adicional Décima de la Ley 30 de 7 de julio de 1981 que preceptúa: "Con carácter provisional en tanto no se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas: ... 2ª Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios de la Seguridad Social y a la pensión correspondiente (derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento)".

La disposición se refiere a las parejas en la que uno de sus miembros, o ambos, estuviese casado con un tercero y no hubiese podido divorciarse por impedírselo la legislación anterior; o sea esta disposición deja por fuera las parejas que conviven more uxorio, cuyos miembros son solteros. Pero, aún con la modificación introducida por esta Disposición, subsistía el problema de que el art. 160 de la Ley General de Seguridad Social sólo concedía la pensión de viudedad al viudo cuando, además de los requisitos generales que se contemplaban para la viuda, aquél se encontrara incapacitado para el trabajo y a su cargo al tiempo de fallecer su esposa.

Al constituir dichas exigencias una discriminación por razón del sexo, fue denunciada su inconstitucionalidad y el Tribunal Constitucional así lo declaró en sentencias del 22 y 23 de noviembre de 1983, considerando que dicho precepto es contrario a los arts 14 y 41 de la Constitución Española. En adelante, pues, hay que entender que lo preceptuado para la viuda o compañera es igualmente aplicable al viudo o compañero (23).

De todas formas el art. 160 de la LGSS se refiere a cónyuge y se pregunta si se excluye a los convivientes more uxorio, ya que la Jurisprudencia afirma que los vocablos viuda y cónyuge se interpretan en su sentido gramatical; la doctrina (24) responde que la existencia o no de vínculo matrimonial no es razón suficiente para justificar la desigualdad de trato, según el art 14 de la Constitución Española, y, porque aceptado que las uniones libres entran en el ámbito de aplicación del art. 39/1 C.E., sobre protección a la familia, parece obvio que las prestaciones de la Seguridad Social constituyen el mínimo in-

negable de protección social, económica y jurídica de la familia que los poderes públicos deben garantizar.

De modo que, y como explica la doctrina (25), el problema interpretativo no consiste tanto en establecer el significado de los términos del texto legal, sino en valorar los efectos que se derivan de la no mención de las uniones de hecho y es aquí donde tendrían aplicación las reglas del art 3/1 del Código Civil Español sobre la adecuación de la interpretación a la realidad social...especialmente en materia de seguridad social se conecta a la protección de situaciones de necesidad con independencia de la formalización ante el Derecho Civil de las relaciones que han dado origen a aquéllas.

Son muchas las peticiones que por pensiones elevan ante la jurisdicción las mujeres que convivieron more uxorio con el trabajador fallecido que han sido desestimadas al no tener reconocidas las protecciones que la ley dispensa a la viuda (26).

La protección que la Disposición Adicional Décima otorga a las uniones extramatrimoniales es objeto de una doble limitación:

a) Sólo quedan protegidas aquellas uniones de hecho que se hubiesen producido como consecuencia de la imposibilidad de contraer matrimonio derivada de la legislación vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30 de 1981, lo que impide que puedan acceder a los beneficios otorgados por la norma, las personas que optaron libremente por esta forma de convivencia.

b) La imposibilidad del contraer matrimonio no se refiere a - cualquier tipo de impedimentos, sino sólo a aquellos que no - subsistan tras la entrada en vigor de la Ley 30 de 1981. Aquí no se contiene un reconocimiento de las uniones de hecho a - efectos de la Seguridad Social. Es norma excepcional (27).

Según la doctrina (28) los requisitos que exige la Disposición citada son: a) que la pareja no hubiera podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 30 de 1981, parece lógico pensar que la disposición se refiere a impedimentos dirimentes no dispensables, pues en el resto de los supuestos se podía contraer matrimonio, con sanción o dispensa; b) es razonable suponer que será necesario que la pareja hubiera podido contraer matrimonio bajo la nueva legislación; si la prohibición subsiste bajo la reforma, el superviviente no tendría derecho a la pensión; c) que existiera verdadera convivencia de carácter conyugal; d) que el fallecimiento del causante suceda con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30 de 1981.

La Resolución de 29 de diciembre de 1984 establece que excepcionalmente, y previo acuerdo en cada caso del Instituto Nacional de la Seguridad Social, podrá tener derecho a la asistencia sanitaria quien, sin ser cónyuge, acredite en el momento de solicitar una prestación, un año como mínimo de convivencia ininterrumpida con el titular del derecho. Incluyendo también a los hijos de esta persona que convivan y estén a su cargo, como acogidos de hecho. La convivencia se acredita con un certificado de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento o cualquier medio de prueba que se estime suficiente. (29)

De todas maneras, la única protección que la Ley Española brinda a los convivientes, es la de la Resolución de 29 de diciembre de 1984, porque la Disposición Adicional Décima supedita las prestaciones al hecho de contraer matrimonio, en modo alguno se refiere a la unión libre; es más, con esta disposición se desconocen tácitamente (así lo creemos), los derechos de los convivientes supervivientes a las pensiones correspondientes. Confirmamos lo anterior leyendo el numeral 5 de la citada Disposición que dice: "Los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del art. 101 del C.C."; por su parte, el art. 101 del C.C. Español preceptúa: "El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona..."; esta pensión es la establecida a favor del cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio, art. 97C.C.E. Se pierde la pensión al vivir extraconyugalmente porque se parte de la base de ayuda mutua que existe entre los compañeros; cuando la unión marital termine y cese la asistencia recíproca entre convivientes se entiende que renace el derecho a percibir la pensión (de separación o divorcio) suspendida (30).

Analizando la razón de esta disposición, se estima que el acreedor de la pensión ya no está necesitado de ayudas económicas exteriores, evitándose el fraude de acumular las ventajas de uniones sucesivas de hecho y de Derecho (31).

La Jurisprudencia en la sentencia de 11 de abril de 1975 del Tribunal Supremo, deniega el derecho a la pensión de viudedad a la mujer que desde 1954 había hecho vida marital con el causante, por entender que a esta mujer no puede atribuírsele el estado civil de viuda.

La sentencia de la Magistratura de Trabajo número 15 de las - de Barcelona, de 25 de mayo de 1981, concedió pensión por viu - dez a la mujer que hizo vida marital con el fallecido, con - quien tuvo hijos, el cual era casado y se ignoraba el paradero de su esposa. La sentencia interpretó el art. 160 de la LGSS con el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución - que prohíbe toda discriminación y la amplitud de la noción de familia del art. 39 de la Carta Fundamental.

La sentencia de 16 de septiembre de 1985 del Tribunal Central de Trabajo reconoce derecho a la pensión a la conviviente mo - re uxorio basándose en la Disposición Adicional Décima de la Ley 30 de 1981: una mujer separada de su legítimo esposo por Resolución del Tribunal Eclesiástico de 1968 y más tarde di - vorciada por sentencia civil de 11 de agosto de 1981, que con - vivió con el trabajador fallecido a partir de 1954, institu - yéndose recíprocamente herederos, teniendo ambos la intención de contraer matrimonio, que no se llevó a cabo por muerte del trabajador.

La sentencia de 13 de junio de 1986: trata de una separación de hecho durante más de cuarenta años; la esposa pierde los - derechos de viudedad, su petición es contraria a la buena fe. Afirma el Tribunal Supremo que "...debe reconocerse para este

caso y sin generalizar, que la pretensión de la viuda es - contraria a la buena fe, porque rota con su consentimiento la convivencia conyugal en 1934, con acuerdo amistoso de alimentos y entrega, en 1938, del hijo único al marido, sin haber intentado acción efectiva que manifestara su disconformidad, reclama sus derechos legales después de más de cuarenta años de mantenimiento de la situación, para obtener unos bienes a cuya adquisición no contribuyó en absoluto, y tal conducta, contraria a la buena fe, conforma uno de los requisitos del abuso del Derecho, complementado por una falta de equidad que se aprecia en la posible desposesión a la conviviente con el marido desde 1938 a 1981 e incluso al hijo del matrimonio, causando con ello el natural perjuicio a estos terceros, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos..."

La Legislación Laboral Española requiere un cambio, adecuándose a los principios constitucionales de 1978, arts 14 y 39, e instituyendo el derecho a las prestaciones sociales a la compañera permanente del trabajador, acatando la Recomendación - número 67 de la OIT, relativa a la seguridad de los medios - de vida, según la cual las prestaciones por muerte deberían - pagarse, no sólo a la viuda, sino también, en las condiciones determinadas por la legislación nacional, a la mujer que no - estando casada haya cohabitado con el fallecido.

Pero no sólo la mujer debería tener tales derechos, sino el - hombre también; no debe discriminarse por razón del sexo.

b. En Colombia: la primera Ley Laboral que contempla los derechos de la conviviente more uxorio, es la 90 de 1946, or-

gánica de la Seguridad Social en Colombia, en su art. 55 estableció que en caso de fallecimiento del asegurado por accidente o enfermedad profesional, la viuda puede reclamar la pensión "y a falta de viuda es tenida como tal la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, siempre que ambos hubieren permanecido solteros durante el concubinato; si en varias mujeres concurren tales circunstancias, sólo tendrán un derecho proporcional las que tuvieren hijos del difunto"

El decreto 1848 de 1948, art 42 afirma que la entidad de previsión social a la que esté afiliado el empleado oficial, suministrará también asistencia médica por la maternidad a la esposa o compañera permanente del afiliado,...

El decreto 2623 de 1950, art. 20, sobre seguro obligatorio de riesgos profesionales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, estableció que a falta de viuda tiene los mismos derechos la mujer que haya sido inscrita como compañera en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, siempre que haya hecho vida marital con el asegurado durante los tres años anteriores a su muerte o con la que el causante haya tenido hijos reconocidos.

El legislador colombiano, en todo caso prefiere, a la mujer que tenga hijos del difunto, o sea, al final, el derecho de protección a los hijos es el que determina la protección de la madre, así nos lo confirma el art 4º de la Ley 7ª de 1979 sobre protección de la niñez: "Todos los niños desde la con -

cepción en matrimonio, o fuera de él, tienen derechos a los cuidados y asistencias especiales del Estado. El Gobierno procurará la eliminación de toda forma de discriminación en el régimen jurídico de la familia y de toda distinción inferiorizante entre los hijos".

La Ley 12 de 1975 en su art 1º dice: "El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación..."

El art 2 de esta misma Ley prescribe: "Este derecho lo pierde el cónyuge sobreviviente cuando por su culpa no viviere unido al otro en el momento de su fallecimiento, o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital, y los hijos por llegar a la mayoría de edad o cesar la incapacidad".

La Jurisprudencia Colombiana hace algunas matizaciones al respecto: al decir cónyuge supérstite o compañera permanente no hay duda que se utiliza una conjunción disyuntiva, la una o la otra, o si se prefiere, a falta de la primera, la segunda, o sea para la Legislación Laboral Colombiana, la cónyuge legítima o la compañera permanente están en un mismo pie de igualdad hasta el punto de que no concurren, se excluyen. De la misma manera, cuando existiendo cónyuge supérstite, ésta pierde el derecho a la sustitución al haber dado lugar, con su culpa, a la terminación de la cohabitación, a la convivencia bajo el mismo techo, o haya contraído nuevas nupcias o simple -

mente haga vida marital con hombre distinto a su marido, será sustituida por la compañera permanente...Y si la ley reconoce a la concubina el derecho a la pensión del concubino fallecido, es porque le reconoce el derecho a los gastos de la subsistencia congrua...(sentencia de 29 de abril de 1980 del Consejo de Estado.)

A lo anterior sólo nos resta agregar, que las dichas prestaciones sociales deben predicarse también del hombre que convive more uxorio.

#### E. RUPTURA DE LA FAMILIA DE HECHO.

Por motivos metodológicos se incluye el apartado de la ruptura en este capítulo, a efectos de estudiar los posibles derechos personales que ella origine entre los compañeros.

1. Por muerte de uno de los convivientes: en este caso, como ya hemos visto, la Jurisprudencia, algunas veces, concede indemnización por los perjuicios que esta muerte cause al otro, ya que el compañero sobreviviente sufre un perjuicio real y cierto por la desaparición de la persona de la cual dependía económicamente. Creemos que, con base en principios de equidad y justicia, debe resarcirse al sobreviviente (hombre o mujer), y, aún con mayor razón (pero no de dependencia) si de tal unión han quedado hijos menores. Es también, basándose en estos principios, como el Ordenamiento Jurídico Español requiere una reforma en la Legislación Laboral, en el sentido de con

ceder derecho a las prestaciones sociales correspondientes, al compañero sobreviviente, cuando se produce la muerte del otro. Lo mismo puede predicarse en lo referente a la Ley de Arrendamientos Urbanos, en el sentido de subrogarse en el contrato la conviviente, porque y, como ya anotamos, la Jurisprudencia no considera su unión como escandalosa, o incorrecta. Estas reformas deben producirse con base en el nuevo art 39 de la Constitución Española que protege, también, a la familia de hecho. El Derecho Sucesorio debe adecuarse, de igual manera, concediendo derechos al compañero superviviente, en ambos Ordenamientos Jurídicos (Español y Colombiano). En todo caso, ha de mirarse la estabilidad y duración de la unión extramatrimonial, y, siempre y cuando no se perjudiquen los derechos de los legítimos, si los hay.

Conforme al art. 427 del C.C.Colombiano, puede legarse la pensión de alimentos al conviviente sobreviviente, pero cabe hacer una matización: este legado se deja si la unión con el fallecido hubiere sido estable y duradera, por el contrario, si el causante convivió simultáneamente con su esposa legítima y otra mujer, no tendría aplicación el 427 por existir abuso del Derecho y primarían, en todo caso, los derechos de la esposa.

2. Por mutuo acuerdo de las partes o decisión unilateral de uno sólo de ellos: los convivientes pueden pactar la terminación de su unión libre; algunas veces se suscriben contratos a tal efecto, que han sido considerados, tradicionalmente, nulos por ilicitud de causa, según la Jurisprudencia. La doctrina(32) estima que podría pactarse por los convivientes una pensión -

compensatoria...El que se compromete a pagarla "no compra su libertad", porque ya la tiene.

La Jurisprudencia Española, refiriéndose a los contratos suscritos por los compañeros afirma, en la sentencia de 17 de octubre de 1932, la ilicitud de causa que originaban unas cartas suscritas por el hombre, en las que se comprometía a pagar una pensión mensual al terminar dicha unión. La sentencia más significativa a este respecto es la de 2 de abril de 1941 (cuyo estudio pertenece a otro capítulo), que declara ilícita la promesa de pagar una pensión para poner fin a la relación amorosa.

Cuando la decisión de terminar la relación es unilateral, es cuando empiezan los verdaderos problemas, porque, en principio, no existe indemnización alguna por dicha ruptura: si los convivientes escogieron y se acogieron a este sistema de vida familiar, han de enfrentar sus consecuencias; de antemano saben que entre ellos no existe ningún vínculo jurídico y que nada pueden exigirse coercitivamente. Pero se ha admitido la indemnización cuando existan otras circunstancias, tales como cuando la ruptura sea intempestiva, que la mujer esté embarazada o no tenga recursos económicos, o que la unión se haya iniciado por seducción, abuso de autoridad, promesa de matrimonio; casos en los cuales se presenta un perjuicio.

La doctrina (33), afirma de que para atenuar el principio de que la ruptura de la unión libre no da lugar a indemnización, la Jurisprudencia ha establecido excepciones: a) abandono injustificado que da lugar a indemnización por daños y perjuicios

cios, cuando vaya acompañado de otras circunstancias como falta de recursos del compañero abandonado; b) formación de la unión a través de la seducción o comisión de faltas en el momento de la ruptura, por parte de alguno de los compañeros, se puede exigir no sólo la responsabilidad civil por ello, sino también la responsabilidad penal. La Jurisprudencia está de acuerdo con el hecho de que la seducción siempre da lugar a indemnización; la seducción dolosa con promesa de matrimonio debe hacerse para conseguir las relaciones sexuales y no cumplir con el matrimonio; c) presunción de que entre los convivientes se entienda constituida una obligación natural o civil, que puede estar o no plasmada en un contrato y de la que puede nacer un derecho o reparación de los daños causados. La Jurisprudencia Española dice que se resarce invocando la obligación natural, no la responsabilidad extracontractual. En las sentencias de 9 de mayo de 1914 y 17 de octubre de 1932, las obligaciones naturales nacidas por los cargos de conciencia a las que se obligan libremente los deudores, dan origen a una obligación civil por cuanto ellas fueron consignadas en documentos (contratos privados, cartas), y por lo tanto, podía exigirse su cumplimiento por las vías legales.

En Colombia, también hay lugar a indemnización de perjuicios cuando el concubinato tiene origen en un delito (seducción, violencia carnal) o en el rapto, y cuando el abandono, siendo injustificado, produjo un perjuicio actual y cierto (34).

De todas formas, y en cada caso concreto, la jurisprudencia debe estudiar la situación económico-social en que queda el conviviente abandonado, por ejemplo: la mujer que queda con los

hijos de la unión y sin recursos económicos. Sería muy difícil clasificar los casos en los que hay o no lugar a indemnización por ruptura; siendo cada uno diferente, debe estudiarse, igualmente, cada caso para fijar la indemnización que más se acomode a las particulares circunstancias de los convivientes.

Estrada A. (35), opina que la obligación natural sirve de fundamento a la indemnización en la ruptura de la unión libre: la confianza de uno de los convivientes (por lo general la mujer) en la duración y estabilidad del concubinato, genera la obligación natural por parte del otro a su sustento y a repararle los posibles perjuicios que la ruptura le ocasiona. En estos casos el concubino se comporta no como donante, sino como deudor de la obligación natural, así las sentencias de 9 de mayo de 1914 y 17 de octubre de 1932, reconocen la novación de la obligación natural, en civil, al suscribir un documento en el cual se obligan a dicho pago.

Sentencia de 9 de mayo de 1914 del Tribunal Supremo: el padre y la hermana de un hombre fallecido, suscribieron al día siguiente de la muerte de éste, un documento privado en el que declaraban que, satisfaciendo a estímulos de conciencia, que les obligaba más que a cuantos vínculos creara el Derecho, se comprometían por partes iguales, aunque se perjudicaran con ello los derechos legitimarios, a constituir una pensión, o a dársela, de dos pesetas diarias, a favor de la novia (conviviente) que fue de su difunto hijo y hermano y con cargo a la herencia de él, por su vida, siempre que permaneciese soltera, o acumulara a favor del ser vivo de que estaba embarazada. En caso de casarse ésta, la pensión y capital acumulado pasaría

al hijo. Los obligados comenzaron a disponer de los bienes - del fallecido, sin constituir la pensión a que libremente se obligaron.

La mujer conviviente demandó se declarara a su hijo como hijo del fallecido, y, la constitución de la pensión a su favor, la que percibiría mientras estuviese soltera y que pasaría con el cuerpo de bienes que la produjera a su hijo cuando llegase a la mayor edad. El demandado contestó que desconocía la relación amorosa entre el difunto y la demandante.

La actora afirmó que el fallecido había otorgado testamento verbal antes de morir, ante testigos, en el que encargaba se constituyera una pensión vitalicia a favor de su novia y del hijo que ésta tuviera, o, aunque éste último falleciera.

El Juez de primera instancia denegó la filiación natural del hijo de la actora y declaró válido el documento privado. La demandante apeló y los demandados justificaron ante la Audiencia, el matrimonio de la actora. La Sala absolvió a los demandados y reservó al hijo de la mujer su derecho a la pensión para que lo ejercite en el tiempo y forma que lo estime conveniente.

La demandante interpuso recurso de casación que el Tribunal Supremo estimó y afirmó "...las obligaciones deben cumplirse en el modo, tiempo y forma que se contrajeron, y que en el caso de autos no existen razones de ningún género que excluyan del derecho a percibir la pensión a la demandante..., nada obstaba para que la actora percibiera la pensión desde cuando

nació la obligación hasta la fecha del casamiento..."(36).

Sentencia de 17 de octubre de 1932 del T.S.: un hombre casado, de profesión médico y con hijos matrimoniales, conoció y sedujo a una mujer de dieciseis años, huérfana de padre, y empleada en una casa industrial. Se iniciaron entre ellos relaciones amorosas. De la unión nacieron tres hijos que fueron atendidos y alimentados bajo la protección del demandado. La mujer seducida abandonó su antiguo empleo, con el destino de cuyos productos subvenía las necesidades del hogar, dedicándose por completo a su nueva familia. El hombre abandonó a la demandante y no teniendo ésta que comer, escribió en distintas ocasiones al demandado solicitando medios para atender a su subsistencia y a la de sus hijos. El demandado contestó a la mujer comunicándole que le señalaba una pensión mensual de cincuenta o sesenta duros, que fue aceptada por la actora y que percibió durante cinco o seis meses. El hombre dejó de pagar la pensión y la mujer lo demandó. El Juez de primera instancia y la Audiencia desestimaron la demanda absolviendo al hombre.

La mujer interpuso recurso de casación que el Tribunal Supremo estimó y estableció lo siguiente: " examinados los términos - de las cartas dirigidas por el demandado a la mujer que fue - su concubina, constituyen una declaración de voluntad, que - asume el compromiso de pagar cierta cantidad mensual durante la vida del oferente, solicitada y aceptada por la persona a quien se dirigió la promesa formal, por lo que se estableció - un vínculo obligatorio caracterizado por la concurrencia de - objeto cierto, causa determinante y consentimiento libre...

Que los amores ilícitos iniciados y mantenidos entre un hombre culto, con pleno sentido de sus responsabilidades conyugales y una joven huérfana de dieciseis años, que ejercía un modesto empleo, abandonado luego para ceder al capricho de la seducción, al desplazar a la mujer del ámbito de una vida honesta para situarla en el rango de concubina, cuya situación se agravó con la maternidad, es indudable que originó, aparte de la pérdida de estimación social, ciertos deberes morales imputables al varón quien en este caso no pudo menos de reconocerlos y traducirlos en auxilios materiales de índole económica, que por el mero hecho de su prestación durante el transcurso de las relaciones íntimas, se convirtieron en obligaciones naturales, y después de romperse aquéllas, por la promesa formal de la pensión ofrecida, vinieron a transformarse en una obligación civil, que el deudor ha de pagar no donandi sino solvendi animo, porque el promitente quiere cubrir un deber de conciencia, y no simplemente para gratificar, ni por un movimiento de liberalidad... Que la promesa causal de pensión no se hizo en contemplación a un pacto concubinario, sino para cubrir atenciones compensatorias al significarse el abandono y ruptura de las relaciones espúreas, por la cual la causa de la obligación no incurre en la sanción del art 1275 del C. Civil..." (37).

En la primera sentencia lo que hace el Tribunal Supremo es dar validez a un contrato suscrito por las partes para indemnizar los posibles daños que la convivencia causó a la mujer. En la segunda, se reconoce el derecho basándose en cartas que el hombre envió a la mujer. Parece que el Tribunal Supremo accede a conceder este derecho en los casos en los que existe es-

crito en el cual una de las partes se obliga a pagar la pensión.

Diferente es el caso de la sentencia de 9 de abril de 1979 en la cual el Tribunal Supremo desestima la reclamación de cantidad que solicita la mujer para el resarcimiento de los daños morales originados por su seducción. Afirma el Supremo: "El único tema debatido en la instancia, que igualmente con carácter exclusivo, es el que se plantea en casación, es el que se refiere a la reclamación indemnizatoria entablada por la hoy recurrente con apoyo en el art 1902 del Código Civil, por pretendidos daños morales, causados por quien ahora figura como recurrido, a consecuencia de las relaciones sexuales que éste había tenido con aquélla, cuestión que, jurídicamente y a los efectos de la aplicabilidad del indicado precepto, se reduce a averiguar si la actuación del varón deba reputarse culposa o negligente que obligue a la reparación del daño...siendo de observar al respecto que la sentencia recurrida declara descartada la violencia, así como el engaño o sugestión, lo que no se contradice con el hecho de que el mencionado varón estuviese casado con otra mujer, pues su conocimiento por quien ahora recurre no impidió la continuidad de las relaciones... lo que en realidad hace es tratar de presentar otros hechos distintos diciendo que hubo voluntariedad (que es cierto que la hubo, pero de ambas partes), engaño y perjuicio, hablando de actitudes y de actos que la prueba no acreditó..." (38). En esta sentencia se invoca el conocimiento que la mujer tenía de la condición de casado del conviviente, y en el riesgo voluntario que la mujer ha de soportar cuando ha ejercido su libertad, para excluir la seducción y para rechazar el ejerci

cio de la acción de responsabilidad del art 1902 del C.C. El Tribunal Supremo ha debido tener presente la existencia o no de un perjuicio (39).

A juicio del Tribunal Supremo, si la mujer que conoce del estado de casado del hombre prosigue su unión con él, pierde los posibles beneficios que la seducción pueda concederle y es considerada como mujer, que libremente ha consentido, sin engaño ninguno, a unirse, a su riesgo, con el hombre (40).

Son acertadas las observaciones de la doctrina; agregamos que el Tribunal supone que si el hombre, de suyo, no ha reconocido una obligación moral para resarcir perjuicios (porque en este caso no existió ningún escrito), es porque no existe el deber de indemnizar. Nada más errado.

Finalmente, el Derecho Colombiano, niega toda indemnización por ruptura de la promesa de matrimonio, art 110 C.C.: "No se podrá alegar esta promesa ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios".

## NOTAS DEL CAPITULO II

- (1) Gitrama G., Manuel. Notas sobre la Problemática Jurídica de la Pareja no Casada. Separata del Libro Homenaje al - Profesor J. Beltrán de Heredia. Salamanca 1984. pág 225, - cita a De Page.
- (2) Gazzoni, Francesco. Dal Concubinato alla Famiglia di Fatto Università di Macerata. Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza. Seconda serie. Milano 1983. págs 18 y 19 cita a Bilé y Prosperí.
- (3) Id, cita a Trabucchi y Nicolò, pág 20.
- (4) Gitrama G, op. cit, pág 224.
- (5) Vidal M., Jaime. La Relación no Matrimonial en el Derecho Español. Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia. Cáceres. España. Octubre de 1987. Tapia Nº 36, pág 22, cita a De la Cámara.
- (6) Id. pág 22.
- (7) Id, pág 23 citando a Lacruz.
- (8) Merino G., Arturo. Las Uniones Libres y su Perspectiva Actual. La Ley Nº 1916. Marzo de 1988. Madrid, pág 3.
- (9) Estrada A., Eduardo. Las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil Español. Ed. Civitas S.A. Madrid 1986. Primera ed, págs 351 y 352.
- (10) Vidal, op. cit, pág 23.
- (11) Monroy C., Gerardo. El Concubinato o Unión Libre. Revista de la Universidad Externado de Colombia. Nº 3. Noviembre - de 1977. Bogotá, pág 246.
- (12) Fernández C., Javier. La Familia no Matrimonial y la Indemnización por Causa de Muerte. Congreso Hispanoamericano de Derecho De Familia. Cáceres. España. Octubre de 1987. Tapia Nº 36, pág 5.
- (13) Id, pág 6, cita a González P.
- (14) Id, págs 7 y 8, cita a Pantaleón, y Fosar B.
- (15) Pantaleón P., A.F. ¿Derechos Sucesorios Abintestato del - Compañero o Compañera en la Compilación de Derecho Civil - de Cataluña? Terceras Jornadas de Derecho Catalán en Tossa de Mar. Septiembre 1984, pág 151.
- (16) Idem, pág 152.
- (17) Vidal M., op. cit, pág 27.
- (18) Pantaleón P., op. cit, pág 158.
- (19) Vidal M., op. cit pág 27.
- (20) Pantaleón P. op. cit pág 158.
- (21) Id. pág 172.
- (22) Id. pág 167.
- (23) Valladares R., Etelvina. El Derecho a la Pensión de Viude-

- dad del Compañero no Matrimonial. La Ley 1986-1. Madrid . 1986, pág 559.
- (24) Idem, pág 560; cita a Pantaleón P.
- (25) Desdentado B., A. y Tejerina A., J. Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia. Comentario a la Disposición Adicional Décima. Vol. II. Editorial Tecnos S.A. Madrid . 1984., págs 2092 ss.
- (26) García A., J. Las Situaciones Familiares Anómalas y el Derecho de la Seguridad Social. R.P.S. 136. Octubre-diciembre 1982. Madrid, pág 17.
- (27) Desdentado y Tejerina, op. cit, pág 2092 ss.
- (28) Valladares, op. cit, pág 562.
- (29) Vidal, op. cit, págs 29 y 35.
- (30) Estrada, op. cit, pág 306.
- (31) Vidal, op. cit, pág 28, cita a Gitrama.
- (32) Lacruz B., José L. y Sancho R., Francisco. Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia. Librería Bosch. Barcelona. 1982, pág 592.
- (33) Estrada, op. cit, págs 231 ss.
- (34) Lafont P., Pedro. La Familia Natural. Revista Jurídica Universidad Nacional de Colombia. Nº 37-38. 1970, pág 99.
- (35) Estrada, op. cit, pág 250 ss.
- (36) Boletín Jurídico-Administrativo, Anuario de Legislación y Jurisprudencia. Apéndice de 1914. Madrid. 1914, pág 642.
- (37) Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia. Años 1932-1933. T. II. Vol. I. Ed. Aranzadi. Pamplona, pág 522.
- (38) Estrada, op. cit, págs 242 y 243.
- (39) Estrada, pág, 257.
- (40) Idem, pág 257, cita a Fosar B.

## CAPITULO III

## LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

A pesar de la indiferencia del legislador hacia la unión libre, en lo que hace a la filiación extramatrimonial, no pudo menos que regularla. Es la única de las consecuencias jurídicas de la familia de hecho que la ley recoge; pero no precisamente para favorecer los hijos habidos de tales uniones, en principio ilícitas; por el contrario, la ley castigó a los hijos por la falta que cometieron sus padres. Es importante repasar un poco la Historia.

## A. EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL.

El Derecho Hispano-visigodo no autorizó el concubinato, ni consideró para nada la filiación ilegítima. La condición de los hijos habidos fuera del matrimonio fue relativamente favorable, tanto que en muchos casos eran objeto de adopción (1).

En la Ley 1ª, título IV, Libro III del Fuero Real, se distingue entre los hijos de barragana y los hijos de matrimonio de bendición, prevaleciendo en todo caso, los últimos.

La exigencia de ser solteros los que vivían en estado de barragana, y de exigir a la mujer fidelidad, hacían presumir que el hijo de ésta era también hijo del hombre con el que ella

convivía. Según la doctrina (2), las relaciones sexuales de los padres estaban protegidas por el Derecho, así, el Fuero de Cuenca 233, Fuero de Zamora 38, Fuero de Ledesma 136, Fuero de Salamanca 209, Libro de Los Fueros de Castilla 169, 175, y, Fuero Viejo de Castilla 5,6,1. En ocasiones, se pide que el padre reconozca como natural a su hijo, así, en los Fueros de Daroca, de Sepúlveda y de Zamora.

Se consideraba hijo natural, también, al nacido de padres solteros, aunque la unión hubiera sido ocasional, como en los Fueros de Alcalá de Henares 277, Brihuega 311, Fuentes de la Alcarria 182, Molina de Aragón cap. II, Soria 318, 456, los Aragoneses de Alfambra 72, Jaca A162, los Fueros de Aragón 234, 239 y los de Estella 38 y Viguera y Val de Funes en Navarra. Si los progenitores eran identificados, los hijos eran naturales, en los demás casos eran ilegítimos.

Si el hijo nace de mujer que tiene la calidad de sierva, aquel sigue la condición de la madre; los Fueros de Brihuega 216, y, Fuentes de la Alcarria 115, reconocen al dueño de la sierva la propiedad sobre la criatura. Al igual que el Fuero de Cuenca 273, el cual disponía que el padre podía redimir de su estado de siervo al hijo, quien pasaba a ser natural (3).

Las Partidas llamaban hijo natural al nacido fuera de matrimonio, cuyos padres eran solteros. El hijo concebido por la bagrana siempre tenía la calidad de natural.

Las Partidas clasificaban en diversas clases a los hijos habidos fuera de matrimonio (Partida 4ª, título XV, Ley 1ª), así:

a) los naturales eran los hijos de concubina o barragana; b) los fo<sup>r</sup>ne<sup>c</sup>inos o fo<sup>r</sup>ne<sup>c</sup>ios eran los hijos que nacían de adulterio, o con parienta (incestuosos) o con religiosa (sacrílegos); c) los mánceres eran los hijos de prostituta. Máncer quiere decir mancillado, manchado, bastardo, porque fue malamente engendrado y nace de vil hogar; d) los espúreos son los hijos de barraganas, pero no del hombre que las tiene por amigas, sino de otros hombres. El padre es incierto por pluralidad de ayuntamientos; e) los notos o nothos son los que nacen de adulterio, y son llamados notos, porque semejan, que son hijos conocidos del marido que tiene la mujer en su casa, y no lo son.

La Ley 11 de Toro tenía por naturales a los hijos que al tiempo de su concepción o nacimiento, sus padres podían casarse entre sí, justamente, sin dispensa. El reconocimiento del hijo suponía una decisión del padre, por medio de la cual se otorgaba al hijo la calidad de natural.

El reconocimiento de los hijos naturales no planteaba problema respecto de la madre, porque se tenía certidumbre sobre quien era aquélla por el hecho del nacimiento. En cuanto al padre, podía reconocer al hijo espontáneamente; de forma tácita, cuando el padre trata al hijo como tal, o sea que por actos positivos lo reconoce como suyo; y, expresa, cuando se cumple alguna formalidad, por precaria que ella sea, por ejemplo, el padre manifiesta ante el pueblo que el hijo es suyo. Si el padre no reconoce al hijo, se recurre a pruebas que tenga la madre (4), así, testimonios de personas ante las cuales hubiese reconocido su paternidad, Fueros de Viguera y Val de Fu



nes 299, Fuero General de Navarra 4,4,1, Fuero de Jaca A21, - Fuero de Aragón 234 y Vidal Mayor 6,17. El Fuero de Soria 332, trata del hijo natural que se presente a reclamar parte de la herencia y se encuentra con la oposición de los parientes que niegan su calidad de descendiente del difunto, caso en el - cual se admite la prueba testimonial de los parientes y madrinas que bautizaron al hijo, y si han fallecido, sirve el testimonio de dos hombres buenos y fidedignos.

En La Partida 4,19,7 se deja a libertad del Juez estimar todas las pruebas pertinentes para declarar la paternidad. El hijo no es natural aunque el padre lo reconozca, si no ha nacido - de concubina. La barraganía era la única institución de donde nacía la naturalidad de los hijos.

Las Leyes de Toro no decían como debía hacerse el reconocimiento, ni sus requisitos.

La legitimación se predicó sólo respecto de los hijos naturales.

Durante la época visigoda, los Fragmentos Gaudenzianos se refierieron a la legitimación por el posterior matrimonio de los - padres. Los Fueros de Soria 317 y el Real 3,6,2, se ocuparon de la legitimación del hijo natural, con la principal consecuencia de ser heredero. Las Partidas 4,13,1 y 1,6,12, llaman legítimos a los legitimados, y, las formas para obtener dicha legitimación son: por el subsiguiente matrimonio de los padres y por concesión Real. Las Leyes de Toro equipararon el hijo - legitimado al legítimo.

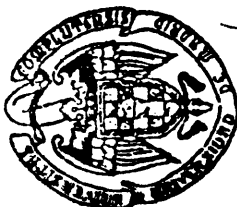
El Fuero de Valencia 91,8 considera a los legitimados con menores derechos sucesorios que los legítimos. En el Derecho - Catalán, el Código de Tortosa 6,8,5, contempla también la figura de la legitimación (5).

La legitimación por concesión Real se presenta cuando el padre no tiene descendencia legítima y solicita del Rey la legitimación del hijo tenido con una mujer con la cual no puede casarse.

El Fuero Real 3,6,17, consagró también la legitimación hecha por el Papa y los hijos no necesariamente eran naturales. El Fuero de Ayala 88 recoge también la legitimación hecha por el Papa o el Rey.

Las Partidas 4,15,4 hablan de la legitimación hecha por el Rey o el Papa. Con referencia a los hijos que pueden ser legitimados por el Papa, son los de clérigos y en cuanto fueran hijos de concubina, se podrían legitimar también por el Rey. La Ley 12 de Toro prohíbe que los legitimados concurren con los legítimos para suceder. El Fuero de Valencia 91,5 afirma que la legitimación por concesión real concede plenos derechos sucesorios al hijo sobre los bienes de sus padres, con el consentimiento de los legítimos. (6).

En ninguno de estos Ordenamientos podía legitimarse por subsiguiente matrimonio al hijo adulterino, o sea, el concebido durante el matrimonio de alguno o ambos padres con terceros, aunque después alguno o ambos quedasen viudos y contrajesen matrimonio entre sí.



También podían legitimarse los hijos naturales, por inscripción en la curia a la que pertenecía el padre; por casarse la hija natural con un oficial; por ponerse el hijo al servicio del Emperador o Rey; por testamento, o por carta.

En cuanto al derecho de alimentos, todos los hijos extramatrimoniales tenían derecho a esta prestación. El Fuero de Cuenca 290 establecía que hasta que el hijo cumpliera tres años, la madre estaba obligada a darle alimentos y el padre le pagaba por ello; después de los tres años el padre se encargaba del hijo. En igual sentido el Fuero General de Navarra 5,3,16.

Cuando la madre se negaba a cuidar del hijo, en los casos de paternidad desconocida, era condenada a pena de azotes. Si el hijo moría como consecuencia del abandono, la madre respondía por el homicidio, pero si ello obedece al incumplimiento por parte del hombre de su deber de remunerar el trabajo, éste era, a su vez, reo de homicidio.

El Fuero de Brihuega 97 también dejaba al hijo al cuidado de la madre, con el deber de pagar por parte del padre. El Fuero de Soria 362 y el Fuero Real 3,8,3, estipulaban que la madre debía responder por la crianza del hijo hasta los tres años, si poseía bienes suficientes, de lo contrario correspondía al padre complementar la cuota (7).

Las Partidas 4,19,5 reconocían al hijo natural el derecho de exigir alimentos, no sólo de los padres, sino también de los parientes que suben por la línea derecha, tanto del padre como de la madre. La Partida 6,13,8 preceptuaba que si el padre

no dejaba nada en el testamento, entonces sus herederos le - proveían lo necesario para vivir como los hombres buenos.

La Ley 10 de Toro establece que los hijos puedan transmitir a sus herederos lo que reciban en concepto de alimentos, por acto entre vivos o mortis causa, sin limitación alguna y como quieran. Si bien en cuanto a alimentos y para el alimentario, el derecho es personal e intransmisible. Los alimentos eran - como máximo el quinto de los bienes de los padres, percibidos en vida o después de muertos (Ley 10 de Toro).

En lo que hace al derecho sucesorio, algunos Fueros conceden los mismos derechos sucesorios de los hijos legítimos a los - naturales (Zamora 38, Salamanca 209 y Ledesma 136). En otros, heredan si faltan los hijos legítimos, Fueros de Alcalá de Hennares, Brihuega, Fuentes de Alcarria y Molina de Aragón (8);

Los hijos de clérigos heredaban al padre, así se consignó ex- presamente, porque en los diferentes Fueros estos hijos se - trataron muy benévolamente, Los Fueros de Vizcaya 20,11, de - Jaca 45, de Aragón 5,234 y la Ley 9 de Toro, equiparan los hijos de clérigos a los demás ilegítimos, y, restringen el derecho de los hijos naturales a suceder cuando existen hijos le- gítimos.

En Las Partidas 6,13,8 los hijos naturales heredan cuando falten los legítimos; abintestato, el hijo puede recibir un sexto del patrimonio total, que se reparte con su madre; por testamento el padre puede instituir al hijo natural heredero universal si no tiene hijos legítimos, pero debe respetar la le-

gítima de los ascendientes, si sobreviven.

La Partida 6,13,11 afirma que los hijos naturales siempre suceden a su madre.

La Partida 6,16,8 faculta al padre para nombrar tutor a sus hijos naturales en el testamento, el cual se ocupa de la custodia de los mismos y de la administración de los bienes. Si se designa a la madre, ella asume dicha tutela.

La Ley 10 de Toro permite al padre instituir heredero universal al hijo natural, a falta de hijos legítimos, aunque sobrevivan ascendientes o colaterales legítimos. En la sucesión de la madre, sólo eran excluidos los hijos naturales por los legítimos (Ley 3 de Toro). Existiendo descendencia legítima, la madre podía asignarles el quinto de todos sus bienes.

Era posible que los hijos naturales concurrieran con los legítimos; algunos Fueros les concedieron los mismos derechos; - otros los restringieron. En Las Partidas 6,13,11 los hijos naturales y legítimos heredaban en igual proporción, excepto el incestuoso, el espúreo o el sacrílego. El Fuero Viejo de Castilla 5,6,1, el Libro de los Fueros de Castilla 169, establecen el sistema de que padre puede instituir herederos en igualdad de condiciones a hijos legítimos y naturales, o, preferir al legítimo; el Fuero de Ayala 92 no concede derecho hereditario al hijo natural que vive desligado de sus padres y sin estar bajo su patria potestad (9).

En el Fuero de Jaca, el hijo de barragana concurría en la su-

cesión del padre con los hijos de mujer de bendición o legítimos, si el padre le dejaba a aquél cierta parte y señalada, de la herencia, este hijo no podía reclamar cosa alguna muerto - el padre. Si el padre moría sin testar y no le dejaba parte alguna, el hijo natural heredaba en igual condición que el legítimo. El hijo adulterino no debía tener cosa alguna de los bienes del padre, excepto que el padre, mientras viviera le dejara cosa alguna, por piedad y mediante una carta (10).

Posteriormente, algunos Ordenamientos Forales privaron de derechos hereditarios a los hijos naturales, pero reconociéndoles una cuota, y, en caso de sobrevenir hijos legítimos, éstos exclufan a aquéllos.

La Partida 4,15,3 participa de la herencia de sus padres a los hijos naturales, en una mínima parte, y, abintestato no recibe nada.

Reinando Carlos IV se hace una equiparación de los hijos naturales a los legítimos. Una Real Cédula de Carlos IV de 5 de enero de 1794, que constituye la Ley 4ª, título 27, Libro 7 de La Novísima Recopilación, preceptúa que a fin de evitar los muchos infanticidios que había, manda a los expósitos de ambos sexos existentes, y futuros, de España y de Las Indias, se les tuviera legitimados por su Real Autoridad, y por legítimos a todos los efectos civiles generalmente y sin excepción, sin que la cualidad sirviera de nota de infamia, y mientras no constasen sus verdaderos padres, y quedasen en la clase de hombres buenos del estado general, gozando de los propios honores y llevando las cargas sin diferencia de los demás vasallos honrados de la misma clase (11).

## B..LOS PRINCIPALES ANTECEDENTES DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL.

Son los Proyectos de 1851 y 1882, entre otros, así:

1. El Proyecto de 1851: básicamente de García Goyena, establecía dos clases de filiación extramatrimonial: a) filiación ilegítima natural definida en el art. 118 "...Se comprende solamente bajo el nombre de hijos naturales, los nacidos fuera de matrimonio de padres, que al tiempo de la concepción de aquéllos, pudieron casarse, fuera con dispensa"; b) filiación ilegítima no natural establecida en el art. 132 "Si de una sentencia ejecutoriada resultare que el hijo reconocido como natural procede de unión adulterina, incestuosa no dispensable por la Iglesia, o sacrílega, será nulo el reconocimiento, y aquél no tendrá más derechos que a los alimentos".

En cuanto al reconocimiento, sólo podía reconocerse los hijos naturales, voluntariamente: los padres, de común acuerdo, pueden reconocer un hijo natural, art 122; o, puede reconocerlo sólo uno de ellos, bastará que haya sido libre para contraer matrimonio en cualquiera de los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, art 123. Cuando los progenitores reconocen separadamente al hijo natural, no pueden revelar en el acto del reconocimiento, el nombre del otro padre, art 125.

El reconocimiento de un hijo natural debe hacerse en la partida de nacimiento, en escritura pública o en testamento. De otro modo no produce efecto en Derecho, art 124.

El art 127 prohíbe, en todo caso, la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Sin embargo, todo reconocimiento del padre o de la madre o de los dos juntos, podrá ser impugnado por un tercero interesado, después de muerto el que hizo el reconocimiento.

García Goyena (12), comentando los arts 124 y 127 afirma que el reconocimiento será voluntario, sin que sea permitida la investigación de la paternidad, pero aquél ha de ser expreso y hacerse en instrumento público...La paternidad en el orden de la naturaleza es un misterio; por la imposibilidad de obtener este signo o sello natural, se ha recurrido al sello social y legal del matrimonio; y precisamente fuera de éste se pretendería forzar la naturaleza y penetrar sus misterios para descubrir la paternidad...Y de la maternidad, porque no debe permitirse a un hijo que dañe la reputación de su madre, que es el más precioso de todos los bienes para una mujer virtuosa.. (¡...!) Agregamos: y pensar que hasta hace poco tiempo se creía en esto; en todo caso, es la madre la que "dañó" su reputación, no su hijo, que en últimas, es la víctima que carga con la culpa de la progenitora. Afortunadamente el legislador "enterró" esta absurda idea.

De todas formas, los tribunales podían, a instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad o maternidad, en los casos de delitos sexuales, cuando la época de comisión del delito coincide con el de la concepción, art 131.

El hijo mayor de edad no podía ser reconocido sin su consentimiento, art 128.

Si el hijo reconocido era menor, podía reclamar contra el reconocimiento cuando llegara a la mayor edad. El término para proponer esta acción era de cuatro años, que comenzaban a correr desde que el hijo era mayor, si antes tenía noticia del reconocimiento, y, en otro caso, desde que lo tuvo, art 129.

Por último en cuanto al reconocimiento, los hijos ilegítimos no naturales no podían ser reconocidos.

En lo referente al derecho de alimentos, el hijo reconocido - por el padre o la madre, tenía derecho a ser alimentado por éste, art 130/2. El hijo ilegítimo no natural, sólo tenía derecho a percibir alimentos.

Derechos sucesorios de los hijos naturales, si concurrían con ascendientes legítimos, heredaban la cuarta parte de los bienes; si concurrían con colaterales dentro del cuarto grado, heredaban la mitad; si además queda viudo o viuda, heredaban un tercio; a falta de colaterales dentro del cuarto grado, heredaban la totalidad, si no quedaban viudo o viuda; y en otro caso, los dos tercios, art 776.

Los derechos hereditarios concedidos al hijo natural, se transmitían, por su muerte, a su descendencia, a virtud del derecho de representación, art 778.

El hijo natural no tenía parentesco con la familia de sus padres, por ello no se heredaban entre sí, art 779.

Si el hijo natural reconocido moría sin dejar posteridad legi

tima o reconocida por él, le sucedía por entero al padre o madre que le reconoció, si ambos le reconocieron y vivían, le heredaban por partes iguales, art 780. Si los padres habían muerto, le heredaban sus hermanos y hermanas naturales y los descendientes de ellos, aunque fueran ilegítimos, art 781.

Para terminar, el Proyecto de 1851 abrogó la legitimación por concesión Real, y preceptuó que los hijos naturales se legitimaran únicamente por el subsiguiente matrimonio de sus padres, art 118/1.

2. La Ley de Matrimonio Civil de 1870: recogía varias clases de hijos, a saber: a) adulterinos, eran los habidos entre personas de las cuales una, por lo menos, estuviere casada con tercero; b) incestuosos, eran los nacidos entre parientes en los grados prohibidos por la ley y se dividían en: a) simplemente incestuosos, si el impedimento era dispensable, y, b) nefarios, cuando el impedimento no admitía dispensa; c) sacrílegos, procreados por persona ligada con voto solemne de castidad; y, d) mánceres, los hijos de prostituta. Estas cuatro clases de hijos eran los espúreos, los demás eran naturales.

En el Proyecto de 1869, se permite investigar la paternidad y la maternidad, siguiendo el Derecho Histórico Español.

3. El Proyecto de 1882: el Código Civil Español por Ley de 11 de mayo de 1888, tomó por base el Proyecto de 1851 (Base I)

Los hijos ilegítimos se subdividieron en: ilegítimos naturales e ilegítimos no naturales.

a. Hijos ilegítimos naturales: son los nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella, art 119.

El concepto de hijos naturales se basa en la Ley 11 de Toro, que fue luego la 1ª del título 5º del Libro 10 de La Novísima Recopilación: eran naturales los hijos de padres que al tiempo de la concepción o del nacimiento no estaban casados entre sí, pero podían casarse sin dispensa. El Código Civil de 1888, art 119, se refirió sólo al momento de la concepción...son dos, pues, y muy radicales, las diferencias entre el Código y la Ley 11 de Toro. La primera consiste en haber hecho desaparecer la dualidad de términos, conservando aquél que propiamente caracteriza al hijo, que es él de la concepción; y la segunda, en favorecer a los que tienen sólo impedimento dispensable en la fecha de la concepción, igualándolos, en punto al estado de sus hijos, con los que pudieron casarse libremente, por no mediar entre ellos impedimento (13).

En cuanto al reconocimiento, un hijo ilegítimo adquiere el carácter de natural por medio del reconocimiento. El reconocimiento voluntario lo regulaba el art 129: el hijo natural podía ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente, o por uno solo de ellos; cuando el padre y la madre reconocían separadamente, no podían revelar el nombre del otro progenitor, art 132

Forma del reconocimiento: podía hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público. Al respecto - aclara Manresa (14), las palabras documento público no deben entenderse como sinónimas de escritura pública, como tales se consideran las certificaciones expedidas por los Encargados - del Registro Civil, el acta de matrimonio de los padres en la que legitiman a sus hijos, etc.

El reconocimiento forzoso lo regulaba el art 135, así: "El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes:

1º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.

2º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. En los casos de violación, estupro o rapto, se estará a lo dispuesto en el Código Penal en cuanto al reconocimiento de la prole".

En realidad este artículo no se refiere al reconocimiento forzoso, sino a la ratificación del reconocimiento anterior efectuado por el padre, en documento privado, o en los actos que conforman la posesión de estado civil, y, las pruebas admitidas para investigar la paternidad son el escrito privado indubitado del padre, la posesión de estado, o, la comisión de un delito.

Según el art 136, la madre estaba obligada a reconocer al hijo natural; el precepto disponía:

1º Cuando el hijo se halle respecto de la madre, en cualquie-

ra de los casos expresados en el art 135.

2º Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la iden tidad del hijo: Esto porque el Código de 1888 entiende que la madre puede no ser conocida.

El hijo natural reconocido tiene derecho a llevar el apellido del reconocedor, a recibir alimentos del mismo, y, a percibir, en su caso, la proci3n hereditaria, art 134.

La legitimaci3n: se predica s3lo de los hijos naturales, art. 119, y se lleva a cabo por el subsiguiente matrimonio de los padres o por concesi3n Real, art 120.

El art 125 señaala los requisitos para la legitimaci3n por con cesi3n Real:

1º Que no sea posible la legitimaci3n por subsiguiente matri- monio.

2º Que se pida por los padres o por uno de éstos.

3º Que el padre o madre que la pida no tenga hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos.

4º Que, si el que la pide es casado, obtenga el consentimiento del otro c3nyuge.

b. Hijos ilegítimos no naturales: eran los adulterinos, incestuosos y sacríflegos.

Los hijos ilegítimos, en quienes no concurra la condici3n le- gal de naturales, s3lo tendrán derecho a exigir de sus padres, alimentos, art 139. Los padres se obligan a costear lo neces

rio para su subsistencia y darles la educación elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio.

El derecho de alimentos sólo podrá ejercitarse si la paternidad o maternidad se infiere de una sentencia firme, dictada en proceso criminal o civil; o, de un documento indubitado del padre o de la madre, en el que expresamente reconozca la filiación; o, respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo, art 140.

El art 141 preceptuaba que fuera de los dos primeros casos del art. 140, no se admite en juicio demanda alguna que, directa ni indirectamente, tenga por objeto investigar la paternidad. ..se prohibía investigar ésta para evitar escándalos y porque no existía seguridad sobre su prueba. Esta norma se estableció fundándose en el texto de la Base V de la Ley de Bases del Código Civil de 1888. A su vez, la Base V establecía: "No se admitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, o cuando medie posesión de estado. Se permitirá la investigación de la maternidad, y se autorizará la legitimación bajo sus dos formas de subsiguiente matrimonio y concesión Real, limitando ésta a los casos en que medie imposibilidad absoluta de realizar la primera y reservando a terceros perjudicados el derecho de impugnar, así los reconocimientos como las legitimaciones, cuando resulten realizadas fuera de las condiciones de la Ley..."

Respecto de la paternidad, Manresa (15), trae dos sentencias,

entre otras, la de 28 de marzo de 1896: ...cuando la paternidad no se infiere de sentencia firme, ni resulta de documento auténtico en el que expresamente se reconozca la filiación, es imposible conceder legalmente alimentos a título de hijo ilegítimo no natural... Por su parte, la sentencia de 9 de abril de 1908 dijo: ...sólo pueden pretender alimentos los hijos naturales que ostenten algunos de los documentos especificados en los numerales 1 y 2 del art 140 del C.C. y que respecto al numeral 1, la sentencia criminal debe ser condenatoria...

El C.C. de 1888 concede derechos sucesorios a los hijos naturales, aún en concurrencia con legítimos, y en caso de sucesión intestada son llamados a heredar, en defecto de descendientes y ascendientes.

Otro de los antecedentes importantes, en España, antes de la reforma que, en materia de filiación, produjo la Ley de 13 de mayo de 1981, fue la Constitución de 1978, que en su art 39, según vimos, establece la igualdad de todos los hijos, con independencia de su filiación.

#### C. LA LEGISLACION HISTORICA COLOMBIANA.

El Código del Estado Soberano de Cundinamarca de 1859, más tarde adoptado como Código de la Unión el 26 de mayo de 1873, y que, posteriormente, se convirtió en el Código de la República de Colombia mediante la Ley 57 de 1887, imitando al de Andrés Bello, dividió los hijos en legítimos e ilegítimos y,

subdividió, a su vez, a los ilegítimos así: a) naturales: eran los hijos de personas no casadas, pero que podían casarse entre sí, y, que hubieran sido reconocidos como tales por sus padres o por uno de ellos, por acto testamentario o instrumento público entre vivos, art 318 del C.C. de 1873, derogado por el art 65 de la Ley 153 de 1887; b) hijos de dañado y punible ayuntamiento: eran los adulterinos e incestuosos, nacidos de uniones adúlteras o de padres ligados por el vínculo de la consanguinidad. Se incluían también los sacrílegos, habidos por personas con voto solemne de castidad; y, c) los simplemente ilegítimos: hijos de padres no casados y que no siendo de dañado y punible ayuntamiento, aún no han sido reconocidos como naturales.

El Código Civil de 1873, en su art 328 estableció, en cuanto a los hijos, unas presunciones legales: los hijos de la concubina de un hombre se tenían por hijos de éste, a menos de probarse que durante el tiempo en que debió verificarse la concepción, estuvo el hombre imposibilitado para tener acceso a la mujer. Otra presunción: se considera hijo del raptor, al concebido durante el tiempo en que la robada estuviera en poder del raptor.

Reconocimiento: todo hijo nacido fuera del matrimonio y no reconocido voluntariamente por sus padres (por testamento o instrumento público entre vivos), podía hacer que su padre o madre lo reconociera citándolo ante Juez, para que bajo juramento, declarara sobre la pretendida paternidad. La investigación la solicitaba el hijo natural personalmente o por intermedio de cualquier persona que probara haber cuidado de su crianza,

arts 319 a 323 del Código Civil, derogados por el art 65 de la Ley 153 de 1887 (16).

El reconocimiento y la investigación de la paternidad tenían efectos restringidos: derecho de alimentos, incluyendo la enseñanza de una profesión u oficio, arts 333 y 334, derogados por el art 75 de la Ley 153 de 1887.

Los hijos naturales heredaban la quinta parte de la herencia. Los demás carecían de vocación hereditaria.

El Código del Estado Soberano de Santander de 1859, en su art 52 llamaba naturales a los hijos concebidos por padres no casados entre sí.

Son naturales los ilegítimos reconocidos por su padre, madre o ambos, mediante escritura pública o testamento. El reconocimiento puede ser tácito o expreso.

La madre era natural por el hecho del parto.

El hijo podía adquirir la calidad de natural a través de instrumento público; testamento; sentencia judicial fundada en rapto, seducción o concubinato; o, aceptación de la paternidad ante interrogatorio judicial.

Este Código no hizo distinción entre los hijos naturales; éstos tenían vocación hereditaria (heredaban la quinta parte de la herencia).

Los arts 324 y 325 regularon el concubinato; se reputaron hijos del hombre, los que nacen de la concubina que vive públicamente con él, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos.

La Ley 57 de 1887: hace la división tripartita de los hijos ilegítimos en naturales, de dañado y punible ayuntamiento, y los simplemente ilegítimos. Son naturales los hijos de padres no casados, pero que podían casarse entre sí.

Los hijos podían ser reconocidos por uno de sus padres o ambos, mediante escritura pública, testamento o firmando el acta de nacimiento.

El hijo ilegítimo podía pedir que su padre lo reconociera a efecto de pedir alimentos.

Son hijos naturales de la madre los habidos en mujer que podía casarse libremente al tiempo de la concepción del hijo.

Los hijos naturales heredaban la tercera parte de lo que correspondía a uno legítimo.

La Ley 153 de 15 de agosto de 1887: restringió el reconocimiento de los hijos ilegítimos, dejó por fuera de aquél a los hijos de dañado y punible ayuntamiento, quienes sólo tenían derecho a pedir alimentos.

Esta Ley consagró el reconocimiento como un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce; lo que equivale a prodi

bir implícitamente la investigación de la paternidad en las uniones extramatrimoniales (17).

El reconocimiento se hace por medio de instrumento público, o testamento; derogó el reconocimiento firmando el acta de nacimiento y agregó que aquél debe notificarse al hijo a efecto de que él lo acepte o repudie.

Al hijo natural se le deben alimentos, incluido el aprendizaje de una profesión u oficio.

La presunción de paternidad se presenta sólo en caso de rapto.

En cuanto al derecho sucesorio: los hijos legítimos excluyen a los demás.

La Ley 95 de 1890: estableció el reconocimiento por parte de la madre por el sólo hecho del parto.

#### D. LO QUE ACTUALMENTE RIGE EN ESPAÑA Y EN COLOMBIA.

1. La Ley 11 de 13 de mayo de 1981: modificó en España la filiación, sustituyó los términos "legítimos" e "ilegítimos" por los "matrimoniales" y "extramatrimoniales". Derogó la división de los hijos extramatrimoniales. Todos los hijos son iguales ante la Ley.

Permite investigar la paternidad y la maternidad, para la cual admite toda clase de pruebas, incluso las biológicas.

Otorga titularidad y ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores.

Los hijos extramatrimoniales reconocidos están unidos no sólo a sus padres, sino también a su familia.

2. La Ley 45 de 21 de febrero de 1936: es la que consagra en Colombia, los derechos de los hijos naturales. Algunos de sus artículos han sido modificados, como se verá más adelante. He aquí las reformas introducidas por esta Ley:

a. Derogó las distinciones entre las diversas clases de hijos ilegítimos, y los denominó naturales. Es natural el hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí; también tiene esa calidad el hijo de madre soltera o viuda por el sólo hecho del nacimiento, art 1º. En cuanto al hijo natural concebido por mujer casada necesita de dos requisitos para su declaración como tal: a) que el marido de la mujer (presunto padre) lo desconozca como suyo, y, b) que por sentencia ejecutoriada se declare que el marido de la mujer no es el padre. Esto fue modificado por el art 3 de la ley 75 de 1968.

b. Estableció las formas para hacer el reconocimiento ; éste es irrevocable y puede hacerse: firmando el acta de nacimiento; por escritura pública; por testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento; por manifestación expresa y directa hecha ante un Juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del

acto que lo contiene. Si el padre o la madre que haga el reconocimiento por acto separado, revela el nombre de la persona con quien fue habido el hijo, el funcionario ante quien se haga tal declaración omitirá en el acta o diligencia las palabras que la contengan, art 2º que fue modificado por el art. 1º de la Ley 75 de 1968.

c. Autorizó la investigación de la paternidad, y estableció las causales para declararla judicialmente; el art. 4º las enumera, así:

- 1º En caso de rapto o violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.
- 2º En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, siempre que exista un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y que haga verosímil esa seducción.
- 3º Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una declaración inequívoca de paternidad.
- 4º En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que comenzaron tales relaciones o dentro de los trescientos días siguientes a aquél en que cesaron.
- 5º Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo. En el caso del ordinal 4º de este artículo no se hará la declaración de paternidad, si el demandado demuestra que durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción según el art. 92 del C.C., estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, o prueba que dentro de dicho tiempo

po ésta tuvo relaciones carnales con otro hombre.

Este artículo fue modificado por la Ley 75 de 1968, art, 6º.

d. La patria potestad del hijo natural la tiene la madre y si ella falta por cualquier causa la tiene el padre.

e. Los hijos naturales concurren con los hijos legítimos heredando la mitad de la cuota que corresponde a éstos últimos; pero para heredar deben estar reconocidos o haber sido declarados judicialmente como tal. Si concurren con ascendientes y cónyuge, heredan por partes iguales, a falta de hijos legítimos, arts 18 a 21. Esto fue modificado por la Ley 29 de 1982.

3. La Ley 75 de 4 de diciembre de 1968: amplió las causas para declarar judicialmente la paternidad, art 6º.

Enumera los casos en los que un hijo de mujer casada se reconoce como natural, art 3º.

Esta Ley se ha denominado tradicionalmente, Ley Sobre la Paternidad Responsable o Ley Cecilia. Los fines de dicha ley son, como consta en la Exposición, al sancionarse la Ley 75 de Cecilia de La Fuente de Lleras (18), facilitar la búsqueda de la paternidad natural, hacer más efectiva la responsabilidad del progenitor y mermar las diferencias sociales entre hijos legítimos y naturales, y tecnificar, nacionalizar y unificar el Registro del Estado Civil.

4. La Ley 29 de 1982: otorga los mismos derechos y obligaciones a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, art 1º.

Obsérvese como la ley colombiana en los últimos años no se refiere ya a hijos naturales, sino a hijos extramatrimoniales. En el decreto 2820 de 1974 en su art 1/1 los denomina con este término, lo mismo en su art 50, y, 51/3. En la Ley 29 de 1982 se refiere a ellos como extramatrimoniales; en consecuencia, en Colombia existen los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, como los nombra el art 1º de la Ley 29, pero serían más acordes los términos, si los utilizáramos como lo hace la legislación española, matrimoniales y extramatrimoniales. Si la ley se refiere a extramatrimoniales es porque existen los matrimoniales, no los legítimos, ya que, jugando un poco con las palabras, legítimos son todos los hijos en el sentido de que la ley tutela sus derechos y deberes por igual; - eran ilegítimos cuando su existencia violaba normas establecidas, pero actualmente ya no cabe pensar así; ni tampoco llamarlos naturales puesto que, naturales somos todos. Debería - hablarse de extramatrimoniales reconocidos y extramatrimoniales no reconocidos.

#### E. RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES.

El reconocimiento es una de las formas de determinación de la filiación extramatrimonial. El art. 120/1 del Código Civil - Español dispone: "...Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público"

En Colombia, el art 1º de la Ley 75 de 1968 afirma: "El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse: firmando el acta de nacimiento, por escritura pública, por testamento, por manifestación expresa y directa hecha ante un Juez".

Para la doctrina, el reconocimiento es una pura y simple afirmación de paternidad o maternidad (19); es una confesión: es declaración de voluntad emanada personalmente del padre y exenta de vicios, es una declaración de voluntad porque confirma el hecho que ya existe desde la concepción, es irrevocable (20).

La Ley 45 de 1936, en Colombia, dispone en su art 1 que, el reconocimiento como hijo natural se predica respecto del padre; en cuanto a la madre, el hijo es natural por el sólo hecho del nacimiento, si no existe prueba del parto, o sea, acta de nacimiento, se hace por reconocimiento o declaración judicial.

#### 1. Características del reconocimiento:

Son las siguientes: a) es un acto declarativo, en tanto que no constituye un medio de prueba, sino un negocio jurídico en cuya virtud se establece el vínculo filial existente; b) es facultativo, en el sentido que constituye un acto libre del padre que reconoce; c) es unilateral aunque, a pesar de ser facultativo, deba ser notificado al hijo y aceptado por éste; d) es personal, ya que sólo puede realizarlo el padre; e) es -

individual, por cuanto quien lo ejecuta no debe revelar el nombre de la persona con quien tuvo el hijo; f) es solemne, porque debe constar en alguno de los instrumentos que señala la ley; g) es irrevocable.

La doctrina española predica las mismas características del reconocimiento, matiza en cuanto a que éste es unilateral, porque es un acto del reconocedor solamente, y porque el consentimiento del hijo es requisito para su eficacia, no para su existencia o validez; el reconocimiento existe y es válido aún sin el consentimiento del hijo, pero no surte efectos en tanto éste no se produzca. Es individual o unilateral porque es personal del padre que lo hace, no necesita el consentimiento del otro progenitor y, además, porque actualmente la ley colombiana no prohíbe revelar el nombre del otro padre. Por el contrario, en España, cuando un progenitor hace el reconocimiento, no puede manifestar la identidad del otro, a no ser que esté determinada ya legalmente, art 122.

En Colombia el reconocimiento de la paternidad puede hacerse antes del nacimiento por escritura pública, por testamento, o por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, art. 2º de la Ley 75 de 1968. O sea que, pueden ser reconocidas todas las personas, aquellos que no tienen filiación conocida, o, si la tienen, después de impugnarse aquélla.

En lo referente a las personas que pueden reconocer o ser reconocidas, existe lo siguiente: a) que reconocedor y reconocido sean verdaderamente generante y generado; b) con la salvedad de que aún siéndolo, necesita especial autorización el re

conocimiento del segundo padre, si se trata de hijo incestuoso que sea menor o esté incapacitado; c) el reconocimiento sólo cabe cuando el reconocido no tiene ya otro estado con el que sea incompatible. Si lo tiene, habrá previamente que impugnarlo y destruirlo, para poder reconocer al interesado (21)

## 2. Capacidad para reconocer:

En principio toda persona es capaz para reconocer, excepto los que la ley declara incapaces. Según el art 121 del Código Civil Español el reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de su edad, necesita para su validez, aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Puede reconocerse por testamento notarial desde los 14 años, pero requiere aprobación judicial.

## 3. Notificación del reconocimiento al hijo:

La ley somete la eficacia del acto jurídico del reconocimiento al consentimiento del reconocido (conditio iuris), si el hijo es mayor o capaz; si es menor o incapaz, se necesita - aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente reconocido, arts 122 y 124 del C.C. Español. No se requiere el consentimiento del representante ni la aprobación judicial si el reconocimiento se hace por testamento y/o se inscribe el nacimiento dentro del plazo legal.

El art. 4º de la Ley 75 de 1968, en Colombia, dice que el re-

conocimiento no crea derechos a favor de quien lo hace, sino una vez que ha sido notificado y aceptado por el hijo. La persona que acepte o repudie, deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa días siguientes a la notificación. Transcurrido ese plazo, se entenderá que acepta, a menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil, art 243 del C.C.Colombiano.

Como se desprende de lo anterior, el consentimiento del hijo no es requisito de validez, sino presupuesto de eficacia del reconocimiento. El consentimiento del hijo, una vez producido, es una declaración de voluntad irrevocable.

#### 4. Reconocimiento del hijo incestuoso:

Cuando los padres de un hijo menor o incapaz, sean hermanos o consanguíneos en línea recta, y esté legalmente determinada la filiación respecto de uno, para determinarla respecto del otro, se requiere previa autorización judicial que se otorga con audiencia del Ministerio Fiscal. Cuando el hijo alcance la plena capacidad, puede invalidar ésta última determinación si no la ha consentido, por medio de declaración auténtica, - art 125 del Código Civil Español. Sin homólogo en el Derecho Colombiano.

#### 5. Forma del reconocimiento: es solemne.

a. El art. 120/1 del Código Civil Español: dispone: "Por

el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público..."

1) Ante el Encargado del Registro Civil: la declaración de reconocimiento ante el Encargado, cuando no pueda inscribirse inmediatamente, se diligenciará con las circunstancias del asiento, las de identidad del hijo y la firma del declarante, en acta por duplicado, uno de cuyos ejemplares se remitirá primero en su caso, con la solicitud correspondiente, a la aprobación judicial, y después, con el testimonio de la aprobación, tras diligenciar ésta en el duplicado, al Registro competente para, en su virtud, practicar la inscripción, art. 185/2 del Reglamento de Registro Civil, este precepto debe cumplirse si el reconocimiento se efectúa pasado el plazo para inscribir el nacimiento.

También puede hacerse el reconocimiento, ante el Encargado del Registro, al practicarse la inscripción ordinaria del nacimiento o dentro del plazo señalado para ello, art. 49/1 de la Ley de Registro Civil.

2) Por testamento: es válido el reconocimiento otorgado en cualquier clase de testamento, que sea válido y eficaz, notarial o no, verbal, escrito, común, especial (22).

Sin embargo, según Herrera Campos (23), se podría pensar que al no suprimirse la expresión "o en otro" puede inducir a entender que el calificativo público se aplique al testamento, y testamento público es solamente el abierto notarial.

La revocación del testamento no implica la del reconocimiento, el testamento puede contener o no disposiciones patrimoniales, art. 741.

En cuanto al testamento afirma la Jurisprudencia (24), en sentencia de 9 de octubre de 1982 del Tribunal Supremo "... e l problema de la patrimonialidad del testamento, con su derivado de si cabe un acto jurídico mortis causa limitado en su contenido al reconocimiento de un hijo, ha sido resuelto por la generalidad de la doctrina entendiendo que si en sentido material no constituye un verdadero testamento el que se contrae a disposiciones no patrimoniales, formalmente sí tiene tal condición y resulta eficaz a los fines previstos en el derogado art 131 y en el vigente 120/1, sin perjuicio de que proceda la apertura de la sucesión intestada; por consiguiente, valdrá como tal declaración la voluntad postrera por más que no contenga referencia alguna dispositiva sobre los bienes, solución que es, en definitiva, la acogida en el art. 741, conforme a la resolución introducida por la ley de 13 de mayo de 1981, a cuyo tenor el reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque el testamento en que se hizo no contenga otras disposiciones".

3) En otro documento público: como escritura pública, el acta civil o canónica de la celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales, etc, son documentos válidos para hacer el reconocimiento, art. 185/1 del Reglamento de Registro Civil.

b. El art. 1º de la Ley 75 de 1968 en Colombia: preceptúa que el reconocimiento puede hacerse:

1) En el acta de nacimiento: art 1/1 de dicha ley, firmándola quien reconoce, el funcionario del estado civil que extienda la partida de nacimiento de un hijo natural, indagará por el nombre, apellido identidad y residencia del padre y de la madre, e inscribirá como tales a los que el declarante indique, con expresión de algún hecho probatorio y protesta - de no faltar a la verdad. La inscripción del nombre del padre se hará en libro especial destinado a tal efecto y de ella sólo se expedirán copias a las personas indicadas por la ley y a las autoridades judiciales y de policía que las solicitaren. Dentro de los treinta días siguientes a la inscripción, el - funcionario que la haya autorizado la notificará personalmente al presunto padre, si este no hubiere firmado el acta d e nacimiento. El notificado deberá expresar, en la misma notificación, al pie del acta respectiva, si acepta o rechaza el carácter de padre que en ella se le asigna, y si negare ser suyo el hijo, el funcionario procederá a comunicar el hecho al defensor de menores para que éste inicie la investigación de la paternidad.

Igual procedimiento se seguirá en el caso de que la notificación no pueda llevarse a cabo en el término indicado o de que el declarante no indique el nombre del padre o de la madre.

Mientras no sea aceptada la atribución por el notificado, o - la partida de nacimiento no se haya corregido en obediencia - al fallo de la autoridad competente, no se expresará el nom -

bre del padre en las copias que de ella llegaren a expedirse.

2) Por escritura pública: art 1/2 de la Ley 75, según el art. 13 del decreto 960 de 20 de junio de 1970, la escritura pública es el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidas ante notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo. A este respecto dice la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de marzo de 1912 "no se exige para el reconocimiento la expresión hijo natural, pues ni hay fórmula sacramental o de empleo obligatorio para tal efecto, y el reconocimiento no puede referirse sino a los hijos naturales y no a otra especie de filiación" (25).

3) Por testamento: art 1/3 de la misma Ley, la revocación de éste no implica la del reconocimiento. El reconocimiento de un hijo natural efectuado por testamento no puede revocarlo el testador por otro testamento posterior. Tal reconocimiento no pierde su carácter de irrevocable por el hecho de otorgarse en un testamento (casación de 16 de julio de 1908). El reconocimiento de un hijo natural, aunque no se haya hecho por acto testamentario, no puede ser revocado. Un acto de esta clase no tiene el carácter de disposición testamentaria, y por tanto no le es aplicable el art 1057 del Código Civil, según el cual las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables (casación de 30 de julio de 1912) (26).

4) Por manifestación espontánea, expresa y directa hecha ante un juez: art 1/4 de la citada ley, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto -

que lo contiene. La manifestación ha de ser espontánea, o sea, sin que le preceda un interrogatorio. Expresa y directa, es decir, inequívoca de paternidad. Es suficiente que sea expresa y directa lo que puede hacerse en un simple memorial o escrito debidamente firmado y presentado por el confesante (27).

El numeral 4/2 del art. 1º de la Ley 75 de 1968 se refiere a la confesión tácita, ficta o presunta de paternidad: "...El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquiera persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal, el defensor de menores y el Ministerio Público, podrán pedir que el supuesto padre o madre sea citado personalmente ante juez a declarar bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no comparece pudiendo hacerlo y si repetida una vez más la citación, expresándose el objeto de la misma, no comparece, se mirará como reconocida la paternidad, previo el trámite de un incidente". La confesión presunta es revisable.

En Colombia, la filiación extramatrimonial se determina por medio del reconocimiento, según lo visto, o por la investigación de la paternidad.

c. Otras formas para determinar la filiación extramatrimonial según el art. 120 del Código Civil Español: el numeral 1º trata del reconocimiento, como ya apuntamos.

1) Numeral 2º. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil: si

se hace el reconocimiento con la inscripción temporánea del nacimiento, se inscribe en el propio asiento principal, arts. 47 y 48 de la Ley de Registro Civil.

Si existe escrito indubitado en que uno de los padres reconoce su paternidad o el hijo tiene respecto de él la posesión continua del estado de hijo, o en cuanto a la madre que prueba su maternidad, o se den los anteriores casos, se puede inscribir en el Registro Civil la filiación mediante expediente gubernativo aprobado por el juez de primera instancia sin oposición de la parte interesada o el Ministerio Fiscal, art. 49 de la Ley de Registro Civil.

Si el reconocido es mayor de edad es necesario su consentimiento para inscribir el reconocimiento, art 549 LRC y 186 RRC. Si el reconocido es menor de edad se requiere aprobación judicial, art 186 RRC. No es necesaria la aprobación judicial si el reconocimiento se hace en testamento, en la misma inscripción de nacimiento o fuera de ella (8 días, o, 16 días en caso de fuerza mayor), pero necesita notificación a la madre inscrita, art 186 del Reglamento de Registro Civil.

2) Numeral 3º. Por sentencia firme: la sentencia puede ser civil o criminal, art 444/2 del Código Penal Español, en caso de delito sexual que la sentencia declare al reo padre del hijo de la unión sexual delictiva con su víctima.

3) Numeral 4º. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en -

La Ley de Registro Civil: el art 47 de esta Ley dice: "En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna, siempre que en ella coincidan la declaración (de la persona en cuya virtud se practica la inscripción) y el parte o comprobación reglamentaria (expedido por el médico, comadrona o ayudante técnico que hayan asistido al parto o comprobación de éste hecha por el médico al Registro Civil).

No constando el matrimonio de la madre, ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el Encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos.

La mención de esta filiación podrá suprimirse en virtud de sentencia o por desconocimiento de la persona que figura como madre, formalizado ante el Encargado del Registro, el cual lo inscribirá marginalmente. Este desconocimiento no podrá efectuarse transcurridos quince días de aquella notificación". La madre puede oponerse a figurar como tal, arts 167 y 181 R.R.C.

La Ley Española habla de la impugnación del reconocimiento en los arts 138 a 141 del Código Civil: puede impugnarse aquel - por vicios del consentimiento, o sea, error, violencia, o intimidación, o, también porque el reconocido no es hijo del reconocedor. La acción la ejercita el padre o el hijo dentro - del año siguiente al reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento; puede ser ejercitada o continuada por los herederos del fallecido, si falleció antes de transcurrido el año, art 141 C.C.

6. Reconocimiento como natural del hijo concebido por mujer casada:

a. En la Legislación Colombiana: el art. 3º de la Ley 75 de 1968 preceptúa: "El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo:

1º Cuando fue concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos lo reconoció como suyo, o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges.

2º Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad, la mujer acepta el desconocimiento, y el juez lo aprueba, con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del defensor de menores, si fuere menor.

3º Cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo es del marido..."

Pueden impugnar la paternidad legítima: a) el marido, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo que según la ley se presume la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, art 214/2 del C.C.Colombiano.

A este respecto dice el art. 6º de la Ley 95 de 1890, en cualquier tiempo podrá el marido reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, cuando el nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que la mujer abandonó definitivamente el ho

gar conyugal, en tanto que el marido no la haya recibido nuevamente en él. Este derecho no podrá ejercitarse sino por el marido mismo.

Cuando el art. 214/2 habla de absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, implícitamente se refiere al acceso idóneo para producir la concepción.

Toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo - concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días contados desde aquel en que tuvo - conocimiento del parto. La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediata - mente; a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación de parto.

Agrega el art. 5º de la Ley 95 de 1890 que en caso de divorcio declarado por causa de adulterio, el marido podrá en cualquier tiempo reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, siempre que se pruebe que durante la época en que pudo tener lugar la concepción no hacía vida conyugal con su mujer. Este derecho no puede ejercitarse sino por el marido mismo. Si el marido muere antes de vencerse el término para reclamar, la acción pasa a sus herederos - en los mismos términos. Cesa este derecho si el padre reconoce como suyo al hijo en testamento o en otro instrumento público, art. 219 C.C.

b) El hijo puede reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado des-



pués del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal, art.3/3/2 de la Ley 75 de 1968.

La Ley Colombiana prohíbe pedir la declaración judicial de maternidad natural, cuando se atribuye a una mujer casada, salvo en los tres casos enumerados por el art. 3º/3/3 de la Ley 75 de 1968.

b. En la Legislación Española: en los casos en que la inscripción del nacimiento y de la filiación se efectúa dentro de los plazos señalados en la legislación registral, cuando el hijo es de mujer casada, aunque ésta haga la declaración en el sentido de que ha precedido una separación de hecho de los cónyuges superior a los trescientos días, el Encargado de Registro deberá hacer las comprobaciones oportunas para cerciorarse de que no rige la presunción de paternidad del marido, con audiencia, si es posible, de los cónyuges o sus herederos. Si de estas comprobaciones oportunas se deduce que han transcurrido trescientos días desde la disolución del matrimonio o de la separación legal de los cónyuges, entonces se consignará como no matrimonial la filiación materna. Respecto a la filiación paterna, constará en el Registro siempre que el progenitor distinto del marido realice el reconocimiento del hijo, siendo indiferente cuál sea el estado civil del mencionado progenitor (Circular de 2 de junio de 1981).

La paternidad legítima del hijo de mujer casada puede impugnarla el marido, cuando el hijo nace dentro de los ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, por

medio de declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto; excepto cuando reconoce la paternidad expresa o tácitamente o conoce del embarazo de la mujer con anterioridad al matrimonio, - salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se formalice con el consentimiento de ambos, antes o después del matrimonio, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo, art.117C.C. y 184 R.R.C.

También puede impugnar la paternidad el hijo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si de menor o incapaz se trata, el plazo cuenta desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal. El ejercicio de la acción del hijo menor o incapaz, corresponde a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal.

Si falta la posesión de estado de filiación matrimonial, la acción puede ejercitarse en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos, art. 137 C.C.

#### F. INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.

Cuando el hijo no ha sido reconocido por el progenitor, la filiación extramatrimonial puede investigarse judicialmente.

##### 1. Hechos que constituyen presunciones de paternidad:

- a. La primera, de carácter concluyente, iuris et de iure,

según la cual la concepción a precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos contados hacia atrás, y desde la media noche en que principie e l día del nacimiento, art. 92 del Código Civil Colombiano.

b. La segunda, simplemente legal, *iuris tantum*, en el sentido de que el matrimonio revela la paternidad del marido, "*pater is est quem nuptiae demostrant*", arts. 213 y 214 del Código Civil Colombiano (sentencia de 7 de julio de 1954 de la Corte Suprema de Justicia)(28). Art. 116 del Código Civil Español.

La investigación de la paternidad va encaminada a juzgar la posibilidad de que un hombre sea el padre de un niño, mediante un examen y una valoración de indicios anteriores y simultáneos a la concepción o que de ella arrancan, es decir, si han existido relaciones carnales entre los presuntos padres, examen de pruebas biológicas, etc. En tanto que, el reconocimiento forzoso trata de la investigación del reconocimiento expreso o tácito no solemne, o sea, existe una investigación encaminada a valorar la conducta del presunto padre respecto del presunto hijo o las manifestaciones no solemnes de tenerlo por tal, para determinar en la sentencia si ha habido o no reconocimiento por parte del padre (29). Es decir si el padre reconoció un hijo como suyo, por ejemplo: en una carta que envía a la madre de éste; lo que se pretende con el proceso de investigación de la paternidad en este caso, es que la sentencia confirme lo que el padre ya había aceptado sin las formalidades legales, que la sentencia dé fuerza legal a ese reconocimiento. Esta es la diferencia entre la investigación d e

la paternidad y el reconocimiento forzoso.

## 2. Causales de investigación de la paternidad en la Legislación Colombiana:

Las enumera taxativamente el art. 6º de la Ley 75 de 1968, que modificó el art. 4º de la Ley 45 de 1936, y, dispone: "Se presume la paternidad natural (hoy, extramatrimonial) y hay lugar a declararla judicialmente: ..."

1º "En el caso de rapto o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción". El rapto ha dejado de ser delito en Colombia, pero cuando éste se presenta y el hecho coincide con el de la concepción, hay lugar a declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial.

El rapto consiste en arrancar a una mujer honesta de su hogar; "arrancar" tomándola por la fuerza o engañándola.

La violación es el acceso carnal violento, ocurrido dentro del término en que pudo tener lugar la concepción según la ley.

En ambos supuestos deben existir relaciones sexuales aptas para la procreación y, el hijo concebido debe ser fruto de esas relaciones.

2º "En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio". La seducción es la estafa sexual, o sea, que el hombre mediante engaños o abu

sando de su poder logra que la mujer acepte tener relaciones sexuales con él, por ejemplo: un juez que mediante engaños obtiene los favores sexuales de una mujer que es hermana del reo de un delito.

La ley 45 de 1936 exigía que existiera un principio de prueba por escrito del presunto padre, pero actualmente no se exige.

3ª "Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad". La Ley Colombiana otorga mérito a la confesión extrajudicial que el presunto padre hace por medio de escritos privados: cartas, declaraciones de renta, firma de la matrícula en el colegio - donde estudia el hijo, etc. La causal es amplia en el sentido de que se aplica también al hecho de la simple firma del padre como es lo que acontece en la declaración de renta.

4ª "En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el art. 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.

Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad..."

La Ley 45 de 1936 exigía que esas relaciones fueran notorias y estables. La Jurisprudencia Colombiana a este respecto afirma: "...la notoriedad es el conocimiento que los amigos vecinos de los amantes y aún personas extrañas a éstos, tienen de

las relaciones de los mismos. No requiere que todos los habitantes de un poblado ni aún del barrio conozcan esas relaciones, sino sólo aquéllos que, por su amistad, vecindad o trato con éstos, se puedan dar cuenta de ellas, espontáneamente, esto es, sin pesquisas más o menos laboriosas. La estabilidad - consiste en que las relaciones sexuales hayan sido frecuentes, sucesivas y regulares, es decir, que hayan tenido una duración y regularidad que permitan calificarlas de estables (sentencia de 26 de abril de 1965 de la Corte Suprema de Justicia)(30).

La Ley 75 de 1968 sólo exige la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción. La Jurisprudencia Colombiana dice: "...demostrado que entre el presunto padre y la madre existieron relaciones sexuales en la época de la concepción, tal hecho es suficiente para presumir la paternidad natural...El legislador de 1968, al considerar que las relaciones sexuales son casi imposibles de probar por percepción directa, éstas pueden inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad (sentencia de 22 de septiembre de 1972 de la Corte Suprema de Justicia ) (31).

Las relaciones sexuales sirven de soporte a una declaración de paternidad natural, no requieren ser estables ni notorias; acreditadas las relaciones de este tipo, aunque sean esporádicas o efímeras, si coinciden con la época de la concepción, son firme soporte para sustentar la declaración de paternidad (sentencia de 13 de agosto de 1979 de la C.S. de J.). No

es indispensable precisar la fecha en que comenzaron y terminaron las relaciones (sentencias de 22 de enero de 1974, 22 de octubre de 1976 de la Corte Suprema de Justicia, entre otras) (32).

El art. 6/4/3 de la Ley 75 de 1968 afirma que en caso de existir relaciones sexuales en la época de la concepción, no se hace la declaración de paternidad si el hombre demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba, en los términos indicados en el inciso 2 del art. 6/4, que en la misma época la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquél por actos positivos acogió al hijo como suyo.

La ley consagra en este último inciso de la causal cuarta, las dos excepciones en la investigación de la paternidad: la *exceptio plurium concubentium* y la *impotentia coeundi y generandi*.

5º "Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere, por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicables las excepciones de *plurium concubentium* e *impotentia coeundi y generandi*". Esta causal fue introducida por la Ley 75 de 1968, se refiere a l trato que el hombre dispense a la mujer embarazada, es decir, que aquél provee los gastos de ésta durante la gestación y el parto. El hombre trata a la mujer como "su mujer" durante ese tiempo.

6º "Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo:  
El art. 9º de la Ley 75 de 1968 dice que para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba deberá haber durado por lo menos cinco años.

La posesión notoria del estado de hijo natural puede acreditarse también con relación a la madre, art. 5º de la Ley 45 de 1936. La posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario de domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento, art 6º de la ley 45.

La Jurisprudencia señala los requisitos de la posesión notoria del estado civil de hijo (33): a) que el padre o madre hayan atendido a la subsistencia y educación del hijo; b) que a esas necesidades hayan provisto el padre y la madre con el carácter de tales; y, c) que a virtud de tal tratamiento, los deudos y amigos de los padres y el hijo, o el vecindario del domicilio en general, los hayan considerado padre e hijo. No basta el sólo hecho de liberalidad consistente en el sostenimiento y educación de una persona, aún cuando esa circunstancia esté acompañada del mayor afecto, si no aparece claro, inequívoco, que ese afecto es el que corresponde a las relaciones de padre a hijo (sentencia de 1 de octubre de 1945 de la Corte Suprema de Justicia).

Los elementos estructurales de la situación fáctica de la posesión de estado son: el tratamiento paterno que ha de trad

cirse precisamente en la provisión al hijo de los medios de subsistencia, educación y establecimiento; la fama que, a virtud de tal tratamiento, se forma en el ambiente familiar o en el vecindario del domicilio del presunto padre; y la permanencia de los antedichos factores durante el lapso de tiempo señalado por la ley (sentencia de 6 de agosto de 1969 C.S. deJ.)

La Ley 45 de 1936 corresponde a la Ley Francesa de 16 de noviembre de 1912, pero la Ley Colombiana en el numeral 4 del art. 4 no menciona la palabra "concubinato" (como sí lo hace la de Francia), dice sólo relaciones sexuales estables y continuas; hoy sólo se exigen las relaciones sexuales conforme a la reforma introducida por la Ley 75/68, sin necesidad de ser estables y notorias.

### 3. Acción de investigación de la paternidad en Colombia:

El legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo. Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosa<sup>mente</sup> en el juicio, so pena de nulidad, art 403 del Código Civil Colombiano, aplicable a la filiación extramatrimonial por mandato expreso del art 10 de la Ley 75/68.

El hijo puede ejercer la acción por sí mismo, o representado por quien ejerza su patria potestad o su guarda, cuando es incapaz; la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o

educación del menor y el Ministerio Público, art. 12 de la Ley 45 de 1936. Fallecido el hijo, la acción de filiación natural corresponde a sus herederos legítimos y a sus ascendientes, art 7 de la Ley 45.

Muertos el presunto padre o madre, la acción se adelanta contra sus herederos y cónyuge, art. 7 de la misma ley.

La acción de reclamación de estado civil en Colombia es imprescriptible, la jurisprudencia matiza este punto: el estado civil es una situación jurídica que está fuera del comercio y que no prescribe...sin embargo, de su carácter imprescriptible, el mismo Código consagra términos de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad y de la maternidad. Estos plazos de caducidad no tocan la acción de reclamación de estado, que conserva su calidad de imprescriptible, sino con el ejercicio de la acción de impugnación (sentencia de 16 de agosto de 1969 de la Corte Suprema de Justicia) (34).

Tales plazos están señalados en diferentes artículos del Código Civil Colombiano: art. 217 sobre la reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, debe hacerse dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que conoció el parto; art. 221, los herederos y personas actualmente interesadas, tienen para provocar el juicio de ilegitimidad, sesenta días desde aquél en que supieron la muerte del padre, o en que conocieron el nacimiento del hijo; el mismo plazo tienen los ascendientes legítimos del marido, art 222; el art 336 señala como plazos a el marido de

la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo; a los verdaderos padre y madre legítimos del hijo para conferirle sus derechos; y a la madre natural para exigir alimentos al hijo, en el caso de maternidad disputada; para impugnarla dentro de los diez años siguientes a la fecha del parto, o dos años más, si sale inopinadamente a la luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa; y, el art 337 concede acción a otra persona a quien perjudique actualmente en sus derechos sucesorios la maternidad putativa, cuya acción expira a los sesenta días del fallecimiento del padre o madre.

#### 4. En la Legislación Española:

Después de la reforma introducida por la ley de 13 de mayo de 1981, el nuevo art. 127/1 del C.C. dice que "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas..."

El art 7 de la Ley 75 de 1968, en Colombia, afirma que, en todos los juicios de investigación de la paternidad o maternidad, el juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordenará peritación antropo-héredo-biológica, con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres

patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles...La renuencia de los interesados a la práctica de tales exámenes, será apreciada por el juez como indicio, según las circunstancias.

Con lo anterior observamos que la ley española es más práctica al permitir toda clase de pruebas, incluidas las biológicas en la investigación de la paternidad y de la maternidad; cosa que debería tenerse en cuenta en Colombia en orden a una posible reforma, pero manteniendo el último inciso, o sea, que la negativa a someterse a la práctica de dichas pruebas, es un indicio, por cuanto consideramos que es primordial el derecho del hijo a conocer quienes son sus padres.

El art. 127 del C.C.Español debe relacionarse con el 135 del mismo estatuto que afirma: "Aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo".

El art. 135 alude al objeto de la prueba y el 127/1 a los medios de prueba.

a. Artículo 135 del Código Civil Español: cuando no exista prueba directa de la generación o del parto, se acude a las pruebas indirectas, como sigue:

1) Presunciones iuris del precepto: los tres supuestos

del art. 135 son, procesalmente, presunciones iuris de carácter relativo, pues admiten prueba en contrario, pero limitan la voluntad del juez: éste sólo "podrá" (a falta de prueba directa) declarar la filiación si estima probados los que son elementos necesarios (aunque no suficientes, puesto que cabe la prueba contraria, de aquí que el artículo diga "podrá" y no "deberá"), para que la filiación pueda declararse(35). Las dichas presunciones iuris son:

a) Reconocimiento expreso o tácito: actualmente no es necesaria la existencia de escrito indubitado del padre que reconoce. Afirma la doctrina (36), que si el reconocimiento consta por escrito, éste ha de ser indubitado, en el sentido de que ha de proceder del presunto progenitor quien podrá impugnar su autenticidad. No es necesario que el documento sea autógrafo. El reconocimiento tácito se traduce en comportamientos de los que cabe inducir una determinada voluntad, o sea, se concluye, que un hombre es el padre de un hijo.

b) Posesión de estado: en la filiación extramatrimonial, según la sentencia de 24 de febrero de 1966, no cabe exigir que los actos demostrativos de la paternidad natural sean tan ostensibles como los propios de la familia legítima, ya que, en ésta, los cónyuges nada tienen que esconder u ocultar en las relaciones paterno-filiales, pero, en cambio, es normal y corriente que el padre natural no suela alardear de su paternidad (37). La posesión de estado debe reunir los tres elementos de nomen, tractatus y fama o reputatio.

La Jurisprudencia Española en la sentencia de 10 de marzo de 1988 del Tribunal Supremo afirma que la posesión de estado - consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con

respecto a su padre natural, cuando este concepto se forma - por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo.

c) La convivencia de la madre en la época de la concepción: se alude al concubinato.

2) Pruebas biológicas: Rivero H. (38), afirma que cuando se habla de éstas se piensa en la heredobiológica, la de los grupos sanguíneos y la del grado de madurez del recién nacido.

La prueba biológica o antropomorfológica se basa en el estudio de hasta 260 a 300 caracteres diferentes del hijo, la madre y el presunto padre; pruebas que pueden dar como resultado la exclusión de la paternidad o la afirmación de la misma. Está también el método antropobiométrico, cuyas estadísticas han demostrado un 99.6847% de probabilidad de exclusión de la paternidad y un 99.9984% de probabilidad de paternidad (39).

La prueba de los grupos sanguíneos se realiza estudiando diversos grupos y factores: A-B-O (con subgrupos A1 y A2), M-N, factores S-s, P-p, Rh (con varios grupos de antígenos: Rho, Rh1, Rh2, como positivos, y, rh; rh'); como negativos en la nomenclatura de Wiener; Fisher distingue tres pares de antígenos: C-c, D-d, E-e; se estudian ciertos componentes séricos: haptoglobulinas, gammaglobulinas, betaglobulinas). Del estudio de los grupos sanguíneos se alcanza una probabilidad de exclusión de la paternidad de un 98%.

La prueba del grado de madurez del recién nacido: se ha comprobado que hay una íntima relación entre la duración del embarazo y el grado de desarrollo de ciertas medidas del recién nacido: talla, peso, diámetros y perímetros craneales, etc. Con esos datos se han podido elaborar ciertas tablas, de las que se obtienen porcentajes de probabilidad y grados de verosimilitud relacionando la duración de la gestación con aquéllas ; con estas tablas y según el sexo y otros datos puede excluirse con seguridad ciertas paternidades.

Existen otros métodos: el de Kühne o prueba morfológica de la columna vertebral, también excluyente de la paternidad; y, el muy importante sistema HLA, también excluyente de la paternidad. Y vendrán otros muchos más con el avance de la Genética.

No profundizamos en ninguno de los sistemas, apenas hacemos - breve referencia a ellos, puesto que se necesitan conocimientos especializados, que ignoramos completamente. Dejamos a la Ciencia Médica lo suyo.

Prosiguiendo, si no existe prueba directa de la generación (la biológica), o del parto (el hecho del nacimiento y la identidad del hijo), puede declararse la filiación si se demuestra cualquiera de los tres hechos base de las presunciones iuris, ya vistas, o, un hecho análogo a ellos.

3) Presunciones facti del art. 135 del C.C.: la última frase de este precepto es harto interesante "...o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo". Lo que podría, en principio, hacer pensar en un número ilimi-

tado de hechos que se convertirían en indicativos de paternidad a través de pruebas, pero que, como veremos adelante, es limitado.

La doctrina (40) afirma que es concepto peligroso declarar la paternidad por analogía, lo que no deja de propiciar una gran amplitud de riesgos (41).

El concepto es limitado porque la ley no autoriza a declarar la filiación que resulte de otros hechos, sino de otros hechos análogos, por ello compartimos plenamente la opinión de De la Cámara (42) cuando dice, que aunque quizá sin toda la claridad deseada; el artículo quiere significar que debe existir una cierta analogía entre el hecho base de la presunción (facti) con alguno de los tres hechos bases de las presunciones iuris que enuncia el precepto. Es decir, que la ley permite establecer la filiación en virtud de presunciones facti conforme al art. 1253 del C.C. que afirma que, para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo. Este inciso únicamente puede interpretarse de esta forma, no sólo porque, si la filiación pudiera establecerse libremente en función de presunciones facti sentadas por el juez sin necesidad de atenerse a otras exigencias que las derivadas del art. 1253, todo el art. 135 (salvo al permitir que la filiación se declare si existe prueba directa de la generación o del parto) sobraría, sino que, además, no tendría explicación que la filiación pudiera inferirse de otros hechos de modo análogo.

¿Cuándo existe analogía entre una presunción facti y cualquiera de las presunciones iuris del art. 135?. Continúa el mismo autor diciendo que no parece fácilmente imaginable un supuesto análogo, pero distinto, del reconocimiento expreso o tácito, expresión omnicomprensiva que abarca cualquier posibilidad de inferir la filiación, fundada en el comportamiento del presunto progenitor, independientemente de la posesión de estado. Tampoco es claro como funciona la analogía respecto de la posesión de estado; aunque falte uno de los elementos que la caracteriza, si se trató de dar discrecionalidad al juez a la hora de precisar si hay o no posesión de estado, debió hacerlo conforme al Derecho Francés (y también al Derecho Colombiano), que dice que la paternidad puede declararse en el caso de que el pretendido padre haya provisto a la educación y establecimiento del hijo en calidad de padre, si, como se dijo, aunque falte uno de los elementos que la caracterizan puede declararse la filiación conforme a la última frase del 135, o sea, que puede declararse la filiación no sólo en el caso de que los actos constituyan una cuasi-posesión de estado, sino porque también son subsumibles dentro del reconocimiento tácito. En cuanto a la posesión de estado la analogía cabría si los actos proceden exclusivamente de la familia en el caso de que el hijo haya nacido después de muerto el padre, o, si éste, en vida, es pasivo ante la conducta de la familia. Lo más que puede concederse es que hay una situación análoga a la posesión de estado si el presunto progenitor no se opone a que su familia trate al presunto hijo como suyo.(43).

En cuanto a la cohabitación de los padres en la época de la concepción, el hecho análogo son las relaciones sexuales ais-

ladas, partiendo de la base de fidelidad de la mujer (44), o pueden ser cualesquiera que dejen acreditada cumplidamente la cohabitación, en cuanto elemento fáctico imprescindible por exigencia de la biología, (y al margen de la inseminación artificial), para el nacimiento de un hijo, basta una sola cohabitación o relación sexual apta para la generación (45).

De la Cámara (46), afirma que es inadmisibles declarar la filiación con base en una sola cohabitación, puesto que es difícil probar que hombre y mujer han cohabitado, excepto que concurre otra circunstancia indiciaria; pero interpretando benévolamente el art. 135 conduciría a que la negativa injustificada del hombre a someterse a la prueba hematológica, sería una actitud sospechosa, puesto que dicha prueba puede descartar definitivamente la paternidad y, la prueba de una cohabitación en la época de la concepción, si el demandado no aporta ninguna otra para demostrar que no es el padre, permitirá al juez declarar la paternidad. No compartimos esta opinión puesto que es posible declarar la filiación con base en una sola cohabitación, si las relaciones sexuales fueron aptas para engendrar; cosa diferente es la prueba de esa cohabitación, pues en el supuesto de no existir otras, la única conducente sería la prueba biológica y, si el hombre se niega injustificadamente a someterse a ella, es un indicio que puede conducir al juez a declarar la filiación (la prueba biológica es también un medio de defensa para el demandado, pues con ella se puede descartar o excluir su pretendida paternidad).

La doctrina estima que la única cohabitación bastante es cuando el hombre ha sido castigado como reo de un delito de viola

ción, estupro o rapto perpetrado en la persona de la madre(47) En este caso es cierto que la comisión del delito es suficiente para declarar la filiación, si se cometió durante la época en que se presume tuvo lugar la concepción y fue apta para engendrar, pero no es menos cierto que una sola cohabitación dé lugar a declarar la filiación, porque, como afirmamos arriba, es cuestión de prueba.

A este respecto opina la Jurisprudencia que el art. 127 del Código Civil da a entender que hay gran libertad de prueba, pero el art. 135 limita considerablemente los medios de prueba, ya que una interpretación racional de dicho precepto nos lleva a la necesaria conclusión de que en el mismo se contemplan dos clases de pruebas acreditativas de la filiación; las directas entre las que deben incluirse las biológicas, y las indirectas o presuntivas, de las que el mentado precepto hace una relación abierta en la que habremos de entender incluidas juntamente con las que de manera puntual relaciona, todas aquellas otras de las que "se infiera la filiación de modo análogo" ...Cuando el art. 127 admite toda clase de pruebas, parece claro que las admisibles para acreditar la filiación serán, no sólo los medios análogos a los indirectos que el art. 135 relaciona, sino también los que guarden analogía con los directos. Uno de los medios indirectos de prueba según el art 135 es la convivencia con la madre en la época de la concepción, habremos de reconocer con la doctrina jurídica dominante que no alcanza el rango de hecho análogo a la convivencia el acceso carnal aislado que, por carecer del carácter de estado continuado, no ofrece unas garantías de paternidad tan grandes como aquélla...no puede entenderse que constituya un

hecho del que se infiera la filiación de modo análogo al que se inferiría de la convivencia con la madre en el período de la concepción, y por ello carece, por sí mismo, de eficacia probatoria suficiente para acreditarla, si bien, lógicamente, puede ser tenido en cuenta como un medio que acrecienta la convicción judicial de la paternidad derivado de un hecho que, por ser análogo a los incluidos en el art. 135, puede alcanzar relevancia probatoria legal...

En verdad no sólo deben probarse las relaciones sexuales aisladas, sino que la prueba de éstas, sumada a otras que se anejen al proceso, darían lugar a declarar la filiación, nos lo demuestra la sentencia de 11 de marzo de 1988 del Tribunal Supremo: con base en relaciones sexuales pasajeras sostenidas por los litigantes, se demandó la investigación de la paternidad. En un primer examen biológico no se descartó la posibilidad de paternidad del hombre. Se citó nuevamente, con todas las formalidades legales al demandado, para ampliar las pruebas biológicas; el presunto padre no compareció. El Tribunal afirma: la finalidad de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto de orden material como moral, cita las sentencias de 19 de noviembre de 1985 y 14 de noviembre de 1987; ello no supone deducir una "ficta confessio" de la negativa a la extracción de unas gotas de sangre, sino meramente representa un indicio, valioso, que conjugado con otros elementos probatorios figurados en autos permitieron a la sentencia recurrida llegar a declarar la paternidad pretendida... No se infringió el principio de legalidad que consagra el art. 25 de la Constitución, sino simplemente, se ha tratado por la demandante y por la

sentencia recurrida declarar la paternidad de un hijo no matrimonial, actuando los Jueces y Tribunales según la ley y en garantía de los derechos de las personas que acudieron con ese fin a la vía judicial. (sentencia de 27 de junio de 1988 del Tribunal Supremo).

En el mismo sentido la sentencia de 21 de mayo de 1988 del Tribunal Supremo: entre los litigantes hubo relaciones sexuales, y el demandado se negó a someterse a las pruebas biológicas. El T.S. afirma: "...ciertamente la investigación de la paternidad por medios biológicos, que propicia el art. 39/2 de la Constitución y establece por su consecuencia el art. 127 del C.C., no puede ser impuesta obligatoriamente y contra su voluntad a ningún ciudadano, quien cuando se trate de análisis de sangre puede amparar su negativa a someterse a ella en los derechos a la protección de la intimidad y a la integridad física que le conceden los arts 15 y 18 de La Constitución Española, y que el derecho a investigar la paternidad no puede llevar a la consecuencia de que quien se niegue sin causa justificada a someterse a pruebas hematológicas incurra en "ficta confessio", sino que tal resistencia no pasa de constituir un indicio que, lógicamente ha de ser apreciado por la Sala Sentenciadora, unida a la oportunidad de acceso carnal con la demandante en la época de la concepción, para lo que no se necesita una situación de convivencia continuada, y a las manifestaciones públicas atributivas de la paternidad en cuestión, - reflejada en publicaciones y reportajes, no contradichos al tiempo de llevarse a cabo, revela un indicio valioso conducente, al reconocimiento de una presunción "seu iudicis" que lleva a la apreciación de certeza de la paternidad pretendida.."

Por su parte la sentencia de 12 de noviembre de 1987 del Tribunal Supremo, en un caso de noviazgo entre los litigantes durante varios años, en el cual el hombre abandonó a la mujer - al saberla embarazada, y, posteriormente se negó a practicarse las pruebas biológicas, afirma el Supremo: "...parece exagerado hablar de violación del art. 15 de la Constitución, para una cosa tan pequeña como un análisis de sangre, cuando de la actitud del padre dependen derechos y situaciones tan importantes como conceder o denegar la cualidad de hijo extramatrimonial a un hijo, circunstancias que según la realidad social actual imponen a acceder a tal prueba, cuando la finalidad en este caso de la norma (art.127), que permite las pruebas biológicas, no es otra que la defensa de los intereses personales en primer lugar del hijo, tanto de orden material como moral. Ello no supone deducir una "ficta confessio" de la negativa a la extracción de unas gotas de sangre, sino meramente representa un indicio, valioso, que conjugado con otros elementos probatorios permiten declarar la paternidad. Del hecho de considerarse probadas las relaciones de noviazgo público durante varios años, la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas y el comunicar su grupo sanguíneo a una hermana de la actora por si era necesario a la hora del parto, de todo ello se deduce que el enlace de esos hechos probados y el que se trata de deducir (relaciones sexuales) es preciso y directo, y responde a las reglas del criterio humano, tal como lo exige el art. 1253 del C.C., o sea, que la filiación se declaró con base en el art, 135, frase final..."

En el mismo sentido la sentencia de 7 de febrero de 1986 del T.S., que basándose en hechos análogos, en este caso el noviaz

go mantenido por las partes durante varios años, unido a las pruebas biológicas de paternidad muy probable, se declaró la paternidad extramatrimonial.

b. Acciones de filiación: el art. 127/2 del Código Civil Español preceptúa que, "el juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos e n que se funde". Creemos que se ha dejado al arbitrio del juez el admitir o no una demanda, lo cual podría ocasionar injusti cias tales como en el caso de haber existido relaciones sexua les pasajeras, donde lógicamente no hay testigos, y la única prueba que se solicite sea la biológica, ¿se admitirá esa de- manda? Depende de la libre apreciación del juez.

Pueden aducirse como principios de pruebas: documentos, testi monios, etc; pero en todo caso, pensamos que es el juez e l que decide. Un tanto peligroso.

1) Reclamación de filiación: cuando el hijo disfruta de constante posesión d e estado, puede reclamar la filiación cualquier persona con interés legítimo, art. 131/1 C.C., ex - cepto cuando se reclama una filiación que contradiga otra le- galmente determinada, art. 131/2.

La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida, art. 133 del C.C.

Las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante -

legal o por el Ministerio Fiscal, art. 129 C.C.

Si el hijo fallece antes de transcurrir cuatro años desde que alcance la plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que falte para completar dichos plazos, art 133/2 del C.C.

2) Impugnación de la filiación no matrimonial: cuando falte la posesión de estado, pueden impugnarse la filiación extramatrimonial, en cualquier tiempo, aquellos a quienes perjudique, art. 140 del C.C.

Cuando existe posesión de estado la acción corresponde al padre, madre, hijo, o quien pueda resultar perjudicado en su calidad de heredero forzoso. La acción caduca pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente, art. 140/2 del C.C.

El hijo tiene en todo caso la acción durante un año después de haber llegado a la plena capacidad, art. 140/3 del C.C.

La acción de impugnación de la maternidad sólo corresponde a la madre en cualquier tiempo demostrando suposición de parto o no ser cierta la identidad del hijo, art. 139.

Las acciones de filiación pueden continuarlas los herederos, art. 130 del C.C.

#### G. LEGITIMACION.

El art. 236 del Código Civil Colombiano dispone que los hijos concebidos fuera del matrimonio de sus padres que son legitimados por el que posteriormente contraigan aquéllos, son también hijos legítimos.

La legitimación puede producirse de dos formas en el Derecho Colombiano, así:

1. Por subsiguiente matrimonio: se legitiman por medio de éste, ipso iure, los hijos concebidos antes pero nacidos dentro de él, art. 237, y, también, los hijos reconocidos como naturales por sus padres, art. 238 del C.C.

Al respecto opina la Jurisprudencia Colombiana (48) que el matrimonio posterior legitima ipso iure a los hijos habidos antes por los cónyuges y reconocidos por el padre con las formalidades legales. En otros términos, para que esta legitimación se efectúe no es preciso que la madre los haya reconocido por instrumentos públicos entre vivos o por acto testamentario, pues respecto de ella tienen el carácter de hijos naturales por el hecho del nacimiento (sentencia de 10 de junio de 1948 de la Corte Suprema de Justicia).

2. Voluntaria: tiene lugar cuando los padres designan los hijos a quienes confieren este beneficio, en el acta de matrimonio, art. 239, o en escritura pública. Este beneficio se ha

ce en favor de los hijos vivos o muertos, art 239 C.C.

Cuando la legitimación no se produce ipso iure, el instrumento público de legitimación debe notificarse a la persona que se trate de legitimar, en forma directa o por medio de su tutor o curador, art. 240. La persona que no necesite tutor o curador para la administración de sus bienes, podrá aceptar o repudiar la legitimación libremente, art 241 del C.C.

La persona que acepte o repudie, debe declararlo por instrumento público dentro de los noventa días siguientes a la notificación. Transcurrido ese plazo, se entiende que acepta, a menos de probarse que estuvo imposibilitada para hacer la declaración en tiempo hábil, art. 243 del C.C.

La legitimación aprovecha a la posteridad legítima de los hijos legitimados. Si el hijo que se legitima ha muerto, la notificación se hace a sus descendientes legítimos, para que la acepten o repudien, art. 244 del C.C.

Con la promulgación de la ley 29 de 1982, sobre igualdad de los hijos, hemos de entender que los artículos anteriores se refieren, no ya a hijos legítimos únicamente, sino a toda clase de hijos.

3. Impugnación de la legitimación: el marido puede reclamar contra la legitimidad del hijo que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes a la celebración del matrimonio, si prueba que estuvo en absoluta imposibilidad física



ca de tener acceso a la madre, durante la época en que se presume la concepción, o si no tuvo conocimiento del embarazo al tiempo de casarse, y si por actos positivos no ha manifestado reconocer al hijo después de nacido, arts. 237, 217 a 223.

Los descendientes legítimos del hijo legitimado que ha muerto, pueden impugnar la legitimación por haberse omitido la notificación o la aceptación, arts. 249 y 244 del C.C.

En los demás casos podrá impugnarse la legitimación probando alguna de las causas siguientes.:

- 1º Que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante.
- 2º Que el legitimado no ha tenido por madre a la legitimante, arts. 248 y 335 a 338 del C.C.

No serán oídos contra la legitimación sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes; estos en sesenta días contados desde que conocieron la legitimación; aquellos en los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho, art. 248/4 del C.C.

La Corte Suprema de Justicia por sentencia de 14 de diciembre de 1960 advirtió que los hijos extramatrimoniales, cuyos padres celebraron matrimonio sin haberse realizado la legitimación, pueden impetrarla probando: a) su condición de hijos extramatrimoniales, ante todo en relación con el padre, acreditando cualquiera de los extremos del art. 4 de la ley 45/36 ; b) el matrimonio de los padres entre sí. (49).

La Ley Colombiana, en orden a una posible reforma, debería establecer que todo hijo que nazca fuera del matrimonio de sus padres, una vez casados éstos, se legitime ipso iure por el sólo hecho del matrimonio, si el hijo ha ostentado la posesión de estado o el reconocimiento tácito, excepto el caso en que el hijo tenga reconocida una filiación extramatrimonial o matrimonial respecto de un hombre diferente al futuro esposo de la madre.

4. La figura de la legitimación en el Derecho Español: desapareció con la reforma de 1981.

Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio..., art. 116 del Código Civil Español.

La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores, cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo, siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente. Lo establecido en el párrafo anterior aprovecha en su caso, a los descendientes del hijo fallecido, art 119 del C.C.

El Código Civil Colombiano en el art. 245 preceptúa que el beneficio de la legitimación no se retrotrae a una fecha anterior al matrimonio que la produce.

5. Impugnación de la filiación: el Código Civil Español - concede al marido la facultad de destruir la presunción de pa

ternidad, mediante declaración auténtica cuando el hijo nace dentro de los primeros ciento ochenta días de la celebración del matrimonio. Esa declaración auténtica debe formalizarse dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Excepto cuando reconoce la paternidad expresa o tácitamente o conoció el embarazo de la mujer antes de la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo, art. 117 del C. C.

Con la reforma de 13 de mayo de 1981, se suprimieron, o mejor, cambiaron como ya dijimos, los términos de legítimo e ilegítimo, por matrimonial y extramatrimonial, mal podría la Ley Española, entonces, hablar de legitimación; ésta existe, según vemos en los artículos arriba mencionados, pero su denominación jurídica no es ya la misma. En España sólo existe, desde 1981, la filiación por naturaleza o por adopción. La primera es matrimonial y/o no matrimonial, art. 108 del C.C.

#### H. PATRIA POTESTAD.

En España, con la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, se acogió su regulación bajo el epígrafe "De las relaciones paterno-filiales" (título VII del Libro I del Código Civil).

Los padres ejercen la patria potestad sobre los hijos no emancipados, art. 154 del Código Civil Español. La patria potestad

se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro, art. 156 del Código Civil Español.

Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro, art 288/2 del Código Civil Colombiano (modificado así por el decreto 2820 de 1974).

La patria potestad no se extiende al hijo que ejerce un empleo o cargo público, en los actos que ejecuta en razón de su empleo o cargo. Los empleados públicos menores de edad, son considerados como mayores en lo concerniente a sus empleos, art. 290 del Código Civil Colombiano.

El art. 111 del Código Civil Español excluye de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostenta derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor en dos casos:

1º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

2º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos el hijo no ostenta el apellido del padre, excepto que lo solicite él mismo o su representante legal.

La última parte del precepto dice que quedan a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.

En lo que se refiere a la segunda hipótesis de privación de la patria potestad, afirma García Cantero, con razón, ¿no ca-

be pensar que la oposición a una acción de reclamación de la paternidad tenga un fundamento racional?...El artículo es polémico y puede cuestionarse si no viola el art. 14 de la Constitución sobre la igualdad de todos los españoles (50).

1. Ejercicio de la patria potestad: si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva. El juez, a solicitud del otro progenitor, podrá atribuir la patria potestad al solicitante, en interés del hijo, para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio, art. 156/5 del Código Civil Español. El art. 159 del mismo cuerpo legal, dice, también, que si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo.

Por su parte, el art. 449 del Código Civil Colombiano, dispone que los padres de los hijos extramatrimoniales ejercen la patria potestad si viven juntos. En caso contrario, lo ejerce el padre que tenga a su cuidado el hijo. Se entiende que ejerce la patria potestad el padre que reconoció al hijo, art. 61 de la Ley 153 de 1887. En el inciso 2º dice el mismo precepto que la persona casada no podrá tener a un hijo natural, hoy extramatrimonial, en su casa sin el consentimiento de su mujer o marido. Inciso que consideramos derogado tácitamente por la Ley 29 de 1982 que estableció la igualdad de todos los hijos, por cuanto discrimina a los hijos extramatrimoniales e n

el derecho que les asiste a convivir con sus padres.

2. Representación de los hijos: el art. 162 del Código Civil Español dispone que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

1º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

2º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

El Código Civil Colombiano dispone en su art. 306/1 que la representación del hijo corresponde a cualquiera de los padres. Si falta uno de ellos, la representación legal será ejercida por el otro. Cuando se trate de hijos extramatrimoniales, no tiene la patria potestad, ni puede ser nombrado guardador, el padre o madre declarado tal en juicio contradictorio, art. 62 num. 1 del Código Civil Colombiano, igualmente, puede el juez, con conocimiento de causa y a petición de parte, conferir la patria potestad exclusivamente a uno de los padres, o poner bajo su guarda el hijo, si lo considera más conveniente a los intereses de este.

3. Administración de los bienes del hijo: el art. 164 del Código Civil Español preceptúa que los padres administran los

bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios. Excepto:

- 1º Los bienes que el hijo adquiriera a título gratuito.
- 2º Los que el hijo adquiriera por sucesión en que el padre o la madre fueron justamente desheredados o declarados indignos.
- 3º Los de los hijos adoptados en forma simple.
- 4º Los adquiridos con el trabajo del hijo.

En el mismo sentido el art. 291 del Código Civil Colombiano , excepto en lo que se refiere al usufructo de los bienes.

En España el usufructo pertenece al hijo, no obstante el o los padres, pueden destinarlo, en la parte que corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, en cuyo caso no están obligados a rendir cuentas, art. 165 del C.C.

En Colombia, padre y madre gozan por iguales partes del usufructo de los bienes del hijo, excepto: los adquiridos con el trabajo del hijo; los que éste adquiere a título gratuito o por sucesión, cuando uno o ambos padres fueron desheredados o declarados indignos, art 291 del C.C.

La Ley Colombiana concede la administración de los bienes del hijo, sobre los cuales existe usufructo, a los padres, art. - 295 del mismo cuerpo legal.

#### 4. Derechos y deberes de los hijos:

- a. Mientras permanezcan bajo la patria potestad de sus

padres, deben obediencia y respeto, arts. 250 del C.C.Colombiano y 155/1 del C.C.Español.

b. Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas familiares mientras convivan con ella, art. 155/2 del C.C.Español.

A cuidar de los padres en su ancianidad, en estado de demencia o cuando necesiten sus auxilios, art. 251 del C.C.Colombiano.

Estas obligaciones entran en la de alimentos, como veremos después.

c. Afirma la doctrina (51) que sin que constituya propiamente una facultad jurídica, los hijos deben ser oídos, art. 154/5 del C.C.Español, por sus padres antes de adoptar decisiones que les afecten, siempre que tuvieren suficiente juicio.

d. El hijo tiene derecho a relacionarse con otros parientes y allegados, art. 161/2 del C.C.Español.

e. Tienen derecho al socorro de todos los demás ascendientes, art. 252 del C.C.Colombiano.

f. Tienen derecho a recibir alimentos de sus padres, arts 253 del C.C.Colombiano y 110 del C.C.Español.

##### 5. Derechos y deberes de los padres:

a. Velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, art. 154/1 del C.C.Español.

Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos, art. 253 del C.C.Colombiano. Dentro de la crianza y educación se incluyen, por lo menos, la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio, art. 62/2 de la Ley 153 de 1887 en Colombia,

b. Pueden corregir razonable y moderadamente a los hijos, art. 154/6 del C.C.Español.

c. El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen derecho a relacionarse con sus hijos menores, art. 161/1 del C.C.Español.

Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se le prohibirá visitarlos con frecuencia y libertad, según estime el juez, art. 256 del C.C.Colombiano.

d. Los padres, de común acuerdo, dirigen la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más conveniente para éstos; así mismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento, art. 264 del C.C.Colombiano.

6. Derecho de alimentos: entre todos los derecho-deberes de los padres y los hijos, se encuentra éste que es el más im

portante; se ha considerado un derecho extrapatrimonial, pero deviene patrimonial en cuanto se hace valer. Es extrapatrimonial porque es personalísimo, intransmisible, irrenunciable, arts. 424 del C.C.Colombiano y 151 del C.C.Español.

Se deben alimentos los ascendientes y descendientes, entre otros, art. 143/2 del C.C.Español, o sea, que desde la reforma de 1981, estas personas se deben recíprocamente alimentos sin tener en cuenta su filiación.

El art. 411/5 y 6 del C.C.Colombiano dice que se deben alimentos a los hijos naturales, su posteridad legítima y a los nietos naturales, pero después de la reforma de la Ley 29 de 1982 sobre igualdad de derechos de los hijos, se deben alimentos a todos los hijos en general y a sus descendientes, ello porque desde 1982, el hijo extramatrimonial entra a pertenecer a la familia de sus padres.

El num. 6º de dicho precepto afirma que se deben alimentos a los ascendientes naturales. El num. 9º del mismo dispone que se deben alimentos a los hermanos legítimos, debe extenderse a los extramatrimoniales.

Los alimentos se deben desde la presentación de la demanda y se pagan por meses anticipados, arts. 421 del C.C.Colombiano y 148 del C.C.Español.

Pueden pagarse, también, consignando una cantidad en un banco y cancelándose con sus intereses o prestando garantía personal o real, art. 423 del C.C.Colombiano.

El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos, art. 149 del C.C.Español. Puede pagarlos también por testamento o por pacto, art. 153 del C.C.Español.

En la prestación de alimentos puede existir la gestión de negocios ajenos, cuando a la persona (hijo) necesitada de ellos, se los presta un extraño, arts. 261 del C.C.Colombiano y 1894/1 del C.C.Español.

Aunque el derecho de alimentos no sea susceptible de compensarse o renunciarse, las pensiones alimenticias atrasadas pueden renunciarse y/o compensarse, y ser transmitidas a título oneroso o gratuito para demandarlas, arts. 426 del C.C.Colombiano y 151/2 del C.C.Español.

7. Suspensión de la patria potestad: se presenta con respecto a cualquiera de los padres, por demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia, art. 310 del C.C.Colombiano.

Cuando se suspende la patria potestad, se nombra guardador al hijo no habilitado de edad, art. 310/2 del C.C.Colombiano.

La suspensión de la patria potestad o de la guarda del menor, la decreta el juez por las siguientes causales: a) en los casos de emancipación judicial del art. 315 del C.C.C; b) por vagancia o mendicidad habituales del menor, en caso de que pa

dres o guardadores no empleen toda su diligencia para impedirlo; y, c) cuando el juez de menores lo crea conveniente para la salud del niño, o para evitarle grave peligro físico o moral, art. 64 de la Ley 83 de 1946, en Colombia.

La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos, art. - 310/3 del C.C.C. A su vez, el C.C.Español en su art. 110 dice que el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.

8. Prórroga de la patria potestad: se presenta por ministerio de la ley, cuando el hijo ha sido incapacitado y llega a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que vive con sus padres o uno de ellos, es incapacitado, no se constituye tutela, sino que se rehabilita la patria potestad por quien la ejercía cuando el hijo era menor, art. 171/1 del C.C.Español.

La patria potestad prorrogada termina: a) por la muerte o declaración de ambos padres o del hijo; b) por adopción del hijo; c) por declaración de cesación de la incapacidad; d) por el matrimonio del incapacitado. Si al cesar la patria potestad prorrogada subsiste el estado de incapacitación, se constituye tutela, art. 171 del C.C.Español.

9. Terminación de la patria potestad:

a. Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, arts. 169/1 del C.C.Español y 314/1 del C.C.Colombiano.

b. Por la emancipación: que es el hecho que pone fin a la patria potestad; puede ser: voluntaria cuando quien ejerza ésta lo hace por medio de instrumento público, arts. 313/1 del C.C.Colombiano y 317 del C.C.Español; la emancipación, una vez efectuada, es irrevocable, arts. 313/2 del C.C.Colombiano y 318/2 del C.C.Español.

La emancipación legal se produce cuando el hijo llega a la mayor edad, arts. 314/3 del C.C.C. y 314/1 del C.C.E.; cuando el hijo contrae matrimonio, arts. 314/2 de ambos estatutos; y, por el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido, arts. 314/4 y 97 del C.C.Colombiano.

La emancipación judicial se presenta: a) cuando quien ejerza - la patria potestad maltrata habitualmente al hijo, causándole grave daño o poniendo en peligro su vida, arts. 315/1 del C.C. Colombiano y 320/3 del C.C.Español; b) por haber abandonado - al hijo, art. 315/2 del C.C.C.; c) por depravación que los incapacite para ejercer la patria potestad, art. 315/3 del C.C.C. d) por haber sido condenado quien ejerza la patria potestad, a pena privativa de la libertad superior a un año, art. 315/4 - del C.C.C.; e) cuando quien ejerce la patria potestad contrae nupcias o convive maritalmente con persona distinta del otro progenitor, art. 320/1 del C.C.E.; y, f) cuando los padres viven separados, art. 320/2 del C.C.E.

En los casos de emancipación judicial, el juez procede a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aún de oficio, art. 315/6 del C.C.C.; por su parte el art. 320/1 del C.C.E. dice que cuando el hijo mayor de dieciséis años la pida y previa audiencia de los padres.

c. Por la adopción del hijo, arts. 169/3 del C.C.Español y 278/1 del C.C.Colombiano.

#### I. OTROS DERECHOS PATRIMONIALES DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES.

Incluimos en este aparte los derechos sucesorios porque, con lo hasta ahora visto, se observa como actualmente los hijos extramatrimoniales se equiparan en derechos y obligaciones a los matrimoniales.

Desde la reforma que la Ley 11 de 1981 introdujo en la Legislación Española, sobre filiación, entre otros temas, un avance, los hijos extramatrimoniales heredan en igual proporción que los matrimoniales; lo mismo se predica de la reforma producida por la Ley 29 de 1982, sobre igualdad de todos los hijos, en el Derecho Colombiano.

La igualdad herencial de todos los hijos se presenta si la muerte del causante acaece después de su vigencia, así lo ordena el art. 11 de la Ley 29/82 y la disposición transitoria octava de la Ley 11 de 1981. Compartimos la opinión de Morales Ospina (52) cuando afirma que habría sido mejor que la

Ley 29, en Colombia, expresamente hubiera dado efecto retrospectivo a la norma para establecer que los hijos extramatrimoniales concebidos antes de la vigencia de esta Ley, herederan igual que los nacidos en matrimonio, basándose en el art. 30 de la Ley 75 de 1968 que dispuso que en las sucesiones que se abran después de la sanción de esa ley, los hijos naturales - concebidos antes de la vigencia de la ley 45 de 1936 tendrán los derechos hereditarios concedidos al hijo natural por dicha ley.

Son herederos forzosos según el art. 807/1 del Código Civil - Español: los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, y, conforme al art. 808/1 del mismo estatuto, - constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

En la sucesión abintestato dispone el art. 931 del C.C.Español que los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación.

En Colombia, el art. 4º de la Ley 29 de 1982 modificó el art. 1045 del C.C. así: los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales excluyen a todos los otros herederos y recibirán en tre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.

El art. 2º de la Ley 29 de 1982 preceptúa que son llamados a la sucesión intestada: los descendientes, los adoptivos... Debió decirse solamente "los descendientes" expresión que abarca todos los hijos.

En cuanto a la representación, hay siempre lugar a ella en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos art. 3º de la Ley 29/82, que modificó el art. 1043 del C.C.Co lombiano; y, art. 925 del C.C.Español.

El art. 7º de la Ley 29 modificó el art. 1050 del C.C.Colombiano, estableciendo que la sucesión del hijo extramatrimonial - se rige por las mismas reglas que la del causante legítimo. Artículo que consideramos innecesario puesto que la ley equipara los hijos totalmente, no hay razón para que un artículo se refiera a ello; era justificable anteriormente porque el hijo extramatrimonial era considerado diferentemente por el Ordenamiento Jurídico. La mejor solución debió ser la derogación del art. 1050 del C.C.C.

El art. 9º de dicha ley modificó el art. 1240 del C.C.C. disponiendo que son legitimarios, en primer lugar, los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial.

Este precepto olvidó que los hijos, en general, son iguales, - según el art. 1º de la misma ley que adicionó el art. 250 del C.C.C., los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos - tendrán iguales derechos y obligaciones; y, el art. 9º dice que se puede ser representado por su descendencia legítima o extramatrimonial, ¿qué pasó con la descendencia adoptiva?, si no se trata de olvido, entonces el art. 9º contraría el art. 1º de la mencionada ley; preferible que él hubiera dicho: tienen calidad de legitimarios: los hijos, personalmente, o representados por sus descendientes.

Todo lo hasta ahora dicho sobre los derechos de los hijos, en todos los campos, se predica sólo de los hijos extramatrimoniales reconocidos, en ambas legislaciones; lo que quiere decir que en la práctica, los hijos no reconocidos, no tienen derechos. La ley es letra muerta para ellos. Es urgente que en las legislaciones de los dos países objeto de este trabajo, se tomen medidas. Las únicas legislando, no sólo sobre los derechos de los hijos no reconocidos, sino, también, de los padres extramatrimoniales entre sí.

Y la única forma de que tales derechos no sean burlados, aún por la misma ley, sería regulando la unión marital y, dentro de ella, respecto de los hijos, estableciendo la presunción de que los nacidos durante ésta, tengan por padre al compañero de la madre. Claro que esta presunción operaría sólo en los casos en los que la unión libre fuera estable y notoria. En este supuesto incumbe al padre probar que el hijo concebido por la mujer no es suyo.

En las relaciones sexuales pasajeras, la prueba de la paternidad incumbe a la madre y al hijo.

No se trata de establecer una presunción progresista, puesto que ya existió en el Derecho Histórico de España y Colombia. Se trata de la no discriminación entre las personas, iguales éstas ante el Ordenamiento Jurídico.

Mientras no se regulen estos aspectos y, aunque la ley predica la plena igualdad de todos los hijos, siempre habrá hijos sin derechos. ¿Es justo?.

#### J. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE METODOS DE INSEMINACION.

Antes de terminar este capítulo queremos tocar tangencialmente este tema. Tangencialmente porque no conocemos a fondo la problemática que, en todo caso, actualmente, es motivo de grandes polémicas y no tiene soluciones concretas.

Los conceptos tradicionales de concepción, madre (*mater semper certa est*), y, padre (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), ante los avances de la Genética, estarán "pasados de moda" en poco tiempo. Mientras la Ciencia Médica avanza a pasos agigantados, nuestro viejo Derecho va a pasos muy lentos.

Con los modernos métodos de inseminación artificial o fecundación in vitro, la concepción ya no se deducirá, sino que será un hecho de comprobación exacta; aquella ya no será un acto íntimo de la pareja, sino un hecho en el que contribuyen varias personas.

La presunción de que el hijo que de a luz una mujer tiene por padre al marido de ésta, también se cuestionará por los mismos motivos. Si una mujer casada se hace inseminar artificialmente con el semen de un tercero, sin el consentimiento de su marido, ¿de quién es el hijo?, o mejor, ¿quién es el padre?. Como es algo tan novedoso, carente aún de regulación positiva, el marido no podrá argüir las relaciones sexuales de su esposa con un tercero durante la época de la concepción, para destruir la presunción de su paternidad, por lo menos ante el Derecho Colombiano, en el Derecho Español esta hipótesis podría caber dentro de la última frase del art. 135 C.C.

Y, si la mujer es inseminada artificialmente o su óvulo fecundado in vitro con semen de un tercero, con el consentimiento del marido, ¿qué relación jurídica nace entre el hijo y el marido de su madre?. Se considera que el marido adopta ese hijo. Si de todas formas se produce una adopción, preguntamos ¿a qué fin se acude a métodos tan costosos y largos, cuando hay tantos niños que necesitan padres?. Al final el resultado es el mismo: adoptar.

Y qué decir de los hijos de mujer viuda concebidos con el semen de su difunto marido. Si estos hijos nacen después de trescientos días desde la disolución del matrimonio, a la luz del Derecho son extramatrimoniales ¿aunque el marido, en vida, ha ya consentido esa filiación?.

En cuanto a una mujer soltera, puede hacerse inseminar artificialmente, si quiere concebir, no se la puede prohibir, lo mismo se predica de una mujer que viva maritalmente, con o sin el consentimiento de su compañero. En este caso, de unión libre, el hijo de todas formas es extramatrimonial respecto de la madre y necesita el reconocimiento del padre, así: ese hijo natural puede ser adoptado por su padre o su madre. El hijo extramatrimonial de uno de los cónyuges puede ser adoptado por su padre o madre conjuntamente con su cónyuge, reza el art 273 del C.C.Colombiano, se requiere el consentimiento del cónyuge para adoptar, art. 271/2 del C.C.Colombiano.

Por su parte el art. 175 del C.C.Español, con la nueva redacción que le dió la Ley 21 de 11 de noviembre de 1987, en su num. 3/1 prohíbe adoptar a un descendiente, y, el art.177/2/1

del mismo cuerpo legal establece que se necesita el consentimiento del cónyuge del adoptante.

El C.C.Español expresamente señala en su art. 175/4, nueva redacción, que fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona,

Con lo anterior observamos, como en el caso de la convivencia extramatrimonial, no puede adoptarse un hijo conjuntamente por los convivientes. La Ley, en ambas legislaciones, exige que los adoptantes estén casados entre sí.

Retomando el hilo, el estado civil del hombre que dona el semen debe ser irrelevante para el Derecho. Normalmente los centros especializados en congelar semen, guardan secreto acerca de la identidad de los donantes.

Una gran polémica existe, también, actualmente, con las madres de alquiler, que son aquellas que "arriendan su vientre" para gestar y dar a luz un hijo, al cual renuncian una vez nacido. Después del parto debe entregarlo a sus "padres", en esta hipótesis "la madre que hace el encargo" adopta el hijo, que pudo haber sido concebido con el semen de su marido, nos preguntamos sin obtener respuesta ¿quién es la madre ?.

En los casos de madre de alquiler, en los que normalmente se celebra un "contrato", creemos que éste es nulo por ilicitud de objeto, arts. 1518/3 y 1521 del C.C.Colombiano y 1271/1 del C.C.Español; en verdad pensamos que va contra la ética, contra las buenas costumbres, celebrar un contrato cuyo objeto -

sea ¡gestar y dar a luz un bebé!

En todo caso, hoy día, son muchos los problemas que el Derecho debe afrontar y tratar de solucionar; no puede ignorar estos hechos. Los criterios básicos de la filiación, creemos, variarán mucho y es urgente su regulación. Al final pensamos, que la verdad biológica no coincidirá con la jurídica: existirá una filiación jurídica.

## NOTAS DEL CAPITULO III

- (1) Oltra M., Enrique. El Hijo Ilegítimo no Natural. (Su Situación Jurídica). Editorial Montecorvo S.A. Madrid 1976, pág 56.
- (2) Gacto F., Enrique. La Filiación No Legítima en el Derecho Histórico Español. Anales de la Universidad Hispalense. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla. 1969, Tesis Doctoral, pág. 63.
- (3) Idem pág. 70.
- (4) Idem pág. 87 ss.
- (5) Id. págs. 96 ss.
- (6) Id. págs. 110 ss.
- (7) Id. págs. 133 ss.
- (8) Id. págs. 163 ss.
- (9) Id. págs. 180 ss.
- (10) Posar B., Enrique. Estudios de Derecho de Familia. T.III Las Uniones Libres. La Evolución Histórica del Matrimonio y el Divorcio en España. Editorial Bosch. Barcelona. 1981 págs. 201 y 202.
- (11) Herrera C., Ramón. La Investigación de la Paternidad y La Filiación No Matrimonial. Universidad de Granada. Granada 1987, pág. 46.
- (12) García G., Florencio. Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español. T.I. Madrid. 1852. Sociedad Tipográfico-Editorial, págs. 141 ss.
- (13) Manresa y Navarro, J.M. Comentarios al Código Civil Español. T.I. Séptima edición, corregida, aumentada, revisada y puesta al día por D. Pascual Marín Pérez. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1956, pág. 700.
- (14) Idem pág. 735.
- (15) Id. págs. 777 y 778.
- (16) Cañón R., Pedro A. Derecho Civil. T.I. Personas y Familia Legislación. Jurisprudencia. Doctrina. Editorial ABC. Bogotá, pág. 433.
- (17) Id. id.
- (18) Castán V., José Ms. El Reconocimiento de La Filiación Natural en la Ley Colombiana de 1968 y su Reglamento de 1969. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Anuario de Derecho Civil. Madrid. 1970, pág. 144.
- (19) Serna M., Encarnación. La Reforma de la Filiación. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. 1985, pág. 239, cita a M. Albaladejo.
- (20) Valencia Z., Arturo. Derecho Civil. Derecho de Familia. T. V. Editorial Temis. Bogotá. 1983. Quinta edición, pág 455ss

- (21) Albaladejo G., Manuel. Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia. T.IV. Librería Bosch. Barcelona. 1982, pág. 232.
- (22) Id. id.
- (23) Herrera C., op. cit, pág. 79.
- (24) Citada por Serna M., op. cit, pág. 272.
- (25) Cañón R., op. cit, pág. 445.
- (26) Reyes M., Jorge R. Situación Jurídica del Hijo Natural en La Legislación Colombiana. Editorial Minerva S.A. Bogotá 1941, págs. 165 ss.
- (27) Cañón R., op. cit, pág. 448.
- (28) Id. pág. 470.
- (29) Herrera C., op. cit, págs. 84 ss.
- (30) Citada por Cañón R., op. cit, pág. 480.
- (31) Idem pág. 485.
- (32) Id. págs. 496 ss.
- (33) Id. págs. 518 ss.
- (34) Id, pág. 611.
- (35) De la Cámara A., Manuel. Comentarios al Código Civil y - Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo G. T. III. Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado. Eder sa, Madrid. 1984, pág. 533.
- (36) Idem, pág. 620.
- (37) Id. pág. 636.
- (38) Rivero H., Francisco, y otros. El Nuevo Régimen de la Familia. T.II. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1981, págs. 36 y 37.
- (39) Bauman, G y García Bohm, V, citados por Herrera C., op. - cit, pág. 149.
- (40) García C., Gabriel. La Reforma de la Filiación. Revista - General de Legislación y Jurisprudencia. 1983. T.I. Reus. Madrid. 1983, pág. 151.
- (41) Gitrama G., Manuel. Notas Sobre la Problemática Jurídica de la Pareja No Casada. Separata del Libro Homenaje a l Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño. Salamanca. 1984, pág. 240.
- (42) De la Cámara A., op. cit, pág. 527 ss.
- (43) Idem, pág. 641.
- (44) Gitrama G., op. cit, pág. 240.
- (45) Rivero H., op. cit, pág. 74.
- (46) De la Cámara A., op. cit, págs. 527 ss.
- (47) Idem, pág. 540.
- (48) Cañón R., op. cit, pág. 421.
- (49) Citada por Valencia Z., op. cit, pág. 370.
- (50) García C., op. cit, pág. 146.

- (51) Sancho R., Francisco, y, otros. El Nuevo Régimen de la Familia. T.II. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1981. pág. - 106.
- (52) Morales O., Jaime. Derecho de Familia. Teórico y Práctico. La Mujer ante el Derecho Civil-Penal y Laboral. Editorial El Decálogo. Bogotá. 1984, pág. 89.

## CAPITULO IV

## REGIMEN PATRIMONIAL DE LA FAMILIA DE HECHO

La unión libre no genera "per se" ninguna clase de sociedad. Pero es inevitable que durante el tiempo en que se prolongue la relación afectiva, los compañeros adquieran muebles y, tal vez inmuebles, trabajen en pie de igualdad o no para subvenir las diarias necesidades. En definitiva ayuden a "levantar el hogar". Y por falta de regulación, los bienes que cada uno de ellos adquiriera entrañen su haber personal, no en el de la sociedad (conyugal como sucede en el matrimonio, pues esa no cabe si no hay tal matrimonio).

La Jurisprudencia Colombiana en sentencia de 26 de agosto de 1966 de la Corte Suprema de Justicia (1), sostiene que ni el adulterio, ni siquiera el amancebamiento, generan por sí sólo sociedad de hecho entre los amantes. El desarrollo de su vida sexual bien puede transcurrir, y en muchos casos así sucede, a espaldas de lo que pudiera denominarse la actividad económica individual de cada uno. A veces, concubino y concubina comulgan únicamente con su vida afectiva. Es decir que, en común, sólo tienen el lecho y la vida de los afectos; pero andan disociados en la actividad económica, en las cuestiones que pueden producir lucro, pues que, como quiera que sea esta actividad la ejerce el uno en forma independiente del otro, es decir, por caminos distintos que no conducen a la misma meta. En una palabra, no existe en esta esfera, propósito de -

asociación. Como necesariamente no hay lo que la doctrina ha llamado "affectio societatis", entre ellos no se forma sociedad de hecho.

La crítica a esta sentencia es la que se refiere a adulterio y amancebamiento, que se presenta el primero, cuando alguno de los miembros de la pareja está casado con un tercero, caso el cual como está vigente la sociedad conyugal con su cónyuge, mal podría generarse otra con persona distinta, y no nace ningún tipo de sociedad, aún en el caso de que los convivientes sean solteros, como en el amancebamiento. La sentencia debió referirse a unión extramatrimonial o con cualquiera otra denominación.

La falta de regulación de la unión libre, no implica que, deba aplicarse el régimen económico matrimonial de forma análoga. La familia de hecho debe tener sus propias normas. No pueden nacer derechos y obligaciones entre dos personas a quienes ningún vínculo jurídico une. Diferente es el caso en el que los compañeros hayan celebrado contrato referente a los bienes (aspecto que veremos más adelante).

Doctrina y Jurisprudencia, ante el vacío legal han expuesto y solucionado el problema planteado, de diversas formas como en seguida se exponen:

#### A. SOCIEDAD UNIVERSAL ENTRE CONVIVIENTES.

El art. 1672 del Código Civil Español dispone: "La sociedad -

universal puede ser de todos los bienes presentes, o de todas las ganancias".

Esta clase de sociedad universal de bienes presentes es idea francesa y en ella las partes ponen en común todos los bienes que actualmente les pertenecen, con ánimo de partírselos entre sí, al igual que las ganancias que adquieran con ellos, art. - 1673 del C.C.Español, es decir, que los bienes aportados pasan a ser propiedad común de los socios, art. 1674/1 del C.C.Español. Pero no entran a ella los bienes adquiridos posteriormente por cualquiera de los socios a título gratuito, aunque sí sus frutos, art. 1674/2 del C.C.Español.

¿Qué bienes conforman la sociedad universal de ganancias? Todos los que los socios adquieran por su industria o trabajo - mientras dure la sociedad, art. 1675/1 del C.C.Español.

No entran los inmuebles y muebles que posean los socios al momento de la celebración del contrato, pero sí su usufructo, - art. 1675/2 del C.C.Español.

O sea, que los compañeros pueden celebrar un contrato de sociedad universal de todos los bienes presentes, en caso de que - ambos posean éstos, o, en caso contrario, una sociedad universal de ganancias. Y como gozan de plena capacidad ambos y no les está prohibido otorgarse recíprocamente donación, no los afecta el art. 1677 del C.C.Español.

Los franceses optaron, por comodidad, en dividir ese activo - social por mitades iguales, pero con ello se perjudica al con

viviente que más bienes aportó. Luego se pensó en que cada uno de los socios recogiera lo aportado al disolverse la sociedad.

Estrada A. (2), expone esta tesis y afirma que si no existe escritura pública en que conste la constitución de esta sociedad, debe entenderse que existe sociedad civil, ya que ésta puede constituirse incluso por escrito privado (art. 1667 del C.C.Español); más aún, puede entenderse constituida por el sólo hecho de aportar dinero, bienes, etc, pero subsiste el problema de la no existencia de "affectio societatis", o sea, el ánimo de repartirse ganancias y pérdidas que exige el art.1669 del C.C.Español.

Si no existe affectio societatis terminará siendo una comunidad de bienes; art. 1669 del C.C.Español, si hay pactos secretos o cada conviviente contrata en su propio nombre con los terceros.

La no regulación de la unión marital no es óbice para que los compañeros pacten el régimen de sus bienes (como veremos en el quinto capítulo), o, para que la Jurisprudencia estime que existe sociedad universal aunque tal no se haya pactado, así lo ha entendido la sentencia de 3 de junio de 1987 de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Valencia que afirma : "...en la unión estable y duradera no matrimonial, en virtud del principio de aplicación analógica de las normas establecido en el art. 4º del C.C., ha de estarse a las disposiciones que contiene el Código Civil sobre régimen económico matrimonial, y sin existir pacto alguno al respecto, habrá de con --

cluírse que debe aplicarse el de la sociedad de gananciales, procediéndose a su liquidación del modo previsto en los arts. 1396 ss. del C.C.

En los Fundamentos de Derecho afirma la Audiencia que la demandante (casada con persona desaparecida durante la guerra civil), y el demandado convivieron, como matrimonio desde 1942 hasta enero de 1985, y con ellos los hijos habidos por la actora con su marido, hasta que dejaron la casa común para casarse. Las necesidades de los litigantes y los hijos de la demandante fueron atendidas por los ingresos proporcionados por el trabajo del demandado más los de la actora y lo ganado por los hijos de ésta hasta que abandonaron la casa. Como consecuencia del trabajo de todos, los litigantes, pudieron ahorrar parte de sus ingresos y adquirir, a lo largo del tiempo de la convivencia, diversos bienes muebles e inmuebles, y depositar dinero en diferentes bancos.

Al cesar la convivencia de los litigantes después de más de cuarenta y dos años de vida común, la actora presentó demanda para que el demandado le entregase la mitad de los depósitos de dinero constituidos a nombre de los dos, en tanto que el demandado formuló reconvencción para que la división de bienes se hiciera en proporción a las aportaciones efectuadas por cada interesado para adquirir los mismos y para que comprendiese no solamente el dinero depositado, sino también todos los demás bienes muebles e inmuebles comprados durante el tiempo de la convivencia de los litigantes. Con ello se ha planteado, entre otras cuestiones, si a efectos de la división solicitada debía entenderse que las partes constituyeron entre ellos

una sociedad civil universal de ganancias o una comunidad de bienes. Los litigantes no estaban casados entre sí, pero se comportaron, para sí y frente a terceros, como un matrimonio estable y duradero. El Derecho no puede desentenderse de uniones como la habida entre las partes, que en modo alguno pueden compararse a las uniones circunstanciales u ocasionales entre hombre y mujer. Ciertamente el Código Civil no regula los efectos de uniones como la examinada, pero ello no impide dar trascendencia y reconocer consecuencias propias a la unión mantenida por los litigantes que sean acordes con la naturaleza de la misma. El citado cuerpo legal regula un supuesto de hecho semejante al estudiado, cual es el matrimonio, y por lo tanto, en virtud del principio de aplicación analógica de las normas establecido en su art. 4º, es prudente tener en cuenta las disposiciones que contiene el C.C. sobre régimen económico matrimonial con el fin de resolver las cuestiones suscitadas entre las partes.

Como quiera que éstas no pactaron nada sobre el régimen de los bienes que iban adquiriendo en el curso de su convivencia, ha de concluirse que debe aplicarse el régimen de la sociedad de gananciales. Ha de entenderse que esta sociedad duró desde el inicio de la convivencia de los litigantes hasta la terminación definitiva de la misma (terminación ya irreversible, por cuanto se ha acreditado en la alzada que la actora falleció - el 9 de mayo de 1987). Como ha concluído la sociedad de gananciales de que se trata, debe procederse a su liquidación del modo previsto en los arts. 1396 ss del C.C. especialmente en el 1404 del mismo.

No se opone a ello la circunstancia de que alguno de los litigantes aparezca como titular formal exclusivo de algún bien determinado. Aún en el supuesto de que se entendiera que los litigantes constituyeron una comunidad de bienes, éstos deberían dividirse por mitad entre aquéllos. Aunque los ingresos económicos de las partes fueran de distinta importancia no podría deducirse de ello que las aportaciones de uno y otro a esa comunidad fueron diferentes. Para llegar a tal conclusión tendría que haberse probado que los salarios y pensiones que cobraba cada litigante se aportaban íntegramente a la comunidad, y ello no fue así, porque lo que se aportaba eran los ahorros..." (3).

Alguna Jurisprudencia Española aplica así, conforme al C.C.Español, la analogía a la convivencia more uxorio en cuanto al régimen de bienes, pero ésta no puede aplicarse en Colombia por prohibir expresamente el art. 2082 del C.C., tanto la sociedad a título universal sea de bienes presentes y venideros o de unos u otros, como la de ganancias a título universal, - excepto entre cónyuges.

#### B. COMUNIDAD DE BIENES ENTRE COMPAÑEROS.

Es la hipótesis acogida por la doctrina española.

El art. 392 del C.C.Español dispone que hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones

del título III, Libro II del C.C.Español.

Vidal M. (4) entiende que la regulación de los arts. 392 ss - del C.C.Español, en materia de comunidad de bienes, ofrece el adecuado instrumental para conformar las relaciones patrimoniales de la pareja no casada, dada la concepción individualista que alienta dicha regulación.

En Francia se critica la aplicación de la comunidad de bienes porque sería la creación de un régimen pseudomatrimonial, pero ello no ocurriría en España, puesto que se regulan separadamente la comunidad de bienes y la sociedad conyugal.(5).

En la comunidad de bienes no existe ánimo de lucro y cada comunero puede solicitar la división y repartir las pérdidas y ganancias. Es viable la aplicación de la comunidad de bienes al concubinato, concluye Estrada.

Gitrama G.(6), afirma que si ambos concubinos se encuentran libres de vínculos conyugales con otras personas, funciona entre ellos una especie de comunidad universal, o casi, de bienes y/o de adquisiciones, a virtud de la cual todo se pone en común: salarios, honorarios profesionales, los frutos o rendimientos de los bienes respectivos, las economías, los gastos.

Durante la duración de la vida común de los compañeros, las adquisiciones que cada uno haga, pertenecen a cada uno y para que se presente la comunidad de propiedad sobre las mismas tal ha de pactarse. A esta conclusión llega Simo Santonja y, la compartimos, lo que haría inviable un pacto de comunidad futura sobre bienes inconcretos, aún no adquiridos, pero puede -

pactarse la comunidad cada vez que se adquiriera un bien (7).

El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como - en las cargas, es proporcional a sus respectivas cuotas, art. 393/1 del C.C.Español.

Las porciones de los partícipes en la comunidad se presumen - iguales, salvo prueba en contrario, art. 393/2 del C.C.Español.

¿Cuánto tiempo dura la comunidad de bienes? El art. 400/2 del C.C.Español permite pactar la comunidad por tiempo determinado, pero en todo caso no debe exceder de diez años. Este plazo puede prorrogarse por nueva convención.

En cualquier tiempo cada uno de los comuneros puede pedir la división de la cosa común, art. 400/1 del C.C.Español.

En cuanto a la división de la cosa común: pueden hacerla los interesados o árbitros o amigables componedores nombrados a - voluntad de los partícipes, art. 402/1 del C.C.Español.

La división pueden pactarla por mutuo acuerdo los compañeros, o, delegarla en terceros, o, en último lugar, al juez, cuando alguno de los copropietarios demanda su división.

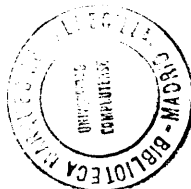
Los acreedores o cesionarios de los partícipes pueden concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso. Impugnan la división en caso de fraude o por verificarse no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirlo, art. 403 del C.C.Español.

Los acreedores cuyos derechos sean directamente ejercitados sobre la cosa común dividida, conservan los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que les pertenezcan, art. 405 del C.C.Español.

En el C.C.Colombiano la comunidad está regulada como cuasicontrato por los arts. 2322 a 2340 del mismo.

Crítica a la aplicación de la comunidad de bienes a la familia de hecho: normalmente cuando dos personas deciden vivir juntas, se puede presentar, en cuanto a sus bienes, distintas situaciones, a saber: cada uno posee los bienes que le son propios, o, que cada uno adquiere durante la convivencia, entrando a su haber propio. En caso de que uno de ellos tenga bienes propios, no por el hecho de compartir su vida con otra persona, incluirá a ésta como copropietaria de los mismos, (con esto no se quiere significar que ello no podría ocurrir y dejando de lado el problema -que veremos adelante- de esta donación y su ilicitud de causa), lo más frecuente es que cada uno conserve la propiedad de sus bienes. Los convivientes, por lo general no prevén, en el momento de comenzar su relación afectiva, o durante ella -cuando todo marcha bien- que un día pueda terminar y que, si uno de ellos trabajó y contribuyó a la adquisición de bienes, cuya propiedad ostenta el otro, al terminarse aquélla pueda existir -y existe- enriquecimiento sin causa en el patrimonio del otro y correlativo empobrecimiento de su pareja.

En la convivencia no se presume la copropiedad, hay que pactarla en el momento de adquirirse cada bien; si no se hace así,



aquél entra al haber de uno sólo de ellos.

Los compañeros no pueden obligarse a permanecer indefinidamente en la indivisión, sólo se permite un máximo de diez años - en el art. 400/2 del C.C.Español, y, de cinco años en el art. 1374/2 del C.C.Colombiano, pero llegado ese tiempo límite, ha de pactarse nuevamente. O sea, cada cierto período se constituye comunidad de bienes, lo que implica, de todas formas, - trámites, algunas veces engorrosos, si no existe acuerdo y aún existiendo. En la práctica, este mecanismo legal no se llevaría a cabo, o por desconocerse, o porque existe la "suficiente confianza" de uno en el otro, lo cual permite la propiedad de los bienes en cabeza de uno sólo de ellos, o simplemente porque se olvidaron; pero esto no es óbice para que algunas parejas lo lleven a efecto -las diligentes, claro-. En fin, nada se opone al hecho de que los convivientes pacten la comunidad de bienes.

#### C. SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONVIVIENTES.

La convivencia extramatrimonial no da lugar, por sí sola, al nacimiento de una sociedad de bienes, en el sentido del art. 1665 del C.C.Español.

Mas la Jurisprudencia Colombiana, como veremos, en materia de bienes, entiende que entre concubinos existe sociedad de hecho, así:

1. Sentencia de 30 de noviembre de 1935 de la Corte Suprema de Justicia: "Las sociedades de hecho se dividen en dos - clases. Primera: las que se forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para - las sociedades de Derecho, no alcanzan la categoría de tales. Segunda: las que se originan en la colaboración de una o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito. Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase -que los expositores llaman "sociedades creadas de hecho por los hechos"- no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas sociedades - creadas de hecho: en éstas tal acuerdo no falta: lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción. De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito. Se presumirá ese consentimiento; se - inducirá de los hechos, el contrato implícito de sociedad y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad - creada de hecho, cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúnan las siguientes condiciones: a) que se trate de una serie coordinada de hecho de explotación común; b) que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; c) que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de depen

dencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por parte de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa; d) que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios. La circunstancia de que se haya empleado una denominación social o una razón social, o de que, en una u otra forma, se les haya hecho creer a terceros que existe una sociedad, es importantísimo cuando se trate de acciones de esos terceros contra los asociados o contra la sociedad o viceversa, pero en lo concerniente a las relaciones de los socios entre sí, tal circunstancia no tiene mayor trascendencia: el que no se haya empleado una razón social o una denominación social y el que no haya habido ante terceros apariencia de sociedad, ni impide ni dificulta que se reconozca como existente, por presunción o deducción, la sociedad creada de hecho, para lo concerniente a las relaciones de los socios entre sí. Si la sociedad - lo que es muy frecuente - se ha creado de hecho entre concubinos, será necesario que medien, estas dos circunstancias: a) que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. En general, la ley ignora las relaciones sexuales fuera del matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para que los contratos entre concubinos sean válidos, pero cuando el móvil determi-

nante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa; b) como el concubinato no crea por sí sólo - comunidad de bienes -, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos..." (8).

La Jurisprudencia Colombiana señala como condiciones para la existencia de sociedad creada por los hechos: a) que se trate de explotación común; b) que la acción o actividad de los socios sea simultánea y se dirija a conseguir beneficios; c) que el trabajo se desarrolle en pie de igualdad; y, d) que no se trate de comunidad de bienes. O sea, que demostrados estos requisitos, se prueba que existió sociedad creada por los hechos. Los socios pueden ser cualesquiera personas.

No hay mucha razón para que la Corte Suprema subraye que esa sociedad no tenga por finalidad crear, fomentar, etc, el concubinato, porque realmente esas sociedades no nacen, o mejor dicho, no son accesorias de la existencia del estado marital, (como sí lo es la sociedad conyugal); tienen existencia propia, independiente, por ejemplo: puede nacer entre personas que no estén ligadas por ningún vínculo amoroso. La existencia de la sociedad no comienza con el concubinato, sino desde cuando se presentan los hechos de explotación común, de colaboración. La

convivencia en este caso "refuerza" la prueba de la sociedad.

Debe tenerse en cuenta que la misma sentencia dice que ha de diferenciarse la común actividad de los concubinos de su vida íntima, ¿entonces por qué la Jurisprudencia afirma que esa sociedad no se dirija a crear, fomentar, etc, el concubinato, si ésta y aquél son distintos?. En el caso de la familia de hecho, como ella no da lugar al nacimiento de sociedad de bienes, - existen dos "campos" (por llamarlos de alguna manera), bien diferentes: el de los bienes y el de la vida en común y, uno y otra parece no tienen nada que ver.

2. Sentencia de 1 de octubre de 1953 de la Corte Suprema - de Justicia: "Nunca la simple colaboración entre concubinos, cualquiera que sea el tiempo de duración y la índole o naturaleza de las labores por ellos realizadas, puede ser medio suficiente para acreditar la formación de una sociedad de hecho; las actividades así cumplidas, no otra cosa revelan que el ánimo de prolongar, estabilizándola a través suyo, aquella unión ilícita, con lo cual la sociedad que de ese sólo hecho pretendiera deducirse, adolecería de nulidad por ilicitud de causa..." (9).

La sentencia se contradice; afirma que a través de la sociedad de hecho se estabiliza (prolonga) la unión marital, ¿cómo va a estabilizarse si por el sólo hecho del concubinato no hay sociedad?. La misma jurisprudencia lo dice: no nace sociedad alguna.

3. Sentencia de 26 de marzo de 1958 de la Corte Suprema de Justicia: "Reconócida la existencia de una sociedad de hecho, en cualquier momento puede procederse a su liquidación, a solicitud de uno cualquiera de los concubinos, aunque generalmente el problema de liquidación suele presentarse a la muerte de uno de ellos.

Los bienes a que se extiende la liquidación de la sociedad de hecho entre concubinos son: a) los adquiridos con posterioridad a la constitución del estado de concubinato y a título oneroso, es decir, como fruto del trabajo e industria de los concubinos. No comprende los bienes que alguno de los concubinos hubiera tenido antes de asociarse con el otro concubino, o los adquiridos durante el estado de concubinato a título gratuito (herencias, donaciones)...

Hasta aquí existe cierto paralelismo entre las sociedades de hecho entre concubinos y la sociedad conyugal entre cónyuges. Pero tal paralelismo no es total... La sociedad de hecho existe sólo para los bienes del municipio del domicilio de la concubina. Esta diferencia no existe en la sociedad conyugal. Por este motivo con razón ha dicho la Corte que debe existir un criterio de causalidad entre la asociación de hecho y los bienes provenientes de la misma.

Determinados los bienes de la sociedad de hecho es necesario proceder a repartirlos en dos partes iguales: una para cada concubino.

Para la formación de una sociedad de hecho entre concubinos

no es necesario el aporte de un capital en dinero para poder reconocer una tal sociedad... Los efectos que deben aportarse pueden consistir simplemente en una asociación de servicios o, en una asociación de brazos para trabajar..." (10).

Esta sentencia supone el origen de la sociedad de hecho a partir del concubinato ¿o viceversa?, afirma que la liquidación de aquélla comprende los bienes adquiridos con posterioridad a la constitución del concubinato. Está confundiendo los bienes de la sociedad de hecho, mejor, está identificando los bienes de ésta con los "concubiniales". En definitiva, está liquidando el concubinato.

Además, trata esta sociedad de hecho como a la conyugal aunque se esfuerce en remediarlo cuando dice que el paralelismo entre ambas no es total, pues sólo pertenecen al concubinato los bienes sitos en el municipio donde éste se desarrolló, ¿cómo asegura que los socios (no hablemos de concubinos) no han adquirido, como fruto de su trabajo común, bienes en otro territorio?. Es superficial la diferencia que establece la sentencia.

El art. 2083 del Código Civil Colombiano, dispone que si se forma de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiere aportado.

Esta disposición no se aplicará a las sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto.

Preguntamos ¿por qué se liquidó una sociedad que, tradicionalmente, jurisprudencia y doctrina, han considerado nula por ilicitud de causa?. La sentencia, al hablar de liquidarla, -partió de la base de que tal sociedad no era nula. Y podía serlo por el art. 1524 ss. del C.C.Colombiano.

4. Sentencia de 5 de noviembre de 1960 de la Corte Suprema de Justicia: "Entre los concubinos no puede haber sociedad conyugal, pero sí es posible que se forme una compañía de índole convencional cuando la pactan de modo expreso o cuando ambos trabajan y colaboran en una empresa o negocio común, independiente de sus relaciones concubinarias... (11).

5. Sentencia de 1 de octubre de 1973 de la Corte Suprema de Justicia: "Como lógica conclusión emerge de lo expuesto, que quienes no están unidos en legítimo matrimonio que produzca efectos civiles, para que puedan tener derecho a participar en las utilidades conseguidas durante el término de la unión, deben probar que entre ellos existió una verdadera sociedad de hecho; no les basta con acreditar que sus relaciones eran concubinarias. Doctrina invariable de la Corte ha sido la de que por cuanto la vida en común de los amancebados no genera, per se, ni comunidad de bienes ni sociedad de hecho, para declarar la existencia de ésta, y que cada concubino pueda reclamar los derechos que se conceden a quienes tienen la calidad de socios, se exige que quien alega su existencia aduzca la prueba idónea...(12).

Esta sentencia también identifica las utilidades de la sociedad de hecho con las de la unión marital.

6. Sentencia de 23 de febrero de 1976 de la Corte Suprema de Justicia: "En el caso de este tipo de sociedad de hecho, - cuando se discute sobre su existencia, el litigio debe trabar se entre concubina y concubinario. Pero si, por muerte de uno de ellos, el sobreviviente niega a los sucesores del desaparecido la existencia de esa relación jurídica sustancial, e s claro que cualquiera de los herederos del difunto, o varios, o todos, pueden demandar al socio supérstite para que se haga - la declaración de que existió la apuntada compañía de hecho.." (13).

7. Sentencia de 25 de julio de 1983 de la Corte Suprema de Justicia: "...Entre los litigantes, además de concubinato, - existió hasta la muerte del compañero, una sociedad formada por los hechos, en la que ambos trabajaron conjuntamente ,con unidad de propósitos y en igualdad de condiciones...Nada s e opone a que la pareja, fuera de conjugar su vida sexual y de compartir su común destino en el mundo de los afectos, u ne sus propósitos, buscando uno y otro un lucro común, en el desarrollo de una actividad económica; sin dependencia el uno del otro, cumplen actividades profesionales, industriales o económicas encaminadas a obtener un lucro común, y soportan - por igual las pérdidas en caso de haberlas. Entonces, paralelamente a lo que es la comunidad de vida, desarrollan una verdadera gestión social que da nacimiento a la comunidad de he-

cho entre ellos..." (14).

Compartimos íntegramente el criterio de la sentencia.

8. En España: es la doctrina la que se ha pronunciado sobre la sociedad de hecho entre convivientes.

Es claro que tanto en España como en Colombia, los compañeros, si tienen capacidad, pueden celebrar cualesquiera clase de contratos válidamente, si éstos se refieren a sus bienes, lógicamente.

Iacruz B. y Sancho R. opinan que el contrato de sociedad puede existir a la par con la convivencia "more uxorio", pero es diferente de ésta. El contrato es válido si no posee causa ilícita: crear, fomentar, mantener tales relaciones. Para que se admita la existencia de la sociedad es necesario que los convivientes trabajen en pie de igualdad, o sea, que uno no dependa del otro para lograr sacar adelante la empresa (15).

Gitrama G. opina que es imposible argumentar que la unión libre comporte de suyo (o pueda considerarse como) una sociedad de hecho, porque esto equivaldría a conferirle un estatuto legal (16).

Es cierto, la unión marital no es una sociedad de hecho, no hace presumir la existencia de ésta, cosa diferente es que durante su transcurso, se presenten los presupuestos que den lugar a la aplicación de las normas de dicha sociedad, p o r

ejemplo: si hubo aportes de bienes o trabajo por parte de los compañeros, si trabajaron en pie de igualdad, etc., pero esta situación no siempre se presenta porque pueden existir otras figuras tales como enriquecimiento sin causa o contrato de trabajo. Compartimos igualmente su apreciación, cuando afirma - que los concubinos pueden constituir, al iniciarse su relación o durante ella, un contrato de sociedad de cualquier tipo, con fines de lucro.

Estrada A. (17), estima que dicha sociedad nace cuando, por falta de escrito en su constitución, ésta deba presumirse a través del comportamiento mantenido entre compañeros.

Señala los efectos de la tal sociedad entre los convivientes: la utilidad que tiene la invocación, afirma con certeza, de esta clase de sociedad entre concubinos, en cuanto que su determinación obliga a repartir la masa de bienes que representa - el producto de la actividad común. Se desarrolla fundamentalmente en dos frentes: a) cuando uno de los convivientes solicita la partición proporcional, invocando la sociedad de hecho, contra el otro que posee los bienes comunes en nombre propio, y, b) como remedio jurisprudencial para reconocer una indemnización al compañero que durante la convivencia ha realizado algún trabajo para la pareja. Sólo agregamos a esta afirmación, que no se trata de algún trabajo, sino de un trabajo a la par y en pie de igualdad llevado a cabo por ambos, de lo contrario faltaría uno de los requisitos para configurar la sociedad de hecho.

La finalidad fundamental de la invocación de esta sociedad es

la partición de la misma en proporción a lo que cada socio -  
aportó, art. 1689/2 del C.C.Español y art. 2094 del C.C.Colom  
biano.

La doctrina de la sociedad de hecho pensamos que es la solu -  
ción más equitativa, y es invocada por quien no contrata los  
bienes que han sido adquiridos con el esfuerzo común y, tam -  
bién, por quien durante años ha trabajado en la sociedad sin  
recibir nada a cambio.

Por el contrario, opina la doctrina, el poseedor en nombre -  
propio de los bienes comunes rechazará de plano la existencia  
de la sociedad y alegará la ilicitud e inmoralidad de la rela -  
ción y, por ende, la nulidad de la sociedad (18).

No compartimos la última opinión, porque reconociendo que la  
unión marital no es actualmente ilícita puesto que no atenta  
contra ninguna norma legal, y tampoco es inmoral (contraria -  
mente a la calificación de pecaminosa que tuvo en una época -  
histórica), además porque esa sociedad de hecho recae sobre  
los bienes, no sobre las personas de los convivientes, en el  
sentido de que no se pretende regular la vida íntima, y, hoy  
día, doctrina y Jurisprudencia, reconocen que los compañeros  
pueden celebrar válidamente tales contratos. Ciertamente que es di -  
fícil precisar el límite entre los aspectos personal y patri -  
monial de la unión, al igual que en el matrimonio, ya que la  
vida, de suyo, implica gastos de los que las personas no pue -  
den sustraerse; todo el mundo trabaja para subvenir sus nece -  
sidades: para tener donde vivir, que comer, para estudiar, -  
etc, trabajan y, en el mejor de los casos, aportan bienes, pue

den conformar una sociedad de hecho, diferente, o mejor, para ella, pero en buena medida independiente de su vida íntima, y este comportamiento no viola ninguna ley.

Por lo que atañe a la sociedad de hecho entre convivientes - frente a los terceros cabe decir que, éstos con su carácter - de acreedores pueden invocar la existencia de esta sociedad - para conseguir el pago de su crédito, en el sentido de que pueden demandar a cualquiera de los convivientes y argumentar, sobre la base de la sociedad de hecho, cuando el demandado alegue que las obligaciones no las contrajo él, sino el otro. Obviamente, no cabría demandar a la pretendida sociedad de hecho pues que carente de personalidad jurídica, no tendría tampoco legitimación pasiva en el orden procesal.

En este caso no es necesario que los terceros, ante la apariencia de una sociedad entre compañeros derivada de la explotación de un fondo de comercio, demuestren condiciones esenciales de su existencia. Esta responsabilidad de los compañeros se basa en su falta por haberse comportado exteriormente como socios y haber llevado a los terceros al convencimiento de que estaban asociados (19).

Los terceros que contratan con la presunta sociedad de hecho, o con cada uno de los concubinos, tienen como garantía la solidaridad activa y pasiva de aquéllos, pues las obligaciones se entienden adquiridas a cargo de los compañeros quienes responden ilimitadamente.

Opina certeramente Demain, que los terceros no verían afecta-

do su crédito puesto que pueden hacerlo efectivo basándose en la apariencia de sociedad, en el convencimiento a que los llevó el comportamiento de los convivientes, o en la solidaridad de éstos, (es más bien la doctrina de la apariencia matrimonial).

Estrada A. desestima la teoría de la sociedad de hecho en el Ordenamiento Jurídico Español porque no aporta nada nuevo que no estuviese admitido ya previamente. Además su invocación no es de aplicación a la liquidación de la comunidad de vida que los convivientes han desarrollado con independencia de su negocio o comunidad de trabajo y se pronuncia en favor de la comunidad de bienes (20).

La aplicación de las normas de la comunidad de bienes, en los Ordenamientos de España y Colombia, puede extenderse a la unión marital, si se pactó aquella; y, también, la sociedad de hecho, en cuanto reúna los elementos del contrato en general y, de la sociedad en particular, a saber: capacidad, consentimiento, causa y objeto lícitos, aportes, "affectio societatis" y la intención de repartir pérdidas y ganancias. La liquidación de esta sociedad puede solicitarla cualquiera de los compañeros en todo momento, o ésta se presenta con la muerte de uno de ellos.

La comunidad de vida no es óbice para aplicar las normas de cualquiera de las dos figuras.

#### D. CONTRATO DE TRABAJO.

Nada se opone a la existencia válida de contrato de trabajo - entre compañeros, el cual es independiente de sus relaciones personales.

Es la mujer quien generalmente presta servicios a cambio de remuneración, por ejemplo: como secretaria, pero esto no es obstáculo a una relación amorosa entre ella y su patrono, así lo ha entendido la Jurisprudencia Colombiana a saber:

1. Sentencia de 28 de octubre de 1949 del Tribunal Superior del Trabajo: "...El contrato de trabajo difiere de las relaciones sexuales extralegales por todos los aspectos, entre los cuales deben destacar los de que en éstas ni se prestan servicios de carácter laboral, ni existe subordinación jurídica, ni hay remuneración de índole asalariada. Cualquier elemento de los indicados, que aparentemente pueda presentarse, sería de naturaleza extraña al contenido económico social de la relación de trabajo y ajeno a la protección característica de la legislación especial. Sin embargo, no puede significar lo anterior, en términos absolutos, que el concubinato entre la trabajadora y uno de los socios de una sociedad de hecho o de cualquier otra clase, se oponga necesariamente a la existencia de un contrato entre aquélla y la sociedad. Pues es obvio que la concubina quien puede prestar servicios laborales a la persona jurídica o a la sociedad de hecho, y nada autorizaría para que ésta se aprovechara gratuitamente de ellos, y se enriqueciera sin causa, con la sola consideración del concubinato de la trabajadora con uno de los socios. La distinción debe plantearse con toda la nitidez para no desamparar lo pro -

piamente laboral, en lo que corresponda, y para no proteger - el concubinato como si fuera contrato de trabajo, confundién-dolos..." (21).

2. Sentencia de 21 de febrero de 1963 de la Corte Suprema de Justicia: "...Se puede admitir en principio que la relación entre concubinos no es de trabajo, pero no es aceptable la tesis de que aquélla sea opuesta a éste, o que la relación concubinaría excluya la de trabajo dependiente.

Por último debe observarse que la tesis del Tribunal no es la de que entre concubinos no pueda darse el contrato de trabajo, ...sino la de que en el supuesto de haberse probado el servicio personal, no fue independiente de la relación sexual extramatrimonial entre los litigantes. En concepto de la Sala, si la concubina presta servicios personales en beneficio del hombre con quien vive, ese hecho no impide el nacimiento del contrato laboral. En tal hipótesis, objeto de la convención - es el trabajo personal, respecto del cual el trato sexual es extraño e independiente y, por tanto, sin incidencia en el Derecho Social. Pero, como es obvio, es preciso demostrar que el servicio personal no se prestó en consideración a la vinculación concubinaría..." (22).

O sea, si se prueba la relación laboral dependiente entre compañeros, ésta es perfectamente válida, en caso contrario, se presentaría enriquecimiento sin causa.

El trabajo que la mujer desempeña en el hogar propio no se ha

considerado como tal; si lo realiza en casa ajena, sí trabaja. Esto es lo que, desafortunadamente, existe en Colombia. En España, la reforma de 1981 modificó el art. 1438 del C.C. así : "Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación".

Lacruz y Sancho opinan que el servicio que presta la mujer en el hogar es trabajo, porque con su ayuda le evita al hombre pagar una persona que desempeñe esas labores, o sea, el hombre ahorra ese dinero, que ayuda a acrecer su patrimonio a costa del trabajo de su compañera. El reconocer al conviviente que realiza el trabajo del hogar derecho a una retribución o indemnización, es aceptable en España por aplicación, a maiore, del art. 1438 del C.C. (23).

Es apenas justa esta posición, porque aún cuando se rechaza la analogía en la aplicación de las reglas del matrimonio a la unión libre, no quiere ello significar la radical separación entre las dos familias porque al fin y al cabo son eso: una familia, y si la mujer desempeña el trabajo del hogar en una unión extramatrimonial no creemos exista obstáculo para aplicar la norma, por esto es cierta la apreciación de Gazzoni cuando estima que es erróneo afirmar la existencia de una presunción de gratuidad y de una prestación de trabajo "affectionis causa", en la convivencia more uxorio; debe, a lo sumo, afirmarse la presunción opuesta, salvo prueba en contrario, -

consistente en la circunstancia de que el conviviente no había acordado cumplir aquella prestación con el ánimo que caracteriza prestar un trabajo o desempeñar una tarea con el ánimo de incrementar un patrimonio que se entendía común (24).

De todas formas la prestación del trabajo doméstico por parte de la mujer, ahorra al patrimonio común, gastos, que de lo contrario, deben hacerse; si estas labores no se remuneran, la mujer está invirtiendo en ellas tiempo productivo que podría - aprovechar desempeñando otro trabajo, además ella se empobrece a costa del enriquecimiento del otro.

#### E. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

Cuando uno de los compañeros presta al otro, servicios que por su naturaleza son remunerados, sin que nada reciba a cambio, - puede pedir lo que le corresponde a través de la acción de - "in rem verso" por existir enriquecimiento sin causa.

La Jurisprudencia Colombiana se pronuncia sobre el enriquecimiento sin causa así:

1. Sentencia de 7 de mayo de 1947 de la Corte Suprema de - Justicia: "...La doctrina y la Jurisprudencia francesas, después de rechazar la acción de responsabilidad extracontractual para el concubino que alega haber sufrido perjuicios por la - ruptura de un concubinato no originado en seducción dolosa, le ha concedido, para compensarse de los cuidados y desembolso o

para participar de los beneficios obtenidos durante la vida - en común la acción "de in rem verso", que es la legalmente - adecuada o conducente para impedir el enriquecimiento sin causa, y la acción "pro socio", para los casos en que haya existido una sociedad de hecho entre los concubinos. La base jurídica de esta jurisprudencia es que las relaciones intersexuales en forma de concubinato no son por sí mismas ni por sí solas un obstáculo esencial para la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto, de las sociedades de hecho, cuando - se encuentran reunidas las condiciones legales para su aplicación y no figuran como causa o motivo de los actos jurídicos - las relaciones intersexuales..." (25).

2. Sentencias de 12 de diciembre de 1955 y 26 de marzo de 1958 de la Corte Suprema de Justicia: (26) señala la última - que el enriquecimiento injusto se produce toda vez que un patrimonio reciba un aumento a expensas de otro, sin causa que lo justifique.

Ambas sentencias consideran necesarios varios elementos para configurar el enriquecimiento sin causa:

a. Un enriquecimiento o aumento de un patrimonio: debe tratarse de todo provecho o ventaja que represente un aumento del activo de un patrimonio, como sucede cuando se adquiere - un derecho; también puede consistir en el incremento o mayor valor que adquiere un derecho, como cuando el propietario de la finca pasa a serlo de lo edificado o construido por otro - en ella. También el provecho puede estar representado en una

disminución del pasivo como cuando alguien tiene que cancelar una deuda ajena; o simplemente, en evitar a otra persona un gasto que estaría obligada a hacer.

En la generalidad de los casos el provecho o desventaja es de orden patrimonial; sin embargo, ese provecho puede ser de orden intelectual. En general el enriquecimiento sin causa supone dos patrimonios separados, debidamente delimitados. Precisamente el enriquecimiento sin causa se da cuando el provecho o ventaja que ha de pertenecer a un patrimonio se desplaza a otro patrimonio diferente .

Existe el enriquecimiento no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar un menoscabo de un patrimonio.

Opina la doctrina que el enriquecimiento es consecuencia de la atribución sin causa, y al mismo tiempo un presupuesto de la acción. Y es también la medida de la restitución. El enriquecimiento debe existir en el momento de presentación de la demanda. Debe ser actual para la reclamación. Si ha desaparecido, no hay responsabilidad para el demandado...La actualidad del enriquecimiento presupone que el desplazamiento de valor haya ingresado real y efectivamente en el patrimonio del enriquecido (27).

b. Un empobrecimiento correlativo: es necesario que el enriquecimiento haya costado una desventaja o sacrificio que experimente el patrimonio empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecimiento puede derivar de la desventaja del empobrecido, o a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dada por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos pasivo y activo de pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

Agrega la doctrina que es necesario, lo mismo que en el enriquecimiento, que el empobrecimiento sea material, pecuniario. si no se puede valuar en dinero, no hay empobrecimiento. La pretensión por enriquecimiento mira ante todo a restablecer un cierto equilibrio económico entre los patrimonios (28).

c. Que el enriquecimiento se haya realizado sin causa, es decir sin fundamento jurídico: en el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

Opina la doctrina que el enriquecimiento es injustificado, - cuando carece de causa jurídica. La falta de causa jurídica es la que hace antes que nada de un enriquecimiento a costa - de otro, un enriquecimiento injustificado que se puede repe - tir.

El desplazamiento patrimonial sin causa produce dos consecuen - cias paralelas y conexas: el enriquecimiento de una parte, el empobrecimiento de la otra.

Es preciso que la falta de causa produzca esos dos fenómenos para que la pretensión por enriquecimiento sea concedida. Sin enriquecimiento actual falta la legitimación pasiva para la - acción. Sin empobrecimiento del demandante falta el interés - para la acción, De aquí que el enriquecimiento y el empobreci - miento, al mismo tiempo que son dos consecuencias de la falta de causa, son dos requisitos indispensables, que hay que pro - bar, para que prospere la acción (29).

d. Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por u n contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o d e las que brotan de los derechos absolutos. Por lo tanto, care - ce igualmente de acción de in rem verso el demandante que por un hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías - de Derecho. El debe sufrir las consecuencias de su impruden - cia o negligencia.

e. La acción de in rem verso no procede cuando con ella

se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un -  
daño sobre la base del empobrecimiento sufrido por el deman -  
dante, no se debe condenar sino hasta la porción en que efecti -  
vamente se enriqueció el demandado.

En el Derecho Español puede aplicarse también el enriquecimien -  
to sin causa a la convivencia more uxorio. A este respecto -  
opina la doctrina (30), la teoría del enriquecimiento sin cau -  
sa puede servir a los jueces españoles, a falta de otros me -  
dios, para afrontar los problemas que puedan nacer de las re -  
clamaciones patrimoniales derivadas de los servicios presta -  
dos a favor de la convivencia, evitando con ello que uno d e  
los compañeros se enriquezca injustamente a costa del otro.

## NOTAS DEL CAPITULO IV

- (1) Cañón R., Pedro A. Sociedad Conyugal y Concubinato. Legislación-Jurisprudencia-Doctrina. Editorial ABC. Bogotá D.E. 1983, pág. 188.
- (2) Estrada A., Eduardo. Las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil Español. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1986. Primera edición, págs 170 ss.
- (3) Revista General de Derecho. Quiles, Artes Gráficas. Valencia. Septiembre de 1987. Año XLIII. Nº 516. Sentencia de 3 de junio de 1987 (Sala Primera de la Audiencia Territorial de Valencia). Págs 5131 y 5132.
- (4) Vidal M., Jaime. La Relación No Matrimonial En El Derecho Español. Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia. Cáceres. España. Octubre de 1987. Tapia Nº 36, pág 23.
- (5) Estrada A., op. cit, pág 179.
- (6) Gitrama G., Manuel. Notas Sobre la Problemática Jurídica de La Pareja No Casada. Separata del Libro Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño. Salamanca. 1984, pág 225.
- (7) Citado por Vidal M., op. cit, pág 24.
- (8) Betancourt J., Carlos. El Régimen Legal de Los Concubinos en Colombia. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín Colombia. 1962. Tesis de Grado, págs 266 ss.
- (9) Indaburu L., Carlos A. y Estrada P., Gloria C. El Concubinato en Colombia. Sus Derechos y sus Obligaciones. Librería Jurídicas Wilches. Bogotá 1978. Primera edición, pág 129.
- (10) Citada por Betancourt J., op. cit, págs 273 ss.
- (11) Citada por Indaburu y Estrada, op. cit, pág 130.
- (12) Citada por Indaburu y Estrada, idem, pág. 131.
- (13) Id, id.
- (14) Morales O., Jaime. Derecho de Familia. Teórico y Práctico. La Mujer ante el Derecho Civil-Penal y Laboral. Librería Editorial El Decálogo. Bogotá 1984, págs 144 ss.
- (15) Lacruz B., José L. y Sancho R., Francisco. Elementos de - Derecho Civil, IV. Derecho de Familia. Librería Bosch. Barcelona 1982, págs 585 ss.
- (16) Gitrama G., op. cit, pág. 226.
- (17) Estrada A., op. cit, págs 189 ss.
- (18) Idem, pág 198
- (19) Demain Bernard, citado por Estrada A., id, pág 201.
- (20) Idem, pág 204.
- (21) Citada por Indaburu y Estrada, op. cit, pág 134.

- (22) Idem , pág 135.
- (23) Lacruz B., y Sancho R., op. cit, pág 587
- (24) Gazzoni, Francesco. Dal Concubinato alla Famiglia di Fa -  
tto. Università di Macerata. Pubblicazioni della Facoltà  
di Giurisprudenza. Seconda Serie. Milano-Dott.A.Giuffrè -  
Editore 1983, págs 136 y 137.
- (25) Citada por Indaburu y Estrada, op. cit, pág 132.
- (26) Id, id.
- (27) Núñez L., Rafael. El Enriquecimiento Sin Causa en el Dere  
cho Español. Editorial Reus S.A. Madrid 1934, págs 108 ss.
- (28) Idem, págs 123 ss.
- (29) Id. pág 107.
- (30) Estrada A., op. cit, pág 221.

## CAPITULO V

## RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE CONVIVIENTES

Gran problema ofrece este tipo de relaciones entre los compañeros.

En principio, según los arts. 1444, 1446, 1503 del C.C.Colombiano y, 624, 625, 1263 del C.C.Español, toda persona es capaz para celebrar cualesquiera clase de contratos gratuitos u onerosos, excepto las que la ley declara incapaces; si los concubinos son capaces pueden celebrar entre sí todo tipo de contratos y, viene aquí el quid del asunto, siempre que éstos no se dirijan a crear, mantener, fomentar el concubinato; doctrina casi inamovible de la Jurisprudencia Española y Colombiana, entre otras.

Antes de entrar en materia conviene destacar lo siguiente: en España después de la reforma introducida por la ley de 7 de julio de 1981, los cónyuges pueden contratar válidamente entre sí. El C.C.Español dispone en el art. 1323 "El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos". El art. 1458 del mismo cuerpo legal dice "El marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente".

Es decir que los convivientes no están en mejores circunstancias que los cónyuges, como sí acontece en Colombia donde la

*civil - por*

X

ley establece en el art. 3º de la ley 28 de 1932 "Son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial".

El art. 1852 del mismo Código preceptúa "Es nulo el contrato de venta entre cónyuges no divorciados...", y, el art. 1196/3 dice "Las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables".

La Corte Suprema de Justicia Colombiana, en sentencia de 5 de noviembre de 1960 (1) afirma: "...la nulidad con que el art. 3º de la ley 28 de 1932 sanciona determinados contratos entre cónyuges, no es aplicable por analogía a los celebrados entre concubinos: primero por ser una sanción de carácter estricto y segundo porque éstos no se hallan ligados por ningún vínculo que la ley considere inconciliable con dichas convenciones..."

La ley con su silencio acerca de la unión libre permite que los concubinos realicen entre sí todo tipo de contratos onerosos o gratuitos; favorece la condición de no casados de éstos y, posiblemente, el fraude de los derechos de los terceros que contratan con ellos.

#### A. IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DE LA CAUSA EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS COMPAÑEROS.

Todo contrato debe tener una causa. Nada se opone, en princi-

pio, al hecho de que los convivientes contraten entre sí; éstos pueden celebrar toda clase de contratos gratuitos u onerosos.

Antes de examinar la validez o no de tales contratos es importante reparar brevemente en las aplicaciones de la teoría de la causa en los Derechos Español y Colombiano.

El art. 1274 del C.C.Español dispone "En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor"

El art. 1524 del C.C.Colombiano preceptúa "No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público..."

Por su parte el art. 1275 del C.C.Español afirma "Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral"

Conforme a lo anterior el Derecho Español acoge la teoría objetiva de la causa y, el Derecho Colombiano la subjetiva.

En la objetiva, los motivos (móviles internos de las partes) son ajenos al contrato y quedan fuera del mismo. A no ser que las partes eleven el motivo al contenido del contrato como cláusula del mismo, o como condición (2).

O sea que el Código Civil Español no toma en cuenta los móviles subjetivos, sino la función objetiva de cada tipo negocial; es decir, la causa del negocio jurídico es el fin objetivo e inmediato del mismo, o la función económica y social que el Derecho reconoce como relevante (3).

La Jurisprudencia Española afirma también que "la causa de los contratos no debe confundirse con el móvil del otorgamiento ni con el fin ulterior que los contratantes se hubiesen propuesto" en la sentencia de 24 de febrero de 1904. Lo mismo es tima la sentencia de 14 de marzo de 1930 "la causa de los contratos no trae su origen de las razones o motivos particulares que tuvieran los otorgantes para celebrarlo, sino del fin más próximo que se propusieran, de la prestación y contraprestación de las cosas o servicios convenidos". La sentencia de 22 de febrero de 1940 dice "la causa contractual, en nuestro Derecho figura como un elemento esencial del contrato, independientemente de los demás que integran la relación obligatoria e inconfundible con la voluntad y con el motivo por derivar éste del querer y tener la causa un carácter puramente objetivo". En el mismo sentido las sentencias de 2 de abril de 1941, 12 de abril de 1944, 12 de abril de 1946, 23 de noviembre de 1961, 20 de enero de 1965 entre otras.

En Colombia según el art. 1524 Del Código Civil se acoge la -

teoría subjetiva de la causa, o sea que ésta es el motivo o - motivos que inducen a contratar.

En cuanto a los contratos celebrados por los compañeros, el - problema se plantea especialmente en torno a los gratuitos, - considerados tradicionalmente nulos por causa ilícita; es conveniente observar de donde proviene tal doctrina.

Domat plantea la teoría abstracta de la causa, entiende que la causa de la obligación en la donación no puede ser otra que el animus donandi, el cual se distingue del motivo que puede variar con los individuos, siendo, en cada caso, la amistad, el amor, la caridad, etc. El motivo queda en el fuero interno del donante y no ha lugar, en principio, a preocuparse de él; así, cualquiera que sea, verdadero o falso, lícito o ilícito, n o influye en la validez de la liberalidad (4).

Posteriormente la Jurisprudencia Francesa tiene en cuenta los motivos de la liberalidad para anular las donaciones entre - concubinos por inmorales pues van contra las buenas costumbres y la moral. La Jurisprudencia basándose en la teoría subjetiva, en los móviles determinantes que inducen a los concubinos a hacerse donaciones entre sí, declara nulos tales contratos porque afirma que los móviles determinantes se dirigen a crear, fomentar, mantener, prolongar el concubinato y por consiguiente tienen causa ilícita.

La doctrina se opone a ello diciendo que la Jurisprudencia - restablece de hecho la antigua incapacidad de los concubinos (en Francia) valiéndose de un procedimiento oblicuo (5).

Más tarde, se somete a revisión la teoría de la causa y los -  
Tribunales Franceses aceptan la concepción de la causa como  
motivo determinante.

La nueva doctrina de la causa, esbozada por Josserand identifi-  
ca ésta con los motivos, y, Capitant la define como el fin -  
perseguido por las partes para contratar, resulta de gran uti-  
lidad cuando el acto de liberalidad aparece determinado por -  
un motivo inmoral o ilícito, pues entoces se considera que tal  
motivo es la causa de la liberalidad (6).

Es decir que con base en la causa impulsiva y determinante que  
tiene en cuenta el motivo último que sobrepasa la operación y  
del cual ésta no es sino un medio, se declara la nulidad de  
los contratos entre concubinos por ilicitud de aquélla.

Josserand afirma que en las donaciones la causa no es simple-  
mente el ánimo de donar, sino el motivo individual y concreto  
que tiene el donante para hacer la donación. Este motivo indi-  
vidual puede ser ilícito y se tratará entonces de una causa -  
ilícita, como cuando alguien dona a su concubina una suma de  
dinero, en vista de la continuación de las relaciones ilícitas  
(7).

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en varias sentencias  
se refiere a la doctrina de la causa impulsiva y determinante  
diciendo que es la consagrada por los arts. 1502, 1524 y 1525  
del C.C.Colombiano (8).

Flaniol hace una diferenciación de los motivos para declarar

lícita o ilícita una causa, afirma que si la donación se hace única y exclusivamente para iniciar, continuar o remunerar las relaciones ilícitas, entonces se aplica con todo el rigor la teoría de la causa ilícita, considerando que la liberalidad toma el carácter de una remuneración destinada a pagar ciertas complacencias; es el "pretium stupri". Pero cuando la donación no tiene ese carácter libidinoso, sino más bien el de reparar el daño causado a la otra parte, asegurándole el porvenir después de la ruptura voluntaria (y mejor aún después de su muerte), entonces la cuestión cambia, y la validez de la misma se declara de modo terminante por la Jurisprudencia (9).

Carbonnier entiende que en una donación no se hace cuestión - de un simple designio liberal en cuanto causa abstracta, sino de las finalidades concretas del donante, quien puede pretender convertir a la donataria en su amante. En este caso los móviles entran en juego y pueden revestir carácter ilícito . (10).

En Francia y en Colombia tales contratos entre concubinos son nulos por ilicitud de causa puesto que la teoría que rige - aquélla es la subjetiva.

¿Pero por qué en el Derecho Español se declara la nulidad de tales contratos basándose en la teoría subjetiva de la causa al tenor de los arts. 1255 y 1275 del C.C., si conforme a su art. 1274 se acoge la objetiva?. Los mentados preceptos dicen:

Art. 1255 "Los contratantes pueden establecer los pactos, - cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre -

que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público!

Art. 1275 "Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral".

La Jurisprudencia Española, en la mayoría de casos, ha decidido en favor de la nulidad de aquellos contratos, como veremos adelante, cuando el móvil determinante sea el inicio, mantenimiento o remuneración de las relaciones extraconyugales.

A este respecto opina la doctrina (11) que mediante la invocación de los arts. 1255 y 1275 del C.C. se ha pretendido implantar un determinado sistema moral, a llevar a cabo por los ciudadanos, a la hora de realizar actos jurídicos...La falta de todo reconocimiento a la unión libre se ha mostrado particularmente activa en el tema de las donaciones entre convivientes. A través de la aplicación de los mencionados artículos por los Tribunales, se introduce un sistema que parece desconocer los principios más elementales de justicia y seguridad jurídica; se impone de forma autoritaria el código moral de cada uno de los jueces a quienes corresponda fallar sobre estos asuntos, justificándose en los conceptos abstractos de buenas costumbres.

Con estas premisas se llega a equiparar las donaciones realizadas por afecto con las otorgadas como precio de la relación sexual, y ello resulta desde todo punto de vista indiscriminado (lo difícil es calificar caso por caso).

Otros autores, por el contrario, justifican la relevancia de la intención individual afirmando que existen determinados negocios jurídicos en los cuales el Ordenamiento Jurídico necesita dar relevancia a los fines o a las motivaciones individuales con el fin de condenarlos a la ineficacia, porque por otro camino estos negocios gozarían de plena y completa validez. Es el caso de las donaciones o atribuciones patrimoniales realizadas para obtener o para recompensar una unión sexual ilícita. Como los presupuestos y los requisitos (voluntad, declaración, capacidad, objeto, forma, etc) se encuentran en regla es menester hablar entonces de un vicio causal o una causa ilícita que es determinante de la ineficacia (12).

Hay dos clases de causa ilícita: la causa ilegal que se opone a las leyes, y la causa inmoral, llamada también "causa torpe", que se opone a la moral y las buenas costumbres. Cuando se habla de causa ilícita hay que empezar por distinguir la ilicitud de la causa de la ilicitud del contrato (éste es ilícito cuando no se opone a las leyes o a las buenas costumbres) Si el contrato contra legem (aquel que se refiere a servicios que atentan contra las directrices de las normas legales), y el contrato inmoral (aquel que contradice las convicciones morales imperantes en el grupo social de que se trate), son nulos por exceder de los límites de tutela de la autonomía privada (art. 1255 C.C.) ¿para qué hablar de causa ilícita? Dicho de otra manera ¿qué añade el art. 1275 al 1255?. En todos aquellos casos en que el contrato se presenta como un todo, su nulidad vendrá dada por su carácter de contrato prohibido o inmoral. En cambio, en aquellos casos en que las diferentes promesas aparezcan desligadas será necesario acudir a la ili

causal para decretar la nulidad (13).

Conforme a lo anterior el contrato celebrado por los convivientes, cuando su móvil determinante sea crear, fomentar, man tener el concubinato, no sólo es nulo por causa ilícita, sino el mismo contrato (todo) es nulo porque va contra la ley o - contra la moral, entonces no sería necesario darle relevancia a los motivos que tuvieron los compañeros para contratar. Pero como el contrato per se es lícito y lo que lo tiñe de ilícito es la finalidad empírica propuesta por las partes, se aplica - la causa ilícita (14).

La Jurisprudencia utiliza el mecanismo de la causa torpe para declarar la nulidad de donaciones o prestaciones entre amantes, siempre que las mismas se hagan en contemplación de las relaciones amorosas ilícitas (15). Es ilícita la causa de la "datio" o de la promesa realizada para iniciar o reanudar relaciones de dicho tipo. Lo es también la que se hace para - romperlas, aunque este tema merezca alguna matización, pues - si bien la ilicitud existe cuando la promesa haya sido arrancada bajo amenaza de escándalo, no parece que deba correr la misma suerte la que se hace para remediar el daño causado a la concubina (16).

Cuando un contrato es declarado nulo habrá que restituír las cosas o bienes que se entregaron, Así lo disponen los arts. 1308 y 1303 del C.C.Español que dicen:

Art. 1308 "Mientras uno de los contratantes no realice la de volución de aquello a que en virtud de la declaración de nuli

dad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir - por su parte lo que le incumba"

Art. 1303 "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes debén restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses..."

La obligación de restituir es recíproca, excepto en los casos en que la nulidad provenga de ilicitud de causa (art. 1305) o de causa torpe (art. 1306), de la forma siguiente:

Art. 1305 "Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta por parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido".

Art. 1306 "Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

1ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del -

contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.

2ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir - el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido".

La causa torpe que priva de la restitución a aquel a quien - afecta no se refiere al contrato, sino a la atribución realizada, por ello, afirma la doctrina (17), no puede afectar a una sola de las partes, mientras que la causa del negocio implica necesariamente a ambas. A este respecto se citan las - sentencias de 23 de noviembre de 1961, 10 de noviembre de 1964, y 2 de noviembre de 1965 que parecen suponer que siempre que haya ilicitud de la causa del contrato estaremos en presencia de causa torpe y se aplica el art. 1306.

A efectos prácticos, hay contratos con causa u objeto ilícitos, y que no constituyen delito y no pudiéndose reprochar - torpeza a ninguno de los contratantes no se aplican los arts. 1305 y 1306, sino el 1303 de recíproca restitución. Esto sucede en los contratos nulos por ser contrarios a la ley (art . 1275), pero no se puede tachar la conducta de las partes como deshonesto, impúdico, lascivo, ignominioso, indecoroso o infame que son sinónimos de torpe (18).

Para excluir la repetición es necesario que el sujeto conozca las circunstancias de las que deriva la ilicitud y tenga conciencia de ésta.

En el Derecho Colombiano el art. 1552 del C.C. preceptúa "No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

Es decir, que el contratante que conoce la ilicitud de la causa no tiene derecho a obtener la repetición de lo que haya entregado.

Cuando se ha declarado judicialmente la nulidad, las partes - tienen derecho a la restitución y vuelven al estado anterior al contrato nulo, sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita, art. 1746 del C.C.Colombiano.

La nulidad del contrato con causa ilícita, es absoluta, art.- 1741/1 del C.C.Colombiano

La teoría de la causa es de suma importancia para la Jurisprudencia porque basándose en la ilicitud de aquélla, declara - casi siempre, la nulidad de los contratos entre convivientes.

La Jurisprudencia Colombiana no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la nulidad o no de tales contratos; por ello nuestro estudio se concentrará en la Jurisprudencia Española.

## B. ANALISIS DE SENTENCIAS.

1. Sentencia de 8 de marzo de 1918 del Tribunal Supremo: se trata de un convenio para restablecer un estado de manebía. Entre un hombre y una mujer solteros existieron relaciones -

amorosas en el curso de las cuales ocurrían frecuentes desavenencias. La mujer se querelló contra el hombre por injurias. Después de lo cual firmaron un documento privado ante testigos por virtud del cual la mujer renunciaba a ejercitar acciones contra el hombre y se obligaba a dispensarle toda clase de atenciones y consideraciones. El, en justa compensación y para demostrarle su afecto, se comprometía a abonarle una pensión vitalicia mensual de doscientas cincuenta pesetas.

Lo acordado se cumplió durante algún tiempo y la mujer reclamó judicialmente el pago de varias mensualidades atrasadas.

Surgieron nuevas desavenencias y la mujer presentó de nuevo querrela contra el hombre por injurias. El hombre a su vez demandó por la vía civil la ineficacia del contrato y solicitó la devolución de las mensualidades pagadas, por haber existido coacción (miedo al escándalo) y por incumplimiento de la mujer.

Esta se opuso solicitando la validez del negocio.

En las primera y segunda instancias se declaró la nulidad del contrato por ilicitud de causa como contraria a la moral y a las buenas costumbres.

La mujer interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo no casó la sentencia basado en las mismas razones de las instancias y afirma: "que siendo la razón común de lo que en dicho contrato pactaron el actor y la demandada el reanudar las relaciones amorosas que habían mantenido, no sólo porque así

se deducía de su estudio, sino porque la propia recurrente le atribuía esa finalidad, le era forzoso estimar como torpe la causa, ya que, por el resultado de las pruebas apreciadas en conjunto, constituían un estado de mancebía que, interrumpido por desavenencias y disgustos entre ellos surgidos, es el - que trataban de restablecer mediante tal convenio..." (19).

2. Sentencia de 17 de octubre de 1959 del Tribunal Supremo: donación para crear y persistir en las relaciones ilegales.

Entre los litigantes existieron relaciones amorosas durante - el curso de las cuales el hombre entregó a la mujer una serie de joyas y objetos de valor. Terminadas dichas relaciones el hombre demandó a la mujer para recuperar los bienes alegando haberlos entregado en comodato o préstamo de uso. Solicitó que en caso de haber existido algún contrato, éste se declarara - nulo por falta de consentimiento del demandante y por causa - ilícita y, para el caso de existir donación que se declarara inexistente por ilicitud de causa.

El Juzgado de primera instancia estimó que las joyas fueron - donadas y declaró nula ésta por causa ilícita ordenando la en - trega de aquéllas.

La Audiencia Territorial entendió que había donación pero con causa torpe y que no cabía la restitución. La sentencia del - tribunal a quo desestima la demanda por no aparecer probado - que la entrega de referencia lo fuera en calidad de devolución de un préstamo comodato, ni en concepto de depósito para guar

da y custodia, y sí, en cambio, en el de donación en obsequio a las relaciones ilícitas mantenidas entre los litigantes a cuyo acto se aplica el art. 1306/1 del C.C. en cuanto concurre una causa torpe común a las partes no constitutiva de delito.

El hombre interpone recurso de casación. El T.S. casa la sentencia, deniega la aplicación del art. 1306/1 del C.C. y afirma "que los bienes muebles se devuelvan al hombre declarando: a) que entre ambas partes no existe vínculo jurídico que faculte a la mujer para retener los bienes; b) que de existir algún contrato, sería inexistente e ineficaz por falta de consentimiento del actor y por ilicitud de causa; c) que para el caso de ser donación, el vínculo determinante de la entrega se estimase inexistente por ilicitud de causa o nula por no concurrir la entrega simultánea de las cosas en que consistió, o se revoque por ingratitud de la donataria.

El Tribunal estima que la entrega de autos tuvo por causa eficiente y final la iniciación y persistencia de las relaciones íntimas, fuera de toda regularidad legal, atentatorias a las costumbres patrias, aún entre personas idóneas para contraer entre sí matrimonio, incidiendo, por tanto, en la sanción del art. 1275 del C.C. que expresamente declara que los contratos con esta tara de ilicitud no producirán efecto alguno, lo cual lleva implícita, como natural consecuencia, la devolución de las cosas a su titular, según el art. 1303 del C.C., advirtiéndose, además, que la nulidad del negocio así concluido es de carácter pleno e inderogable por afectar al quebrantamiento de una norma preceptiva e inderogable, protectora de aquellas

costumbres que hoy no reconocen la mancebía con efectos patrimoniales válidos. El art. 1306/1 del C.C. no es aplicable al caso en litigio (como lo hizo la Sala de instancia), en méritos a que contempla la hipótesis de contratos con prestaciones recíprocas y no aquellos otros en los cuales sólo consta la entrega de algo, sin compensaciones de adverso por una de las partes..." (20).

Ambas sentencias se analizan a la par porque las prestaciones se dirigen a crear, reanudar o persistir en las relaciones amorosas.

Es evidente que en la sentencia de 1918 la Jurisprudencia ha acertado en declarar la nulidad del contrato por ilicitud de causa no sólo porque en ese entonces la convivencia "more uxorio" era delito que iba contra la moral y las buenas costumbres, sino que, también, pudo anularlo por ilicitud de objeto en el sentido de que el hombre remuneraba las "atenciones y consideraciones" de la mujer hacia él (la mujer vendía su cuerpo), y, además, por vicios del consentimiento: "miedo al escándalo", como lo contempla el art. 1267/2 del C.C. "...Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave...".

A la sentencia de 1959 puede hacersele varias críticas:

En primer lugar, es claro que el hombre entregó a la mujer las joyas remunerando sus "servicios" (donación remuneratoria) y - que no lo hizo movido sólo por el afecto, esto lo corrobora - su conducta ya que, una vez terminada la convivencia, se apre

suró a demandar a la mujer para recuperar los bienes.

En resumidas cuentas, él "daba" porque "recibía".

En segundo lugar, la sentencia de instancia apreció acertadamente el asunto y ordenó la aplicación correcta del art. 1306, 1 del C.C, porque la causa torpe se predicaba de ambos contratantes. Más aún, pudo aplicarse el 1305 (por causa ilegal) porque el hecho, o sea la convivencia marital, constituía un delito en 1959. Y en cualquiera de los dos supuestos no existe la restitución.

En tercer lugar, como aprecia con certeza Díez-Picazo, la apreciación que del art. 1306 hace el Tribunal Supremo no parece exacta porque el precepto no distingue entre contratos gratuitos y onerosos, limitándose a decir que ninguno podrá repetir lo que hubiera dado. Y, porque parece lícito suponer que en el caso que se examina había existido la "compensación de ad verso", constituida por una prestación tan irrestituible como los favores de la demandada de que el actor había disfrutado (21). En el mismo sentido opina Torralba S. (22) para quien la solución del T.S. implica la caída de la sanción totalmente sobre la amante, ya que el varón recupera todo lo que había dado después de conseguir lo que había querido. Parece que se ha estimado más culpable al que cobra por pecar que al que paga por ello.

Esta última sentencia deja ver con claridad la idiosincracia de la sociedad que llaman machista: es igual que un hombre conviva con una mujer sin casarse con ella , pero la mujer que

comparte su vida con un hombre con quien no está casada pierde su estimación social.

3. Sentencia de 2 de abril de 1941 del Tribunal Supremo: en tre los litigantes existieron relaciones amorosas e íntimas - durante varios años. El hombre, de estado casado, propuso a la mujer terminar las relaciones y la mujer accedió a su deseo a condición de que aquél depositara en el Banco del Río de la Plata la suma necesaria para que durante dos años ella retirara mensualmente la cantidad de dos mil pesetas para sus gastos en la República Argentina. El hombre se libraría de su obligación si la mujer residía habitual o accidentalmente en Europa por el mismo lapso de dos años, contados desde junio de 1928.

El demandado sólo cumplió su obligación durante el primer año de vigencia del contrato, sin que por parte de la mujer hubiera existido infracción de la que a ella le correspondía, pues permaneció en Argentina cerca de cuatro meses con posterioridad a la fecha en que el hombre había faltado a lo convenido.

La mujer demandó solicitando el pago del año restante. La Sala de instancia declarando resuelto el contrato originario, impone al demandado la obligación de indemnizar a la actora los daños y perjuicios motivados por el incumplimiento del citado contrato que consideró perfecto.

El hombre interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo: "el concepto de la causa ilícita,

tal como lo desenvuelve y aplica, con gran amplitud y flexibilidad, la doctrina moderna, permite cobijar no sólo las convenciones ilícitas por razón de su objeto o de su motivo (cuando este último pueda y deba ser tomado en consideración por estar integrado en el contenido del contrato), sino también múltiples convenciones que, no encerrando en sí ningún elemento de directa anti-juricidad, son ilícitas por el matiz in-moral que reviste la operación en su conjunto, como sucede en aquellos casos en que se promete determinada retribución a una persona para que ésta cumpla aquello a que ya está tenida por una obligación anterior, jurídica o moral...

El recurrente aduce en uno de los motivos del recurso que el documento que es base de la demanda, muestra bien a las claras que el móvil determinante del contrato no es otro que el rompimiento de los vínculos inmorales e ilícitos que habían atado por largo tiempo a los contratantes, como lo revela el texto del propio documento, en el cual consta que de él partió la iniciativa de esa ruptura y que propuesta a la mujer ésta acepta tan sólo a condición de que el demandado consigne la cantidad necesaria para sus gastos, obligación de la que el recurrente quedaría liberado si ella llegase a residir en Europa durante ese mismo plazo; de donde se desprende que ese móvil, puesto expresamente como razón de ser de la operación realizada, no puede menos de trascender a la estructura y configuración jurídica de ésta, en la cual es indudable que la causa está constituida, para la mujer, por la obligación contraída por el hombre...y para éste por la que contrajo la actora de terminar las relaciones amorosas...

Resulta indudable que el condicionar la parte actora la ruptura de un estado, no sólo anormal, sino contrario a las leyes y a los dictados de la moral menos exigente, a la entrega de una cantidad, prevaliéndose de la sugestión e influencia que ejercía sobre la voluntad de la otra parte, equivale a contratar sobre un acto inmoral e ilícito, estipulando el pago de cantidad determinada a cambio de una obligación de hacer, consistente en dejar a aquella parte en libertad para el cumplimiento de sus deberes morales y legales, lo cual no puede menos de viciar esencialmente el objeto y la causa del contrato..." (23).

Esta sentencia es el claro ejemplo en la cual se da relevancia a los móviles para declarar la nulidad del contrato por causa ilícita. El juzgador aplica la teoría subjetiva de la causa, no la objetiva que conforme al art. 1274 del C.C. debió aplicar.

Pudo anularse el contrato basándose en los vicios del consentimiento: "...valiéndose de la sugestión e influencia que ejercía sobre la voluntad de la otra parte..." según los arts. 1265 ss. del C.C.

De Castro opina que con la sentencia de 1941 se toma en consideración el motivo por "estar integrado en el contenido del contrato", la Jurisprudencia, en años posteriores, estima que los motivos ordinariamente irrelevantes pasen a tener trascendencia jurídica, acogiendo el sistema de la causa impulsiva y determinante (24).

*Unido  
causalmente*

La doctrina se pronuncia a favor de la validez del contrato - aduciendo que la prestación prometida puede considerarse como una indemnización, que está justificada en cuanto de lo contrario la concubina se encontraría de pronto totalmente desamparada y sin recursos económicos para subsistir. Las razones apuntadas tienen gran fuerza en aquellos casos en los que los amantes han estado ligados durante un período de tiempo que pueda haber hecho pensar a la mujer en una cierta continuidad (25).

Otras dos sentencias que se refieran también a la ruptura, la de 9 de mayo de 1914 y la de 17 de octubre de 1932, se analizaron en el capítulo II, porque en ellas no existía contrato alguno entre los convivientes, que es el tema del presente.

4. Sentencia de 5 de octubre de 1957 del Tribunal Supremo: Entre el actor y la demandada existieron relaciones amorosas durante más de diez años. En el transcurso de las mismas la mujer actuó como persona de confianza del hombre, ayudándole en sus negocios y prestando toda clase de servicios, no ocultándole el actor sus proyectos a la demandada ni las vicisitudes de sus negocios. Las cantidades de que disponía la demandada en su mayor parte estuvieron siempre a nombre del actor. El hombre pagó de su peculio una nave industrial que adquirió mediante documento privado. La mujer instó al hombre para que la pusiera a su nombre y él accedió a ello para darle mayor prueba de su confianza. Al tercero vendedor, una vez obtenido el precio, le era indiferente hacer la escritura a nombre de uno o de otra.

Otorgada la escritura de venta a su favor, la mujer salió del domicilio común y pretendió cobrar, tras varias gestiones de Letrado, una renta mensual por la ocupación del local por el hombre.

El hombre demandó solicitando se declarara la inexistencia del contrato de compraventa a favor de la mujer, pues tal compraventa carecía de realidad y entrañaba una simulación relativa, toda vez que la mujer no era la verdadera compradora, apareciendo como tal para encubrir bajo esta compraventa y mediante su simulación una transmisión gratuita de la finca, donación que le otorgó el hombre, verdadero comprador, y que era total y absolutamente nula, por ilicitud e inmoralidad de causa, y por no atenerse a los requisitos que para la donación exigía la ley. Ello sin perjuicio de la validez y eficacia de la compraventa entre el tercero y él, único comprador a tenor del documento privado.

La demandada se opuso alegando que había tenido bienes propios, fruto de su trabajo profesional anterior y simultáneo a la relación; que había sido conceptuada en todas partes como legítima esposa del demandante, elevando su nivel social; que aportó a la sociedad por bienes del demandante peculio propio, recibiendo acciones en pago del mismo; que ella misma abonó pensiones de alimentos a la esposa del demandante; que las cantidades de que disponían unos y otros no provenían necesariamente de sus propios peculios; que los pagos de la adquisición del local los había realizado ella; y que el local adjudicado lo había sido en pago de parte de su haber en la sociedad que mantiene con el actor respecto del negocio que éste -

inició en el local. Solicitó que la nave se declarara de su legítima propiedad.

El demandante, en réplica, reconoció que por razones de diversa índole, no le interesó aparecer como partícipe de la mitad del capital desembolsado de la sociedad y puso por tanto la mitad de las acciones a nombre de su amante.

El Juez de primera instancia declaró la inexistencia del contrato de compraventa a favor de la mujer porque carecía de realidad y entrañaba una simulación relativa de una transmisión gratuita, de una donación, que era absoluta y totalmente nula por ilicitud de causa, y por no reunir los requisitos legales. La Audiencia confirmó la sentencia.

La mujer interpuso recurso de casación que el T.S. no estimó y, declaró la nulidad de la donación por causa ilícita. Afirma el Tribunal: "... al no poder deducirse la existencia de vínculo alguno jurídico económico entre las partes, no cabe presumir, según las reglas del criterio humano..., otra cosa que una transferencia gratuita del dominio de la finca aludida, que constituye una auténtica donación...

Los requisitos del art. 633 del C.C. en relación con el 630, son esenciales para la validez de la donación habiendo declarado la Jurisprudencia con reiteración casi unánime, que es necesario el cumplimiento de las formalidades legales, el cual ha de ser especialmente exigido con rigor cuando se trata de donaciones encubiertas...

La recurrente argumenta en cuanto a la ilicitud e inmoralidad de la causa, que ha debido aplicarse por ser ambos culpables de ilicitud, no el contenido del art. 1274 del C.C. que previene la falta de efecto de los contratos con causa ilícita, sino la regla primera del art. 1306 del C.C., que priva a ambos contratantes culpables de poder repetir lo que en virtud del contrato hubieren entregado, ... a lo que el T.S. replica que - el juzgador se abstuvo al declarar la nulidad del contrato de calificar los hechos que causaban dicha nulidad, que por resultar ser de adulterio o amancebamiento, dado el conocido estado civil de casado del actor, hubiera de haber hecho forzosa la aplicación del contenido del art. 1305, pero en modo alguno la del art. 1306 que reclama la recurrente, y como la no aplicación del citado art. 1305 no ha sido denunciada en dicho motivo, y el Tribunal sentenciador no calificó los hechos, esta Sala en este trámite no puede pronunciarse sobre tal cuestión y desestima el motivo ya que el juzgador de instancia no aplicó el art. 1306..." (26).

Esta sentencia es de suma importancia por lo siguiente:

De los hechos se deduce, y la recurrente lo alega con certeza, que entre los compañeros existió una sociedad de facto. La mujer trabajó en pie de igualdad con el hombre (ella no dependía de él), manejaba cuentas, abonaba pensiones, etc, y aportó a la sociedad no sólo trabajo, sino bienes propios fruto de su trabajo profesional anterior. Esto lo corrobora el hombre quien al contestar la demanda reconoce que "por razones de diversa índole no le interesó aparecer como partícipe de la mitad del capital desembolsado de la sociedad y puso por-

tantó la mitad de las acciones a nombre de su amante". El juzgador de instancia acertó al considerar que no existía presunción legal de comunidad de bienes, pero erró al no apreciar - la sociedad de facto que los hechos materia del litigio le - presentaban, porque no era necesario que la mujer aportara - bienes (como así se hizo) y olvidó el juzgador que el aporte de uno de los socios puede ser el trabajo.

Fairén G. (27), comentando acertadamente esta sentencia apunta que en este caso hay donación muy discutible en su esencia, pues en este frecuentísimo recurso de poner unos bienes a nombre de otra persona falta el "animus donandi" propio de la donación y aún el "animus contrahendae obligationis" propio de cualquier contrato... Los elementos del negocio simulado en relación con este caso son:

a) Acuerdo entre las partes: se destruye la bilateralidad típica del negocio simulado porque existen tres partes. Excluyendo al tercero que vendió, quedan el hombre y la mujer y si se concede que acordaron el negocio, éste sería disimulado y no simulado. Si se admite una simulación relativa, se llega a la nulidad del acto simulado, o sea, la compraventa, que es la única relación inatacada. Por falta de este requisito, no hay una simulación sino un "truco" práctico para evitar el fisco.

b) Una declaración deliberadamente disconforme con la realidad, que no existe aquí, cuando ella dijo que "compraba" la finca, hombre y mujer creerían que actuaba en una especie de "negotiorum gestio", no de una declaración deliberadamente disconforme con la realidad.

c) Fin de engaño u ocultación ante terceras personas, que no - existió en este caso, sino se presentó simplificación, concentración de negocios.

Continúa el mismo autor, analizando la causa de este contrato y afirma que cuando nos encontramos ante un concubinato reputado socialmente como verdadero y legítimo matrimonio, la misma estructura sociológica del supuesto nos lleva a considerarlo como una situación más estable... En el concubinato típico existe una comunidad de destino y de vida que, inevitablemente, hace que surja un afecto que no se cifra exclusivamente en aspectos deshonestos. Por ello es excesiva la presunción de causalidad ilícita en todas las transmisiones habidas entre personas trabadas por tal relación de hecho... Por ello poner la finca a nombre de su compañera supone una relación de confianza y - una serie de determinaciones accesorias en las que puede que haya algo de ánimo liberal...(28).

La confusión surge cuando se habla de causa inmoral de la donación. Sería inmoral dicho ánimo cuando pretendiera una "contraprestación" inmoral. Entonces ya no sería liberal... En el ánimo liberal no hay contraprestación, sino que se regala una cosa porque sí, por desprendimiento... Pero la causa, el ánimo de liberalidad del art. 1274 del C.C., es independiente de los motivos, variables, confusos, necesariamente ajenos al Derecho.

Prosigue Fairén (29), diciendo que en el caso presente no hay donación verdadera por defecto de ánimo liberal y diferencia ésta del problema en litigio así:

a) La donación responde a un sistema causal típico, el ánimo de hacer una liberalidad a una persona, con un enriquecimiento y un empobrecimiento concatenados. En el caso que nos ocupa poner bienes a nombre de otro, no es de esencia la existencia de ánimo liberal, aunque sí lo es la relación de confianza suficiente para poner en manos de otro todos los recursos..

b) La donación es esencialmente acto formal.

c) La donación, como un acto dotado de un "nomen iuris" y de una suficiente regulación legal deja menos campo a la apreciación del juzgador, a las categorías genéricas, a la buena fe. En el caso debatido la buena fe es elemento esencial.

d) En la donación es esencial una transmisión de bienes. En el negocio de confianza en el momento en que se lleva a las consecuencias prácticas el formalismo constitutivo de una transmisión ideal, surge el conflicto y el instituto pierde sus funciones más típicas: cuando una parte se enriquece, la otra reacciona ante ello... Suponiendo que hubiera donación la sentencia tacha su causa como inmoral. En este caso faltan los requisitos legales para el contrato de donación, arts. 630 , 633 del C.C.

Analizando la procedencia de la declaración de ilicitud causal y los efectos que, como consecuencia de tal declaración se producen, en cuanto que la concubina se queda, después de haber convivido con su amante durante doce años, sin medios para hacer frente a sus necesidades. No hay duda que la convivencia de los litigantes era contraria a la moral, pero no -

parece que pueda sostenerse que la real o supuesta donación - tuviera causa ilícita por haber sido hecha en contemplación - de tales relaciones ilícitas, pues, como decía la demandada - en una de sus alegaciones, después de doce años de convivencia la pasión no es tan grande como para que la donación tenga - causa torpe. Por otra parte, una vez admitida la existencia - de causa torpe, parece que debía haberse aplicado el art. 1306, como propugnaba la recurrente, siendo ésta la solución más - conforme a derecho, aunque nada más fuera por la fuerza del - viejo brocardo: "in pari causa, turpitudinis melior est conditio possidentis", y la paridad en la causa torpe parece inquestionable (30):

Compartimos la anterior opinión en lo que a despojar a la concubina de medios para afrontar sus necesidades después de consagrar su vida al hombre durante varios años, se refiere; matizamos sus observaciones en cuanto que la convivencia era - contraria a la moral, existiendo por consiguiente causa torpe y había lugar a declarar la nulidad de la donación o del negocio en cuestión, basándose en aquella conforme al art. 1306 - del C.C.; pero también existió causa ilegal por ser el comportamiento de los litigantes contrario a Derecho, ya que el amancebamiento del hombre era, en 1957, delito (y la mujer conocía esta situación), y podía y debía aplicarse el art. 1305 del C.C. Así las cosas, en cualquiera de los dos casos no había lugar a restitución, porque, yendo más lejos y releendo de nuevo los hechos que quizás el juzgador no analizó, el hecho de que el hombre admitiera la existencia de sociedad con su compañera y "no le interesó por razones de diversa índole aparecer como partícipe de la mitad del capital...", puede ha

cernos suponer que como estaba vigente la sociedad conyugal, era obvio que si él aparecía como titular de bienes adquiridos con su trabajo durante ésta, esos bienes pertenecían a dicha sociedad. El hombre estaría defraudando los derechos de su esposa. Pero el Tribunal le concedió la razón al varón, y la compañera se quedó sin nada después de haber trabajado para ayudarlo a conseguir lo que luego se le quitó, existiendo por tanto, enriquecimiento del hombre y de la aparente sociedad conyugal a costa del empobrecimiento de la concubina. Y citamos de nuevo a Torralba cuando dice: parece que se ha tenido en cuenta la opinión social de que la mujer que vive ilegalmente con un hombre lo único que persigue es su dinero, - sin que en ningún caso se la pueda considerar como una compañera en lo bueno y en lo malo (31).

5. Sentencia de 15 de noviembre de 1968 del Tribunal Supremo: una mujer casada en segundas nupcias con quien había vivido en adulterio en vida de su primer marido, el que también, a su vez, convivía con otra mujer a la que había vendido una finca comprada durante la vigencia de la sociedad conyugal y que posteriormente otorgó testamento abierto a favor de su compañera, demandó la nulidad de tal compraventa, alegando que la compradora carecía de bienes y que la venta fue simulada y en fraude de la sociedad de gananciales y también la nulidad del testamento abierto por carecer del nombre de los testigos.

El juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial, en apelación, revocó la sentencia, declaró -

nula la escritura de compraventa y el testamento.

La demandada interpuso recurso de casación alegando que la sentencia de la Audiencia violó el art. 1445 del C.C., al estimar que la compraventa fue acto simulado de donación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso por lo siguiente: - "...afirmar en cuanto a la compraventa su carácter simulado, - por inexistencia de precio y ser en su caso la intención del figurado como vendedor, la de donar la finca objeto del contrato a la que aparece como compradora, negocio jurídico no alegado por la parte hoy recurrente, y por ser falsa la causa - del contrato, por consistir en el propósito de defraudar los legítimos derechos de la esposa del supuesto vendedor...En - cuanto al testamento, aunque el notario afirma que están presentados tres testigos, lo cierto es que lo firman sólo dos y - como no se da la razón de la ausencia de la firma del tercero y no constan las circunstancias personales del mismo, ni las de los demás, hay que estimar falta del tercer testigo lo que conduce a la aplicación de los arts. 687 y 694 del C.C., o sea, a declarar la nulidad del mismo..." (32).

Comentando esta sentencia afirma la doctrina (33) que es in - justo anular las donaciones entre convivientes "more uxorio" adulterinos, si quien la solicita es culpable de la separación matrimonial y había convivido en unión libre adulterina, o incluso si se niega a solicitar el divorcio para no perder algu - na ventaja económica...En este caso la demandante convivió maritalmente hasta el momento en que muere su marido, momento - en el cual aprovecha para casarse con quien había vivido en - adulterio.

Esta sentencia estimó con certeza que la compraventa fue nula por inexistencia de precio. Anuló la donación basándose en la intención del aparente vendedor, o sea, que una vez más la Jurisprudencia da relevancia a los motivos para declarar la ilicitud de causa. Pudo anularla con base solamente en defectos de forma. No tuvo en cuenta el que la demandante había cometido delito de adulterio, sólo apreció su estado de casada y, - como la compañera no pudo hacerlo a su vez, por muerte del hombre, la despojó del bien que aquél le donó sin analizar el posible hecho de que él hubiera querido indemnizarle los daños que le causó la unión marital o asegurarle el futuro. Por ello dice con toda razón la doctrina (34), que el T. S. distingue entre las buenas y las malas concubinas. Dada la vigencia de la sociedad de gananciales, se aplica mecánicamente una de sus consecuencias: la posibilidad de que la mujer separada de hecho pueda impugnar la enajenación hecha por el marido violando los arts. 1413 ss del C.C. anteriores a la reforma de 1981. Duda la doctrina que el Tribunal hubiera estimado la demanda, si la viuda no se hubiese casado con su amante. Duda también que la venta hecha en fraude de los derechos de la esposa, - permita calificar de falsa la causa; en este caso fue ilícita, art. 1275, y no falsa, art. 1276. A más, el testamento se declaró nulo por defectos de forma y no de fondo (35).

#### C. EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION.

Con la reseña de las anteriores sentencias se muestra la doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre los contratos entre - convivientes. Cabe preguntarnos si actualmente es esto válido.

1. ¿Es nulo por causa ilegal un contrato entre concubinos? Cuando se tipificaron el adulterio y amancebamiento, es indudable que los llamados Estados de Derecho, elevaron a la categoría de delito una conducta que era considerada por la Iglesia Católica como pecado, o sea que las ideas, los sentimientos más íntimos de las personas, los que pertenecen a su fuero interno, se convirtieron en conductas punibles. Con estas prohibiciones se protegía a ultranza a la familia legítima.

Así, los contratos celebrados por concubinos eran declarados nulos por ilicitud de causa, porque ésta se oponía a las leyes. La convivencia "more uxorio" era ilícita, era un delito. De esta forma lo solucionaba irremediablemente la Jurisprudencia. Por ejemplo: si el hombre regalaba algo a su compañera movido por el afecto (sin afecto no existe unión libre, éste es el vínculo que los une), la Jurisprudencia anulaba tal donación porque juzgaba que se dirigía a crear, mantener, fomentar el concubinato. Preguntamos ¿cómo hacía una persona para juzgar, para diferenciar, que el hombre regalaba algo a la mujer movido por el afecto que sentía hacia ella y no para "remunerar sus servicios"? Es imposible penetrar, conocer los pensamientos y sentimientos ajenos, sólo haciéndolo puede juzgarse algo tan intangible, la Jurisprudencia adecuaba su fallo a lo que creía movía al compañero. No a lo que realmente lo movía.

Cualquier contrato que versara sobre el concubinato era nulo por ilicitud de causa, aún el que ponía fin a aquél. Si se terminaba una situación que la ley consideraba ilícita, o sea, que la conducta de las partes "volvía a su estado anterior -



de licitud" ¿por qué se anulaba el contrato, si de lo que se trataba era de acabar con "algo ilícito"? Dejamos a salvo - cualquiera otra base para anular el contrato.

Hoy la convivencia "more uxorio" no constituye ningún delito en España desde 1978, ni en Colombia desde 1936. Actualmente la Jurisprudencia no puede declarar la nulidad de esta clase de contratos porque ya el concubinato no se opone a la ley.

2. ¿Es nulo por causa torpe un contrato entre compañeros?. La causa torpe, como dijimos, es la que se opone a la moral y a las buenas costumbres.

La moral pertenece al fuero interno de las personas, pero de alguna manera se manifiesta exteriormente; así, las acciones de una persona son tenidas por las otras como buenas o malas. Pero la cualificación de esas actuaciones depende de cada individuo: lo que es bueno para uno puede ser malo para otro, - excepto que aquéllas sean ostensiblemente malas, por ejemplo: asesinar a una persona es algo que repugna a todo el mundo. Como veníamos diciendo, esas conductas trascienden al exterior y el Derecho puede "aprehender" algunas para normarlas. Pero el Ordenamiento Jurídico es elaborado por hombres, que observan y califican las conductas como morales (buenas) e inmorales (malas) según el sentir general. Esta opinión general - en una sociedad tradicionalmente religiosa, está influenciada grandemente por la Iglesia, así los dogmas cristianos se convierten, muchas veces, en reglas de comportamiento social y - lo bueno o malo para la religión lo es también para la socie-

dad. El Derecho "convierte" muchas normas religiosas en jurídicas, un claro ejemplo de ello es la juridización de un sacramento: el matrimonio, que es la única célula normal y lícita de formación de la familia, por consiguiente, toda otra familia no fundada en aquél es inmoral, pero ya no ilícita, sino al margen de la ley.

¿Por qué es inmoral la unión libre para la religión? Por ser la unión sexual extramatrimonial de un hombre y una mujer, Y el sexo ha sido tradicionalmente un tema tabú, un pecado; las personas no pueden disponer libremente de su sexualidad porque "la fornicación está prohibida y toda relación sexual es ilícita, si no tiene lugar entre cónyuges" (36).

Todo lo anterior se predica en sociedades tan religiosas como la española y la colombiana lo que ha traído como resultado - una rígida formación moral en la mayoría de los ciudadanos, - en cuyas mentes aún siguen bulliendo los temas sexuales como una especie de pecados de lujuria contra el sexto mandamiento de la Ley de Dios (37).

Retomando el hilo, la persona que se comporta conforme al Derecho, tiene buenas costumbres, por ejemplo: el que contrae matrimonio se "comporta bien". De suerte que buenas costumbres y moral son sinónimos; pero estos conceptos varían con el paso del tiempo, con las nuevas ideologías y mentalidad social. Las costumbres se relajan, y el Derecho con ellas. Así, en los últimos tiempos, se ha dado valor al matrimonio civil - (donde no existe bendición) y se ha establecido el divorcio - (ignorando la frase religiosa: lo que une Dios no lo desuna -

el hombre), y, se han despenalizado los delitos de adulterio y amancebamiento. De esta forma la unión libre es algo que pertenece a la libre voluntad de las personas y que el Derecho respeta (así lo hace constitucionalmente). Actualmente dichas relaciones no se tildan de inmorales y la sociedad las acepta como algo normal, y, la doctrina se ha preocupado últimamente por el tema y celebrado al respecto varios congresos sobre los posibles efectos jurídicos de la convivencia marital.

Mal podría la Jurisprudencia afirmar que los contratos que celebran los miembros de tal unión van contra la moral y las buenas costumbres, pues la conducta de aquéllos es normal, honesta. Diferente es cuando el resultado práctico del negocio repugna a la conciencia social vigente (38), pero este ya no es el caso y así el juzgador ha tenido oportunidad de afirmarlo en la sentencia de 13 de octubre de 1960 en la cual un hombre casado y separado de su mujer, toma en arriendo una vivienda y lleva a vivir consigo a su compañera y la hija de ambos. El T.S. estima que no puede calificarse de inmoral la actividad del inquilino en el interior de la vivienda...contraída a vivir con toda la corrección que imponen las normas de cortesía y de convivencia o de vida en comunidad, con su hija y la madre de ésta, su familia, como realmente lo es, aunque sólo lo por la naturaleza y no ante la ley, y menos, de inmoral.. ya que nadie puede conocer la vida íntima de una familia y ésta no se puede estimar por ser contraria a ninguna norma moral aceptada por todos o por una mayoría dominante que tampoco rechaza claramente la expresada conducta...

3. ¿El contrato entre compañeros se opone al orden público? Éste lo identifican algunos con las leyes imperativas, en cuanto se amparan los intereses de la colectividad, a los que se considera imprescindible respetar frente a la voluntad de los particulares (39). O tiene que ver con la tranquilidad pública o ciudadana.

La unión "more uxorio" está lejos de perturbar el orden público, político, económico o social de un Estado determinado. No transtorna la tranquilidad o paz públicas.

¿Pero contraría las normas de orden público matrimonial o familiar?. La respuesta no puede ser tajante. Cabe matizarla. Si la unión libre está conformada por dos personas, como lo dijo la sentencia de 1960, que no produce ningún escándalo público, que se comporta con toda corrección, no perturba ningún orden público.

Por el contrario, si en dicha unión uno de sus componentes, o ambos, está casado con un tercero, se pueden presentar dos situaciones: que exista separación del cónyuge, de tal forma que la conducta del otro no perjudique para nada sus intereses, la unión adulterina no transtornaría el orden público matrimonial y familiar; nos referimos, por ejemplo, a las separaciones de hecho de varios años donde existe total desligue personal y patrimonial de los cónyuges. O que tal unión se desarrolle simultáneamente con el matrimonio, o tenga muy poco tiempo de conformada, por ejemplo: el hombre abandonó a su esposa e hijos que dependían económicamente de él y convive con otra mujer, o conviviendo a la par con ambas, igualmente des-



cuida sus deberes de padre y esposo, es obvio que tal unión - perturba el orden público matrimonial y familiar.

La Jurisprudencia ha de ser muy cuidadosa en estos casos. No debe declarar la nulidad de estos contratos celebrados por los compañeros por el sólo hecho de existir la convivencia (como siempre lo ha hecho), ha de examinar y valorar las circunstancias específicas en cada litigio.

De esta forma no puede ya el juzgador declarar la nulidad de los contratos entre concubinos por ilicitud de causa. Si, como lo ha sostenido, con éstos se "remuneran los servicios" - no hay causa ilícita, sino objeto ilícito, porque el objeto del contrato sería el cuerpo humano, que está fuera del comercio de los hombres, arts. 1274 del C.C.Español y 1521 del C.C. Colombiano. Habrá que basar la ilicitud en vicios del consentimiento, falta de formalidades legales, etc.

4. Recientemente la Jurisprudencia Española se ha manifestado en sentido totalmente opuesto hasta lo ahora visto.

La sentencia de 21 de abril de 1986 de la Audiencia Provincial de Córdoba, mantiene la licitud y eficacia de un contrato celebrado por una pareja de hecho en orden a someter sus relaciones patrimoniales al régimen de comunidad de gananciales, regulada por el antiguo art. 1392 ss. del C.C., como si de marido y mujer se tratara.

Afirma la sentencia en sus fundamentos de Derecho: "...si bien

es verdad que el sistema económico de la sociedad de gananciales lo previene el Código Civil para el matrimonio, lo cierto es que no existe precepto alguno que prohíba la celebración de un contrato en cuya virtud las partes convienen en hacer comunes para ambas las ganancias o provechos obtenidos, indistintamente, por cualquiera de ellas, mientras convivan maritalmente, siéndoles atribuidas por iguales partes a la terminación del contrato...

El contrato objeto del presente recurso, no sólo es lícito, sino también ciertamente encomiable, dado que la finalidad del mismo no es otra que la voluntaria ordenación de los medios económicos al cumplimiento de los sagrados e ineludibles deberes que la institución familiar impone, y cuyo reconocimiento, respeto y protección ha de informar la práctica judicial; por consiguiente, como lógica consecuencia de la licitud y de reunir el contrato en cuestión los requisitos prevenidos para su eficacia por el art. 1261 del C.C., no sólo obliga a las partes en que en él intervienen (art. 1278), sino también a quienes son sus herederos universales..." (40).

La doctrina (41), opina que es totalmente equitativo y ajustado a la ley el autorizar la aplicación del modelo legal económico matrimonial a las situaciones de hecho. En el Derecho Español, que está inspirado bajo el principio cardinal de la autonomía de la voluntad, existen cauces legales típicos para crear figuras jurídicas pactadas análogamente a la sociedad de gananciales, el problema surgía de la consideración como ilegal e inmoral de la situación que le servía de base o substratum, por ser unión que no tenía como pórtico el matrimonio.

Una vez desaparecida esta ilegalidad, por cambio de la concepción política y social, lógicamente prevalece la calificación jurídica pura...Con razón, la sociedad civil que regula el Código permite crear una entidad de este tipo con el carácter de universal de bienes presentes y futuros conforme al art. 1672 del C.C.

En el Derecho Colombiano no podría darse validez a una sociedad así pactada por expresa prohibición del art. 2082 del Código Civil.

## NOTAS DEL CAPITULO V

- (1) Indaburu L., Carlos y Estrada P., Gloria. El Concubinato en Colombia. Sus Derechos y sus Obligaciones. Librería Jurídicas Wilches. Primera edición. Bogotá 1978, pág 188.
- (2) O'Callaghan M., Xavier. Compendio de Derecho Civil. T. II Vol I. Derecho de Obligaciones. Edersa Madrid 1987, pág . 230.
- (3) O'Callaghan M., Xavier. Compendio de Derecho Civil. T.I.- Parte General. Edersa Madrid 1986, pág 361.
- (4) Citado por García C., Gabriel. El Concubinato en el Derecho Civil Francés. C.S.I.C. Roma-Madrid. 1965, pág 146.
- (5) Roux citado por García C., idem, pág 147.
- (6) Idem, págs 148 y 149.
- (7) Citado por Valencia Z., Arturo. Derecho Civil. T.III. De las Obligaciones. Sexta edición. Editorial Temis. Bogotá. 1982, pág 122.
- (8) Id, id.
- (9) Citado por Puig P., Federico. Las Uniones Maritales de Hecho. Revista de Derecho Privado. Enero-diciembre 1949. - Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, pág 1094.
- (10) Carbonnier; Jean. Derecho Civil. T. II. Vol II. El Derecho de las Obligaciones y La Situación Contractual. Editorial Bosch. Barcelona. 1971, pág 243.
- (11) Estrada A., Eduardo. Las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil Español. Editorial Civitas, S.A. Madrid. - Primera edición 1986, págs 290 y 291.
- (12) Díez-Picazo, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol I. Introducción. Teoría del Contrato. Las Relaciones Obligatorias. Segunda edición. Editorial Tecnos S. A. Madrid 1983, pág 158.
- (13) Idem, pág 180.
- (14) Id, id.
- (15) Torralba S., O.Vicente. Causa Ilícita: Exposición Sistemática de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Anuario de Derecho Civil. Enero-marzo 1966. Ministerio de Justicia y C.S.I.C., pág 703.
- (16) Sentencia de 16 de octubre de 1932 citada por Díez-Picazo, op. cit, pág 180.
- (17) Delgado E., Jesús. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por M. Albaladejo. T. XVII. Vol. II. Edersa. Madrid. 1981, pág 308.
- (18) Id, id.
- (19) Boletín Jurídico-Administrativo. Anuario de Legislación y Jurisprudencia. Apéndice 1918. Madrid 1918, pág 722.

- (20) Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia. 1959. T.XXVI. Vol. II. Editorial Aranzadi. Pamplona 1959, pág 2212.
- (21) Díez-Picazo, Luis. Estudios Sobre la Jurisprudencia Civil. Vol. I. Editorial Tecnos S.A. Madrid 1979, pág 143.
- (22) Torralba S., op. cit, pág 705.
- (23) Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia. Año 1941. T.VIII. Editorial Aranzadi. Pamplona 1941, págs 295 ss.
- (24) De Castro y Bravo, Federico. El Negocio Jurídico. Editorial Civitas S.A. Madrid 1985, pág 191.
- (25) Torralba S., op. cit, págs 705 y 706.
- (26) Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia. Año 1957. T.XXIV. Editorial Aranzadi. Pamplona 1958, págs 1910 ss.
- (27) Fairén G., Manuel. ¿Donación con Causa Torpe o Subrogación Fiduciaria? Nota a la Sentencia del T.S. de 5 de octubre de 1957. Revista de Derecho Notarial. Abril-junio 1958. Colegios Notariales de España. Madrid, págs 391 ss.
- (28) Idem, págs 396 ss.
- (29) Id, págs 398 ss.
- (30) Torralba S., op. cit, págs 707 y 708.
- (31) Id, id.
- (32) Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia. Año 1968. T.XXXIV. Vol II. Ed. Aranzadi Pamplona 1968, pág 3909.
- (33) Estrada A., op. cit, pág 276.
- (34) Fosar B., Enrique. Análisis de la Jurisprudencia Española Sobre Las Relaciones Económicas en las Uniones Extramatrimoniales. R.G.L.J. Enero de 1983. Editorial Reus Madrid. T. I., págs 278 ss.
- (35) Id, id.
- (36) Santo Tomás en la Carta a los Gentiles citado por Estrada A., op. cit, pág 79.
- (37) Id, id.
- (38) Lacruz B., José L. Elementos de Derecho Civil. T.II.Vol.II Derecho de Obligaciones. Librería Bosch. Barcelona, pág . 154.
- (39) Mucius Scaevola, y Valverde citados por Estrada A., op. - cit, pág 86.
- (40) Regímenes Económico-Matrimoniales. Sociedad de Gananciales. Convivencia Marital. La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina-Jurisprudencia y Bibliografía. Edilex S.A. Madrid 1986-2, pág 729.
- (41) Muñoz de Dios, Gerardo. Régimen Económico en las Uniones Extramatrimoniales. La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina-Jurisprudencia y Bibliografía, 1987-2, págs. - 1163 ss.

## CAPITULO VI

## RELACIONES CONTRACTUALES DE LOS CONVIVIENTES

## CON TERCEROS

La convivencia genera una serie de gastos de los cuales no pueden sustraerse los compañeros, gastos tales como: alimentación, vivienda, vestido, educación de los hijos si los hay, etc. Es inevitable que durante el discurrir de su vida la pareja establezca relaciones contractuales con terceros que proveen tales necesidades, porque la subsistencia de suyo implica gastos. Así las cosas, los terceros que contratan con los concubinos no tienen las mismas garantías para cobrar sus créditos que si hubiesen contratado con personas casadas.

La falta de vínculo jurídico entre convivientes les coloca en situación privilegiada ante los cónyuges (1) ya que éstos responden solidariamente ante terceros, así lo dispone la ley española y la colombiana.

A este respecto el art. 1319 del Código Civil Español preceptúa "Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.

De las deudas contraídas en el ejercicio de esa potestad res-



ponderarán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge..."

El art. 2º de la Ley 28 de 1932 establece en Colombia "Cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de las cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil".

Los cónyuges responden siempre de las deudas contraídas para subvenir las necesidades domésticas, en tanto que en la unión libre, por falta de regulación, los compañeros se sustraen al cumplimiento de sus responsabilidades a ciencia y paciencia de la ley porque, normalmente, ninguno de los dos responde por las deudas que, para el levantamiento de las cargas domésticas, contrajo el otro.

Como es indudable que de esta clase de relaciones no surge, en principio, ningún título de estado que los terceros deban acatar, esos terceros desconocerán el concubinato y lo considerarán como un mero hecho que no les afecta (2).

Los compañeros pueden celebrar cualesquiera clase de contratos con terceros porque el hecho de convivir juntos no afecta su capacidad.

Antes que nada debemos diferenciar los terceros que contratan

con los convivientes. Si aquéllos son familiares, vecinos o - amigos de los compañeros y conocen su situación personal y, - aún así contratan con ellos, deben asumir las consecuencias - de su actuación porque en el momento de tratar de cobrar su - crédito no pueden alegar ignorancia, de lo contrario actuarían de mala fe, por ejemplo: un hermano de cualquiera de los dos o un amigo es el que provee los alimentos.

En cambio, los terceros ajenos al conocimiento de la convivencia "more uxorio" que contratan con la pareja, lo hacen convencidos de están casados, porque lo que conocen es el aparente estado matrimonial de aquéllos. Es justamente para no defraudar los derechos de estos terceros de buena fe que la doctrina plantea diversas teorías al respecto, así:

#### A. TEORIA DEL MANDATO TACITO.

En ésta se aplican analógicamente las normas del matrimonio a la convivencia more uxorio.

Cuando la concubina contrata con un tercero en orden a cubrir las ordinarias necesidades del hogar se entiende que es su compañero el que se obliga en virtud de que existe un mandato tácito para ello.

Podría la responsabilidad basarse en la existencia de mandato tácito, conforme veremos; no ya en la potestad doméstica de la mujer casada, teoría que está recogida puesto que, anteriormente, era el hombre el que "llevaba el hogar", era el "je-



fe de la familia", o sea que las responsabilidades eran de él y, la mujer que estaba bajo su potestad, era su mandataria. Pero actualmente esto no es aplicable puesto que hoy día, según la ley, ambos contribuyen equitativamente al levantamiento de las cargas del hogar, los "negocios" son de ellos dos, la capacidad de la mujer no se ve afectada por el hecho de casarse.

En lo referente al mandato, éste está regulado como sigue:

Art. 1709 del Código Civil Español "Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra".

El Código Civil Colombiano lo define en el art. 2142 "El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera..."

El mandato tácito lo regulan los arts. 1710 del Código Civil Español y 2149 del Código Civil Colombiano.

El mandato puede ser representativo y no representativo según se actúe en nombre de otro o no. Si el mandatario actúa "alieno nomine" o sea, cuando hace saber al tercero que el negocio es ajeno, entonces surge relación jurídica entre el mandante y el tercero, arts 1717 del C.C.Español y 2177 del C.C. Colombiano. Por el contrario, si el mandatario actúa "proprio nomine", cuando no declara la calidad con la que obra, surgen relaciones entre él y el tercero, en este caso no obli

ga respecto de terceros al mandante (art. 2177 del C.C.Colombiano), o sea, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Excepto el caso en que se trate de cosas propias del mandante (art. 1717/2 del C.C.-Español).

El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente ante la parte con quien contrata, sino cuando se obliga a ello expresamente (arts 1725 del C.C.Español y 2180/2 del C.C.Colombiano) o cuando traspasa los límites de su mandato (arts 1725 del C.C.Español y 2180 primera parte y numeral primero del C.C.Colombiano).

Aplicando la teoría del mandato a la convivencia "more uxorio" ¿cómo se prueba que existe aquél en ésta? Piret entiende que para probar el mandato tácito entre convivientes no basta la vida en común, pero sí sería suficiente la forma de comportarse entre sí (3).

Aceptando que los compañeros se comporten como familia ¿la mujer (mandatario) estaría prestando un servicio por cuenta o encargo de otro (el hombre)(art. 1709 del C.C.Español) o gestionando un negocio ajeno (art. 2142 del C.C.Colombiano)? Creemos que no, porque los contratos que realice para cubrir las necesidades del hogar o de los hijos comunes, no son sólo responsabilidad del mandante (el hombre), no son negocios de él, son de ambos, son contratos que se realizan en provecho del

hogar común y los dos (hombre y mujer o mandante y mandatario) deben contribuir a ello.

Por esto es indiferente que el mandatario (hombre o mujer) actúe en nombre propio o ajeno. En ambos casos responde igualmente, porque se trata de bienes o cosas o negocios propios de ambos. Así el tercero podrá dirigirse contra cualquiera de los dos.

La doctrina entiende también que, en el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores o por uno sólo de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro, serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En ambos casos y en el desacuerdo, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro, art. 156/3 del C.C.Español (4).

Algún autor (5), plantea la teoría legal o de la obligación alimentaria, pero creemos que ésta queda incluida en la del mandato tácito. Tal teoría se basa en los arts. 108/2, 110, 143/2, etc del C.C.Español y 411 ss del C.C.Colombiano sobre la obligación de prestar alimentos a los hijos extramatrimoniales. Así cuando la concubina contrata con terceros para proveer a las necesidades de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, está obligando también al padre de sus hijos, por tanto, ambos se constituyen en deudores solidarios.

#### B. GESTION DE NEGOCIOS AJENOS.

Está regulada como sigue:

Art. 1888 del C.C.Español "El que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, está obligado a continuar su gestión hasta - el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí"

Por su parte el C.C.Colombiano en su art. 2304 establece "La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los bienes de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos",

En la gestión de negocios ajenos una persona gestiona los negocios de otra que está ausente o no puede hacerse cargo de ellos. El gestor actúa como lo haría el dueño, como un buen padre de familia.

La mujer o el hombre, en la convivencia more uxorio no gestionan a negocios ajenos, los negocios pertenecen a los dos por - que ambos contribuyen a la buena marcha del hogar. Nos remitimos a lo dicho en relación con la teoría del mandato.(6).

#### C. TEORIA DE LA APARIENCIA.

Esta teoría se ha esbozado en aras de la seguridad jurídica - puesto que la unión libre es aparentemente un matrimonio y - los convivientes aparecen, de esta forma, como cónyuges.

La apariencia jurídica es, en efecto, un principio general conectado con la protección de los terceros y que "ab initio" - se redujo al derecho de los bienes patrimoniales a través principalmente de la posesión. Es diríamos, una especie de sustitutivo de la publicidad, por lo que su medida no podrá ser - otra que la de la misma publicidad cuya falta viene a subsanar (López López)(7).

Algunos autores entienden que los convivientes que se hacen pasar por esposos incurrir en una conducta cuasidelictual de engaño de la que deben responder solidariamente ambos, basándose para ello en el art. 1902 del C.C.Español sobre responsabilidad extracontractual (8).

Josserand opina que es un título creador de derechos, el haber sido engañado por una apariencia; y una carga generadora de responsabilidad, el haber engañado a otro, provocándole tal ilusión. Naturalmente, el tercero debe estar exento de reproche, debe ignorar la situación de falso matrimonio; debe ser, en una palabra, de buena fe (9).

Vale decir que la concubina al contratar con terceros de buena fe, que creyéndola casada le vendieron al fiado por ejemplo, responde solidariamente con su concubino por aquellas - deudas siempre que se contraigan para subvenir a las necesidades de educación, crianza o sostenimiento de los hijos comu -

nes, o necesidades domésticas. Se les aplica la misma responsabilidad que a los cónyuges porque la apariencia nunca podrá sobrepasar el contenido de la institución que refleja (10).

Otra corriente invoca el error como causa de nulidad de los contratos realizados por los convivientes haciéndose pasar por marido y mujer (11).

Las dos posiciones buscan que los concubinos respondan solidariamente por las deudas que cada uno contraiga con el fin de subvenir las necesidades del hogar.

En lo que hace a solicitar la nulidad del contrato por error sobre la persona, afirma acertadamente Estrada (12) que para que éste invalide el contrato, la consideración a ella debió ser la causa principal del mismo, art. 1266/2 del C.C.Español. El C.C.Colombiano lo recoge también en el art. 1512/1. La cualidad de la persona no tiene relevancia tampoco en este caso porque el hecho de estar casado no ofrece mayor confianza personal que si no lo estuviera. Las cualidades personales de cada individuo y que han sido tenidas en cuenta por el legislador no van a mejorar por el hecho de contraer matrimonio. Estas son facultades independientes del estado civil de la persona (13).

En cuanto a la responsabilidad extracontractual se presenta de forma un tanto artificial, en cuanto se reconduce la comisión de una falta de engaño a través de los cauces objetivos de aquélla (14).

La teoría que se adapta mejor a la responsabilidad de los com  
pañeros ante terceros es la del mandato tácito. La doctrina -  
opina que la situación de comunidad de hogar, y por tanto de  
consumo en común, crea una apariencia frente a los terceros -  
que podrá legitimar al que realice los suministros domésticos  
para dirigirse también contra el conviviente que no contrató  
con él, y ello, no por el hecho de presentar una pareja el as  
pecto de un matrimonio, o por creer el cocontratante comercian  
te, erróneamente, en la existencia de un matrimonio, sino -  
porque la formación de un hogar representa, para las incumben  
cias más elementales de éste, un mandato tácito del convivien  
te no contratante en favor del otro (15).

De igual forma afirma Gitrama G. (16), que el marido aparente  
debe quedar vinculado a título de deudor cuando la concubina  
ha realizado adquisiciones para sí, para la prole no matrimonial  
o para el hogar de hecho, haciéndose pasar por esposa, siem-  
pre que así lo exija la protección de la buena fe del comer-  
ciante. Dicho de otro modo, si para la "communis opinio" los  
amantes son marido y mujer, como tales se comportan en lo eco  
nómico ante terceros. La obligación del marido aparente po-  
dría, a su vez, basarse en una especie de mandato tácito.

## NOTAS DEL CAPITULO VI

- (1) Estrada A., Eduardo. Las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil Español. Editorial Civitas S.A. Primera edición. Madrid 1986, pág 308.
- (2) García C., Gabriel. El Concubinato en el Derecho Civil - Francés. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Roma-Madrid. 1965, pág 176.
- (3) Citado por Estrada A., op. cit, pág 310.
- (4) Gitrama G., Notas Sobre la Problemática Jurídica de la Pareja No Casada. Separata del Libro Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño. Salamanca 1984, pág 243.
- (5) Betancourt J., Carlos. El Régimen Legal de Los Concubinos en Colombia. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín Colombia 1962. Tesis de Grado, págs 171 y 172.
- (6) Ha tratado el tema extensamente Antonio Gordillo. La Representación Aparente (Una aplicación del Principio General de Protección de la Apariencia Jurídica). Publicaciones de la Universidad de Sevilla 1978.
- (7) Gitrama G., op. cit, pág 243.
- (8) Zorrilla recogido por Carbonnier citado por Estrada A., - op. cit, pág 313.
- (9) Citado por Betancourt J., op. cit, pág 169.
- (10) Idem pág 170.
- (11) Moreno Mocholi y Valverde citados por Estrada A., op. cit, pág 313.
- (12) Idem pág 314.
- (13) Id. pág 314.
- (14) Id. pág 315.
- (15) Lacruz B., José L. y Sancho R., Francisco. Elementos de - Derecho Civil, IV. Derecho de Familia. Bosch. Barcelona . 1982, pág 584.
- (16) Gitrama G., op. cit, pág 243.



## CAPITULO VII

## CONCLUSIONES

1. Ha de ser la ley la que de alguna manera regule la convivencia "more uxorio", no sólo para evitar los posibles daños que ésta cause a uno de sus componentes, y a los hijos comunes o no, sino también a los terceros que se relacionan con aquéllos.
2. A través de la Historia (Roma, España, Colombia), se nos muestra que la unión libre fue aceptada, como matrimonio inferior o de segundo grado o simplemente como una forma más de conformación de la familia, siempre que reuniera determinados requisitos exigidos por la ley.
3. Es al advenimiento del Cristianismo cuando comienza a reprimirse el concubinato porque se le consideró inmoral, por ser pecaminosas las relaciones sexuales fuera del matrimonio (fornicación). Así la prohibición religiosa devino jurídica castigándose de diversas formas a las personas que de esta manera convivían, hasta llegar a tipificarse como delito tales conductas.

Los delitos de adulterio y amancebamiento han sido despenalizados en España y Colombia, pero aún así, sigue su concepto social siendo el de que atentan contra las buenas costumbres.

4. La unión marital es un fenómeno tan arraigado en la sociedad que es difícil establecer exactamente cuales son sus causas. Aquélla ha existido desde que el hombre está en la Tierra. En el momento en que la ley regula el matrimonio, como única forma válida de conformación de la familia, la unión libre queda rezagada, huérfana de normatividad.

Es esa falta de regulación la que muchas veces conlleva - su formación; como no está contemplada por la ley, no hay obligaciones que cumplir, piensan los que conforman aquellas uniones. Esto es cierto, presentándose así el fenómeno social tan conocido del madresolterismo que es el - producto de las relaciones sexuales esporádicas o no, y está conformada por la madre y sus hijos habidos con uno o varios hombres.

5. Constitucionalmente se ha protegido la familia como célula básica de la sociedad y también a sus miembros independientemente, (art. 39 de la Constitución Española), donde quizás puede entenderse protegida también la unión extramatrimonial a la luz del principio de igualdad de todas - las personas ante la ley.
6. La convivencia "more uxorio" no crea por sí derechos y deberes entre los compañeros. De esta forma no se deben recíprocamente alimentos, pero no por esto deja de ser válido el pacto en el cual ellos lo establezcan libremente.

Por elemental justicia cabría proponer una reforma de -

los arts. 143 del C.C.Español y 411 del C.C.Colombiano, - en orden a incluir en ellos al compañero que hubiese convivido en unión libre durante un período determinado de tiempo (la ley fijará, en todo caso, el número de años - que considere conveniente), y hacerlo acreedor a esta pensión.

7. En cuanto al contrato de arrendamiento, existe en España discriminación en orden a subrogar al conviviente more uxorio como parte en aquél; por ello se propone una posible reforma basándonos, en primer lugar, en el RDL de 30 de abril de 1985 que dispone que los contratos de arrendamiento de vivienda o local de negocio que se celebren, tendrán la duración que libremente se estipule, sin que les sea aplicable el régimen de prórroga forzosa de la LAU; y, en segundo lugar, en el art. 39/2 de la Constitución Española donde se dice que los poderes públicos protegerán "... a las madres solteras cualquiera que sea su estado civil", y lo hacemos extensible también al hombre porque no debe existir discriminación por razón del sexo.
8. En cuanto a las relaciones extracontractuales del concubino no supérstite frente al tercero responsable de la muerte de su pareja, la Jurisprudencia Española y Colombiana, han accedido, certeramente, a conceder indemnización al sobreviviente cuando del difunto derivaba su sustento.
9. Los convivientes more uxorio no tienen derecho de sucesión entre sí, excepto en los casos en que uno de ellos, causante, libremente, haya declarado al otro heredero o legatario.

rio por medio de testamento, porque nada impide hacerlo, siempre que se respeten los derechos de los legitimarios si los hay, y el testamento reúna todos los requisitos de fondo y forma. Así creemos perfectamente válida la asignación testamentaria.

En los Derechos Español y Colombiano, quizás, podría existir una norma, en orden a que la parte de libre disposición, en caso de que el causante hubiese vivido en unión libre, sea para el conviviente sobreviviente, de esta forma no se lesionan los derechos de los legitimarios, y se evitan injusticias en el sentido de no desamparar al súpérstite que quede sin recursos económicos.

10. En España el art. 160 de la LGSS sólo concede pensión de viudedad al cónyuge. La Jurisprudencia Española ha reconocido tal derecho a la compañera, algunas veces; podría proponerse un cambio que se adecúa a los principios constitucionales de 1978, arts. 14, 39 y concordantes, y a la Recomendación número 67 de la OIT.

El Derecho Laboral Colombiano reconoce el derecho a pensión y demás prestaciones sociales, a falta de viuda, a la compañera.

11. En caso de ruptura de la unión, la Jurisprudencia rechaza la petición de indemnización, excepto cuando la convivencia se ha originado en seducción y en los casos en los que el hombre, por medio de escrito privado, se ha obligado a ello. Creemos que la ruptura intempestiva y sin cau

sa quizás debería generar siempre derecho a indemnización, aún cuando no se hubiera originado en seducción.

12. La filiación extramatrimonial es el único tema que ha regulado la ley en España y en Colombia. Históricamente existió discriminación entre los hijos por razón del nacimiento. Se dividieron en categorías, así los adulterinos, incestuosos y sacrílegos no tenían derecho sino a solicitar alimentos, no tenían derecho a un padre, y, los naturales que eran todos los demás, tenían mermados sus derechos frente a los hijos legítimos.

Actualmente, tanto en España como en Colombia, los hijos son, en teoría, iguales ante la ley, todos tienen los mismos derechos y deberes y no existe discriminación alguna por razón del nacimiento. Afirmamos que son iguales teóricamente ya que la ley no dispone los medios necesarios para que todos los hijos hagan valer sus derechos. Nos referimos a los hijos extramatrimoniales no reconocidos, quienes no tienen padres a quienes exigir el cumplimiento de sus deberes.

Por ello proponemos que, en ambas legislaciones, se regule la familia de hecho y se establezca la presunción de que los hijos nacidos en tales uniones tengan como padre al compañero de la madre; presunción que corresponde destruir al presunto progenitor.

13. El de los bienes concubinarios es uno de los aspectos más importantes y que requiere urgentemente alguna regulación

positiva. En Colombia la Jurisprudencia se ha pronunciado sobre este aspecto afirmando que puede existir cualesquiera de las tres figuras siguientes: sociedad de hecho, enriquecimiento sin causa, o contrato de trabajo.

Por su parte, la doctrina española se pronuncia en favor de la comunidad de bienes. Alguna Jurisprudencia Española ha aplicado el régimen de la sociedad de gananciales del matrimonio a la convivencia "more uxorio" a falta de pacto; alguna otra vez ha reconocido (y alabado) el contrato en el cual los compañeros se acogen en cuanto a sus bienes al régimen de la sociedad de gananciales.

Para obviar las diferentes posiciones de la doctrina y la Jurisprudencia, la mejor solución es regular la convivencia marital, así: o estableciendo que los bienes que los compañeros adquieran a título oneroso, durante el transcurso de la unión, formen una comunidad de bienes, o una sociedad concubinaria. En el caso de aceptarse la existencia de esta sociedad, se aplicarían analógicamente las reglas económicas del matrimonio a la unión libre, y, según dijimos, como no debe existir una radical separación entre la familia legal y la extralegal, porque al fin y al cabo son una familia, bien procede hacerlo así, puesto que, si la Jurisprudencia en España y la doctrina en Colombia predicen la analogía, y en caso de ser regulada esta sociedad, no de otra manera podría conformarse y liquidarse aquélla.

14. Los compañeros, en principio, si son capaces pueden celebrar cualesquiera clase de contratos entre sí válidamente.

La Jurisprudencia ha considerado, tradicionalmente, nulos esos contratos por ilicitud de causa, arts. 1255 y 1275 - del C.C.Español y 1524 del C.C.Colombiano. Pero, según vimos, la causa ilícita es la que se opone a moral, las leyes y las buenas costumbres y no sería aplicable actualmente, puesto que la unión marital no es ya un hecho que constituya delito (ilegal), o que se considere inmoral o pecaminosa o vaya contra las buenas costumbres (así lo estima alguna Jurisprudencia Española). Hoy en día, la Jurisprudencia ha de basarse en cualesquiera otras causales para declarar la nulidad de tales contratos, como objeto - ilícito, vicios del consentimiento, etc.

Cuando un contrato verse sobre las personas de los compañeros, por ejemplo: celebrarlo para establecer una unión libre, no hay duda de que es nulo, pero por objeto ilícito. Diferente es el caso en el que se pacte un pago de dinero a favor de uno de los compañeros al terminarse la - unión, porque sería como una indemnización para reparar - los posibles perjuicios sufridos por una de las partes o simplemente para no dejarlo desamparado.

Con una regulación positiva muchos casos de estos no se - presentarían ya que en el supuesto de ruptura o separa - ción, la ley habría establecido la correspondiente pensión de alimentos a cargo del culpable de tales separación o ruptura, o, en igualdad de condiciones, a cargo del que - quede en mejor situación económica.

15. En lo que hace a la responsabilidad ante los terceros, los

concubinos han de responder solidariamente ante aquéllos porque aparentemente se presentan como matrimonio, o, basándose en la teoría del mandato tácito.

## BIBLIOGRAFIA

1. ALBALADEJO GARCIA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia. T. IV. Librería Bosch. Barcelona. 1982.
2. BETANCOURT JARAMILLO, Carlos. El Régimen Legal de los Concubinos en Colombia. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia. 1962. Tesis de Grado.
3. BONFANTE, Pietro. Instituciones de Derecho Romano. Traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1965 . Tercera edición.
4. CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. Derecho Civil I. Personas y Familia. Legislación-Jurisprudencia-Doctrina. 1900-1980 . Editorial ABC. Bogotá D.E. 1982.
5. CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. Sociedad Conyugal y Concubinato. Legislación-Jurisprudencia-Doctrina. Editorial ABC. Bogotá D.E.. 1983.
6. CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones y la Situación Contractual. T.II. Vol.II. Editorial Bosch. Barcelona. 1971.
7. CASTAN VAZQUEZ, José María. El Reconocimiento de la Filiación Natural en la Ley Colombiana de 1968 y su Reglamento de 1969. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos . Anuario de Derecho Civil. Madrid. 1970.
8. CASTELLO, Carlo. In Tema di Matrimonio e Concubinato nel - Mondo Romano. Dott. A. Giuffrè-Editore. Milano. 1940.
9. CERDA GIJENO, José. La Situación Actual de las Parejas no Casadas ante el Derecho. Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Año XLII de 15 de febrero de 1988. Nº 1482.
10. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El Negocio Jurídico. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1985.

11. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo. T. XVII. Vol. II. Edersa. Madrid. 1981.
12. DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel. El Nuevo Derecho de la Filiación en el Nuevo Derecho de Familia Español. Editorial Reus, S.A. Madrid. 1982.
13. DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo. T. III. Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado. Edersa. Madrid. 1984.
14. DESDENTADO BONETE, Aurelio y TEJERINA ALONSO, José I. Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia. Vol. II. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. 1984.
15. DIEZ-PICAZO, Luis. Estudios Sobre la Jurisprudencia Civil. Vol. I. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. 1979.
16. DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I. Introducción. Teoría del Contrato. Las Relaciones Obligatorias. Segunda edición. Editorial - Tecnos, S.A. Madrid. 1983.
17. ECHEVERRY DE FERRUPINO, Lilia. La Familia de Hecho en Colombia. Constitución, Características y Consecuencias Socio-Jurídicas. Ediciones Tercer Mundo. Bogotá. Colombia. 1984.
18. ESTRADA ALONSO, Eduardo. Las Uniones Extramatrimoniales - en el Derecho Civil Español. Editorial Civitas, S.A. - Madrid. 1986. Primera edición.
19. FAIREN GUILLEN, Manuel. ¿Donación Con Causa Torpe o Subrogación Fiduciaria?. Nota a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1957. Revista de Derecho Notarial. Abril-Junio de 1958. Colegios Notariales de España. Madrid.
20. FERNANDEZ COSTALES, Javier. La Familia no Matrimonial y - La Indemnización por Causa de Muerte. Congreso Hispano Americano de Derecho de Familia. Cáceres. España. Octubre de 1987. Tapia. Año VII. Nº 36.



21. FOSAR BENLLOCH, Enrique. Estudios de Derecho De Familia . T. III. Las Uniones Libres. La Evolución Histórica del Matrimonio y EL Divorcio en España. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. 1981.
22. FOSAR BENLLOCH, Enrique. Análisis de la Jurisprudencia Española Sobre Las Relaciones Económicas en las Uniones Extramatrimoniales. Revista General de Legislación y - Jurisprudencia. Editorial Reus. Madrid. T. I. Enero de 1983.
23. FUENTE NORIEGA, Margarita. Las Relaciones Paterno-Filiales de Carácter Extramatrimonial en el Derecho Español. Congreso Hispano Americano de Derecho de Familia. Cáceres. España. Octubre de 1987. Tapia. Año VII. Nº 37.
24. GACTO FERNANDEZ, Enrique. La Filiación No Legítima en el Derecho Histórico Español. Anales de La Universidad - Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla. 1969. Tesis Doctoral.
25. GARCIA ABELLAN, Juan. Las Situaciones Familiares Anómalas y el Derecho de la Seguridad Social. Revista de Política Social. Nº 136. Octubre-Diciembre. 1982. Madrid.
26. GARCIA CANTERO, Gabriel. El Concubinato en el Derecho Civil Francés. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Roma-Madrid. 1965.
27. GARCIA CANTERO, Gabriel. La Reforma de la Filiación. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Enero 1983. T.I. Editorial Reus. Madrid. (Texto de La Conferencia Pronunciada en el Ateneo de Zaragoza el 28 de mayo de 1981).
28. GARCIA GOYENA, Florencio. Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español. T. I. Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial. Madrid. 1852.
29. GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, y, REGOJO OTERO, Alejandro. La Familia No Matrimonial. Estudio Sobre el Concubinato. Congreso Hispano Americano de Derecho de Familia. Cáceres. España. Octubre de 1987. Tapia. Año VII Nº 37.

30. GAYA SICILIA, Regina. Uniones de Hecho y Abusos de Derecho: Un Supuesto en Aragón. Congreso Hispano Americano de Derecho de Familia. Cáceres. España. Octubre de 1987. Tapia. Año VII. Nº 36.
31. GAZZONI, Francesco. Dal Concubinato alla Famiglia di Fatto. Università di Macerata. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza. Seconda serie. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore. 1983.
32. GITRAMA GONZALEZ, Manuel. Notas Sobre la Problemática Jurídica de la Pareja No Casada. Separata del Libro Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño. Salamanca. 1984.
33. GUTIERREZ DE PINEDA, Virginia. La Familia en Colombia. Vol. I. Transfondo Histórico. Editorial Iqueima. Bogotá. Colombia. 1963.
34. GUTIERREZ DE PINEDA, Virginia. Familia y Cultura en Colombia. Talleres Gráficos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Bogotá. Colombia. Octubre de 1975.
35. HERRERA CAMPOS, Ramón. La Investigación de la Paternidad y La Filiación No Matrimonial. Universidad de Granada. - Granada 1987.
36. IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1983.
37. INDABURU LIZARRALDE, Carlos Alberto y ESTRADA PIEDRAHITA, Gloria Cecilia. El Concubinato en Colombia. Sus Derechos y Sus Obligaciones. Librería Jurídicas Wilches. Bogotá. 1978. Primera edición.
38. LACRUZ BERDEJO, José Luis. Elementos de Derecho Civil. T. II. Vol. II. Derecho de Obligaciones. Librería Bosch. Barcelona. 1977.
39. LACRUZ BERDEJO, José Luis, DIEZ-PICAZO, Luis, y, otros. - Protección Jurídica de la Familia. Centro de Estudios Sociales del Valle de Los Caídos. Madrid. 1982.



40. LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, y, otros. El Nuevo Régimen de la Familia. T. II. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1981.
41. LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia. Conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981. Librería Bosch. Barcelona. 1982.
42. LAFONT PIANETTA, Pedro R. La Familia Natural. Revista Jurídica Universidad Nacional de Colombia. Nº 37-38. 1970.
43. MANRESA Y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil Español. T.I. Séptima edición, corregida, aumentada, revisada y puesta al día por D. Pascual Marín Pérez. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1956.
44. MARTINEZ-CALCERRADA, Luis. El Nuevo Derecho de Familia. T.I. (Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio). Tercera edición corregida y aumentada. Estudio de la Constitución Española y de la Ley de 13 de mayo de 1981. Gráficas Espejo. Madrid. 1983.
45. MERINO GUTIERREZ, Arturo. Las Uniones Libres y Su Perspectiva Actual (Las Parejas No Casadas). La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina. Jurisprudencia y Bibliografía. Año IX. Nº 1916. Marzo de 1988.
46. MONROY CABRA, Marco Gerardo. El Concubinato o Unión Libre. Revista de la Universidad Externado de Colombia. Vol - XVIII. Nº 3. Noviembre de 1977. Bogotá. Colombia.
47. MORALES OSPINA, Jaime. Derecho de Familia. Teórico y Práctico. La Mujer ante el Derecho Civil-Penal y Laboral. Librería Editorial El Decálogo. Bogotá. 1984.
48. MUÑOZ DE DIOS, Gerardo. Régimen Económico en las Uniones - Extramatrimoniales. La Ley. Revista Jurídica Española - de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía. 1987-2.
49. MURCIA BALLEEN, Humberto. Las Sociedades de Hecho. Tesis. Universidad del Rosario. Bogotá. 1956.
50. NUÑEZ LAGOS, Rafael. El Enriquecimiento Sin Causa en el - Derecho Español. Editorial Reus, S.A. Madrid. 1934.

51. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Compendio de Derecho Civil. T.I Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado. - Edersa. Madrid. 1986.
52. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Compendio de Derecho Civil. T. II. Vol. I. Derecho de Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado. Edersa. Madrid. 1987.
53. OLIS ROBLEDA, S.J. El Matrimonio en el Derecho Romano. - Esencia, Requisitos de Validez, Efectos, Disolubilidad. Libreria Editrice. Università Gregoriana. Roma. 1970.
54. OLTRA MOLTO, Enrique. El Hijo Ilegítimo No Natural (Su Situación Jurídica). Editorial Montecorvo S.A. Madrid. - 1976.
55. OTS CAPDEQUI, José María. El Derecho de Familia y El Derecho de Sucesión en Nuestra Legislación de Indias. Im - prenta Helénica. Madrid. 1921.
56. PANTALEON PRIETO, Fernando A. ¿Derechos Sucesorios Abintestato del Compañero o Compañera en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña?. Terceras Jornadas de Dere - cho Catalán. Tossa de Mar. Septiembre de 1984.
57. PUIG PEÑA, Federico. Las Uniones Maritales de Hecho. Revis - ta de Derecho Privado. T. XXXIII. Enero-Diciembre 1949. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.
58. REYES M, Jorge Ramón. Situación Jurídica del Hijo Natural en la Legislación Colombiana. Editorial Minerva, S.A. - Bogotá. 1941.
59. SERNA MEROÑO, Encarnación. La Reforma de la Filiación. Edi - torial Montecorvo, S.A. Madrid. 1985.
60. SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. T. II. Del Ré - gimen de los Bienes. Editorial Temis. Bogotá. 1981.
61. TORRALBA SORIANO, O. Vicente. Causa Ilícita: Exposición - Sistemática de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Anuario de Derecho Civil. T. XIX. Enero-Marzo de 1966. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investiga - ciones Científicas.



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

62. TORRENT, Armando. Manual de Derecho Privado Romano. Sociedad Cooperativa Librería General. Zaragoza. 1987.
63. VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Derecho de Familia . T. V. Editorial Temis. Bogotá. 1983. Quinta edición.
64. VALLADARES RASCON, Etlvina. El Derecho a la Pensión de - Viudedad del Compañero No Matrimonial. La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía. Edilex, S.A. Madrid. 1986-1.
65. VIDAL MARTINEZ, Jaime. La Relación No Matrimonial en el - Derecho Español. Congreso Hispano Americano de Derecho de Familia. Cáceres. España. Octubre de 1987. Tapia - Año VII. Nº 36.
66. VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de Derecho Privado Romano Editorial Civitas S.A. Madrid. 1986.