

La capacidad en la unión marital de hecho

Una reflexión sobre la familia delineada por el poder

Juan Daniel Franco



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Colección mejores trabajos de grado | Pregrado

La capacidad en la unión marital de hecho

Una reflexión sobre la familia delineada por el poder

La capacidad en la unión marital de hecho

Una reflexión sobre la familia delineada por el poder

Juan Daniel Franco



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Colección *Mejores Trabajos de Grado*

La capacidad en la unión marital de hecho. Una reflexión sobre la familia delineada por el poder

© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

© Juan Daniel Franco

Edición: 2020

ISBNe: 978-958-5596-60-3

Carátula: *Los amantes*, René Magritte

Diseño, diagramación e impresión: Imprenta Universidad de Antioquia

Hecho en Colombia / Made in Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Teléfono (57-4) 219 58 54

Correo electrónico: publicacionesderechoypolitica@udea.edu.co

Página web: <http://derecho.udea.edu.co>

A.A. 1226. Medellín - Colombia

El contenido de la obra corresponde al derecho de expresión del autor y no desata responsabilidad institucional frente a terceros. El autor asume la responsabilidad por los derechos de autor y conexos contenidos en la obra, así como por la eventual información sensible publicada en ella.

Este libro está disponible en texto completo en la Biblioteca Digital de la Universidad de Antioquia: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Franco Tamayo, Juan Daniel

La capacidad en la unión marital de hecho. Una reflexión sobre la familia delineada por el poder / Juan Daniel Franco Tamayo; prólogo de Aída Kemelmajer de Carlucci. – 1. edición. – Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; 2020.

xiv, 152 páginas. -- (Colección Mejores Trabajos de Grado, No. 42)

ISBNe: 978-958-5596-60-3

1. Concubinato – Colombia. 2. Propiedad conyugal – Colombia.

3. Derecho de familia – Colombia. 4. Matrimonio de derecho común

- Colombia. 5. Parejas homosexuales - Colombia. I. Kemelmajer de

Carlucci, Aída, prólogo. II. Título. III. Serie.

LC-KHH493

346.86101-dc23

Catalogación en publicación de la Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

*Cuando el matrimonio y la familia están
al servicio de una institución o grupo específico
—el Estado, la clase dominante, la Iglesia—
tienden a surgir una serie de prácticas paralelas
que modifican las normas escritas dominantes.*

Jack Goody, La evolución de la familia y el matrimonio.

A mi madre, fuente inagotable de amor y de bondad.

A la Universidad de Antioquia, por cambiar realidades.

*A quienes de una u otra forma ayudaron a que
este texto fuera mejor de lo que pudo haber sido.*

Contenido

Prólogo	9
Introducción	15
1. La regulación de la familia	19
1.1. Elementos históricos para entender la regulación de la familia no matrimonial en el contexto europeo	21
1.2. Aspectos históricos sobre las formas regulativas de la familia en Colombia	35
2. La unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales	40
2.1. Formas de tratamiento normativo (o no normativo) de las familias no matrimoniales	42
2.2. La unión marital de hecho en Colombia	43
2.2.1. <i>Previo al reconocimiento legal:</i> <i>las posturas jurisprudenciales</i>	44
2.2.2. <i>Antecedentes legislativos en materia</i> <i>de protección de derechos de las uniones</i> <i>no matrimoniales</i>	46
2.2.3. <i>El reconocimiento legal de la unión marital de hecho:</i> <i>Ley 54 de 1990</i>	47
2.2.4. <i>La unión marital de hecho entre parejas</i> <i>del mismo sexo</i>	51

2.3. La regulación de los aspectos patrimoniales: sociedad patrimonial entre compañeros permanentes	52
2.4. Declaración de existencia de la unión marital de hecho y de la existencia y disolución de la sociedad patrimonial	57
2.5. Discusiones frente a la prescripción contemplada en la Ley 54 de 1990	61
2.6. Vigencia de la Ley 54 de 1990	66
2.7. Calificación jurídica de la unión marital de hecho	67
3. La capacidad jurídica.	75
3.1. La incapacidad: razones para la limitación de la capacidad.	78
3.1.1. <i>Limitaciones a la capacidad en razón del estado mental: un nuevo paradigma</i>	79
3.1.2. <i>Limitaciones a la capacidad en razón de la edad.</i>	81
3.2. Incapacidad absoluta e incapacidad relativa en el ordenamiento jurídico colombiano	83
3.2.1. <i>Personas en situación de discapacidad mental y la regulación de su capacidad de ejercicio: antes y después de la Ley 1996 de 2019.</i>	85
3.2.2. <i>La edad como criterio para la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa</i>	90
3.3. Capacidad o autonomía progresiva de los menores de edad	92
4. Aspectos problemáticos de la capacidad en la unión marital de hecho	97
4.1. Capacidad en la unión marital de hecho en personas en situación de discapacidad mental: antes y después de la Ley 1996 de 2019.	98
4.2. Capacidad en la unión marital de hecho en relación con la edad.	102

4.2.1. <i>El capitalismo y la industrialización como elementos para el estudio de la edad requerida para conformar familia: el control de la población</i>	103
4.2.2. <i>La capacidad en razón de la edad en el matrimonio como contexto para la capacidad en la conformación de la familia</i>	110
4.3. Aspectos problemáticos de la capacidad en razón de la edad en la unión marital de hecho.	115
4.4. Algunos referentes en el derecho extranjero sobre la edad requerida para conformar familia por fuera del matrimonio	132
4.4.1. <i>La regulación del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina</i>	132
4.4.2. <i>La interpretación uruguaya.</i>	133
4.4.3. <i>El caso español</i>	134
4.4.4. <i>El Pacto Civil de Solidaridad en Francia.</i>	134
Conclusiones.	136
Referencias bibliográficas	142
Jurisprudencia	149
Normativa.	151

Prólogo

Regular las uniones convivenciales de modo que se respete el ejercicio del derecho a formar una familia, y que otorgue efectos equilibrados sobre la autonomía, la solidaridad y el pluralismo es misión casi imposible. Creo que nadie tiene la última palabra, especialmente, si se pretende que esa solución sirva en todos los países y en todos los tiempos, dado el continuo cambio social. De allí la dificultad del tema abordado por Juan Daniel Franco.

En el prólogo al libro *Les concubinages. Approche socio-juridique*, dirigido por la profesora Jacqueline Rubellin-Devichi, publicado en 1986, el maestro Carbonnier dice: “Al comienzo era el hecho, y el hecho se hizo derecho”. Pues bien, la cuestión es qué requisitos deben cumplirse para que ese *hecho* (la convivencia de dos personas que viven en aparente matrimonio, pero que han decidido no casarse por las formas legales) *se haga derecho*, o sea, genere consecuencias jurídicas. Aun planteado de este modo, es necesario advertir que los requisitos pueden ser exigidos para algunos efectos y no para otros, y este aserto rige, especialmente, en ordenamientos que, como el argentino, lejos hoy de la famosa frase de Napoleón, “los concubinos se desentienden de la ley, la ley se desentiende de ellos”, tienen una regulación “general” para cubrir efectos como la asistencia recíproca, la protección de la vivienda, la responsabilidad por deudas domésticas, la eficacia de los pactos, etcétera.

De manera que, en esos sistemas, el incumplimiento de alguno de los requisitos señalados en la llamada parte general del código (o ley) no implica necesariamente que esa unión familiar no genere ningún efecto jurídico. En suma, cabe diferenciar entre uniones convivenciales que producen las consecuencias previstas en esa “parte general”, porque

cumplen con los recaudos, de las convivencias de pareja que, aunque no los reúnen, generan algunas consecuencias jurídicas; por ejemplo, en el derecho argentino, un conviviente que no reúne los requisitos del art. 510¹, puede ser beneficiario de la afectación de un inmueble al sistema de protección de la vivienda; si es un hombre, se le aplica la presunción de paternidad del hijo de la conviviente, si el nacimiento se ha producido dentro de los plazos legalmente previstos en materia de filiación; puede ser progenitor afín de los hijos de su pareja y, en consecuencia, asumir las obligaciones y derechos derivados de tal figura; está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales por la muerte o gran discapacidad de su pareja, etcétera. Además, esa convivencia, que no conforma una unión convivencial regulada en la parte general, es causa de algunas restricciones; por ejemplo, el instrumento autorizado por un funcionario público en asuntos en que su conviviente esté personalmente interesada carece de valor; atentar contra la vida o la persona del conviviente o la conviviente del donante es causal de revocación de una donación (art. 1571).

Aún con esta delimitación, la importancia del tema planteado en este libro es muy alta, especialmente, porque, como lo indica Juan Daniel Franco, los paradigmas han cambiado: i) de la *incapacidad* de las personas con carencias de salud mental hemos pasado a la protección de su autonomía, por lo que sólo excepcionalmente, cuando no tenga ninguna posibilidad de comunicarse con los demás, se le designará un representante que exprese su voluntad; en los demás casos, el ordenamiento jurídico les presta asistencia, apoyo, sostén, etcétera, para que pueda manifestar cuál es el acto que mejor se adecua a su propio proyecto de vida; ii) de la *incapacidad de los menores*, nos hemos trasladado al fascinante mundo de la *autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes*, por lo que el autor recuerda, muy acertadamente, que “el único cambio lineal constante en los últimos cuatrocientos años es el creciente interés por los niños, aunque su trato en la actualidad oscila cíclicamente entre la permisividad

1 Como lo recuerda el autor del libro que prologó, el artículo 510 dice: “Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que: a) los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años”.

y la represión” y que “el concepto de capacidad progresiva requiere una mirada interdisciplinar de la infancia y la adolescencia que aprecie sus cualidades propias, postura que generalmente se deja de lado cuando su análisis es netamente jurídico”.

Pues bien, el libro desarrolla este aspecto específico (la capacidad para que una unión convivencial estable produzca efectos jurídicos) al que, hasta ahora, la bibliografía no había apuntado ni en Europa ni en América Latina. La omisión no deja de asombrar, como mínimo, por dos razones: i) la gran oleada de libros sobre la unión convivencial publicados estos últimos años, generada, entre otras razones, por el reconocimiento jurídico de las uniones de personas del mismo sexo: ii) la tendencia de algunos países latinoamericanos (por ejemplo, el Salvador, Costa Rica) que han eliminado toda posibilidad de contraer matrimonio antes de los dieciocho años.

Para abordar con fundamentos serios la cuestión particular que le preocupa, el autor dedica los primeros capítulos a explicar el enclave histórico y político del derecho a la vida familiar. Recuerda que la Revolución francesa introdujo una revisión total de las concepciones cristianas y equiparó el matrimonio al entonces llamado *concubinato*, igualando la familia matrimonial y extramatrimonial, cambio que no sobrevivió, pues el Código de Napoleón, fuente de casi todos los códigos modernos, omitió su regulación.

Compara esta situación con la existente en la sociedad colombiana y enseña que, en el origen, convergieron tres grupos étnico-culturales: los indígenas, los afrodescendientes y los peninsulares; de esta manera, en el “cruce de estos grupos, con sus distintas costumbres, se esparcieron en el territorio colombiano formas distintas de comprender y vivir la familia”. Sin embargo, la recepción del Código Civil de Bello, al igual que lo sucedido con la codificación francesa, excluyó las parejas no matrimoniales del concepto de familia, “afincando legislativamente la distinción entre lo legítimo y lo ilegítimo”. El cambio operó, como en tantos otros países, recién a mediados del siglo xx, con la *relectura* (como diría el maestro Rescigno) del Derecho de familia con visión social, generándose la idea de que la familia, sin interesar su origen, requiere la protección del derecho. El Tribunal Constitucional colombiano jugó un rol fundamental en esa transformación, como lo evidencia la jurisprudencia cuidadosamente analizada por el autor.

Una variante en este cambio de mirada se produjo cuando se “descubrió” que además del derecho a la vida familiar, hay un derecho *a casarse* y a *no casarse*, cuya coexistencia exige un régimen jurídico para las uniones de hecho que no sea totalmente igual al del matrimonio, pero que, al mismo tiempo, proporcione soluciones no discriminatorias.

Con estos puntos de partida, sumados a la perspectiva de los derechos humanos y el valioso apoyo de la jurisprudencia constitucional colombiana, el autor está en óptimas condiciones para analizar comparativamente los requisitos tradicionales de singularidad, convivencia, notoriedad, inexistencia de parentesco, duración, y plazo de prescripción, para lograr su reconocimiento establecido por el ordenamiento jurídico colombiano.

Todo este *background*, más el desarrollo de las nociones jurídicas de persona, capacidad y actos y hechos jurídicos, permite a Juan Daniel Franco ingresar al punto neurálgico de su tesis, cual es la capacidad requerida a las personas menores de edad y a las personas con alguna discapacidad mental. Se pregunta, entonces, “cuál sería la capacidad que se exigiría para que se formara la unión marital y cuál sería la consecuencia (sanción) de que no la tuviera uno de los compañeros”.

El punto de partida es que las personas con discapacidad mental no pueden ser discriminadas respecto del ejercicio pleno de sus derechos relacionados con la constitución de una familia y su participación en ella; las restricciones sólo pueden ser establecidas por el juez, y únicamente por razones de protección de ese sujeto vulnerable.

El análisis del autor respecto de las personas menores de edad (que coincide con el de Foucault) tiene otro telón de fondo: “La aparición e implantación de determinados sistemas de desarrollo (el industrial y capitalista) despiertan intereses económicos en los individuos que terminan por modificar las estructuras sociales y culturales imperantes”, por lo que “el Estado se preocupa por los límites sobre el mínimo en la edad para conformar familia a través de la unión de pareja y ha optado por una política que propugna por su aumento”, “todo lo cual está aunado a la lógica económica que desarrolló un matrimonio tardío a partir del desarrollo industrial. Sin embargo, por pura lógica demográfica, la edad matrimonial no podrá seguir aumentándose indefinidamente”. Ahora bien, “la estricta regulación del matrimonio tiene posibilidades de control

por parte del Estado a partir de los requisitos establecidos para el despliegue de sus efectos jurídicos, pues solo se está en presencia de un matrimonio cuando el poder así lo determina”. “No ocurre lo mismo con las uniones de pareja no matrimoniales, pues dado su marcado carácter fáctico son de difícil control para el Estado”.

Sobre estas bases, Juan Daniel Franco analiza cuidadosamente el régimen jurídico colombiano del matrimonio y de la unión convivencial de personas menores de edad y sus efectos, a la luz, principalmente, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Consejo de Estado. Su opinión no siempre coincide con la del voto mayoritario y, en tal sentido, insiste en que el régimen de la capacidad debe estar encaminado a la defensa de los derechos de quienes pretende proteger, por lo que, aplicar el sistema “como una forma de limitar el acceso a las relaciones jurídicas, implica ir en contravía del ánimo que inspira esta figura”.

Y concluye que

si para desarrollar el derecho fundamental a conformar una familia se requiere el ejercicio de la autonomía de la voluntad como expresión de una decisión libre, en una atmósfera de reconocimiento de la titularidad de derechos y autonomía progresiva de los menores de edad, puede pensarse en un ejercicio volitivo libre encaminado a la conformación de la unión marital de hecho que debe ser respetado por el ordenamiento jurídico.

Este aserto lo lleva a criticar la solución argentina, pues “la exclusión de quienes no han alcanzado la mayoría de edad, de las consecuencias jurídicas que genera la convivencia, puede llevar a su desprotección, puesto que no podrán acudir al sistema de protección establecido para esta tipología familiar”. Para aminorar esas consecuencias perjudiciales, un importante sector de la doctrina argentina, que comparto, entiende que para el cómputo del plazo de dos años exigidos por el art. 510, inciso d, no deben descontarse los transcurridos cuando uno o los dos convivientes eran todavía menores de edad. Esta solución tiene base, al igual que lo propicia el autor de este libro, en que dos personas menores de edad (o al menos una de ellas) pueden conformar una familia matrimonial a través de autorización de sus representantes legales (a partir de los dieciséis años) o de dispensa judicial (si es menor de dieciséis años). Si dos personas menores de edad (o al menos una) pueden acceder a una familia

matrimonial, no hay razón para negar una no matrimonial. Además, la realidad impone esa solución:

conforme la Primera Encuesta Nacional de Jóvenes de 2014 elaborada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, el porcentaje de la población, total país, entre 15 y 19 años (3.339.648 personas), que ha conformado un núcleo familiar propio expresado por la convivencia en pareja, más allá del estado civil legal, alcanza el 7,4%, porcentaje que supera la barrera del 10% en el caso de mujeres jóvenes (10,5%) y está por debajo del 5% en caso de los varones (4,6%). De esta manera, la diferencia por sexo es del doble en las personas de 15 a 19 años. En este marco, la interpretación amplia entre el cruce de edad mínima y años de convivencias es la que mejor cumple la manda de desarrollar una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables, incorporando, muy particularmente, la perspectiva de género.²

Concluyo, pues, para no tergiversar la función del prologuista (tan discutida por cierto), que el lector encontrará en este libro valiosos fundamentos teóricos (apoyados también en importante jurisprudencia de órganos colombianos que van a la cabeza del derecho constitucional latinoamericano) para solucionar problemas prácticos de un fenómeno social muy difundido en el continente, el cual es el de las uniones convivenciales de personas menores de edad, la mayoría de ellas en situación de extrema vulnerabilidad. Su valor es, pues, superlativo, aunque como decía al comienzo, nadie tiene aún la última palabra.

Aída Kemelmajer de Carlucci
Jurista argentina

2 Pellegrini, M. V. (2017). *Las uniones convivenciales* (cap. II). Buenos Aires: Erreius.

Introducción

Estas páginas surgen, principalmente, de dos preocupaciones académicas que acompañaron mi trasegar por la Universidad: el interés del poder por la regulación de la familia, y la capacidad jurídica para la conformación de la familia. *La capacidad en la unión marital de hecho. Una reflexión sobre la familia delineada por el poder* refleja un esfuerzo por razonar alrededor de estos dos tópicos de una forma entrelazada, y por ello presenta una reflexión jurídica atravesada por otras disciplinas del conocimiento, propendiendo por una amplitud conceptual que conlleve a deliberaciones que rompan con los esquemas tradicionales bajo los que se piensa el derecho de familia.

En distintos contextos históricos y territoriales, las formas de conformación de familia a través de la unión de pareja han tenido un tratamiento diverso, siendo calificadas jurídicamente de formas disímiles, atendiendo, entre otros, al criterio de la formalización de tal vínculo frente a un poder encargado de regular las situaciones jurídicas familiares. Lo anterior está directamente ligado a la posibilidad de controlar la institución familiar por parte del establecimiento, en pro de la consolidación de sus intereses, en virtud de lo cual se presenta una diferencia, principalmente, entre las formas matrimoniales y no matrimoniales de conformar familia.

Se puede encontrar desde el derecho romano distinciones entre las formas de conformar familia que atienden a criterios como la calidad de las personas que se unen. En la Edad Media, la iglesia católica jugó un papel esencial en la disyuntiva entre las maneras de conformación de la familia, apostado en los conceptos de legitimidad e ilegitimidad, logrando con esto consolidar un vasto empoderamiento territorial y económico. Por su parte, la Revolución francesa representó una ruptura en este entendimiento; no

obstante, estos cambios no resistieron el proceso de codificación en el cual se vigorizan las distinciones ya aludidas.

Finalmente, con la aparición del capitalismo y la industrialización, el interés por el control de la población y los recursos (a partir de variables como la natalidad, la sexualidad, la edad matrimonial, entre otras) hace que la preocupación por la regulación de la familia adquiera otro matiz en aras de la consolidación de este nuevo proyecto económico.

Por esto, en el primer capítulo del libro se presenta una reflexión acerca de cómo el poder ha delineado las formas de regulación de la familia en el contexto europeo, develando discursos imperantes en algunos momentos históricos en los cuales se han presentado rupturas que conducen a la emergencia de categorías privilegiadas en el derecho de familia, dejando a la sombra otras formas de relaciones familiares, con el objetivo de consolidar determinados proyectos económicos y sociales del poder.

Se expone, a continuación, cómo esas formas jurídicas consolidadas en el tejido del derecho europeo se vieron reflejadas en el contexto colombiano, principalmente a través de dos eventos: la colonización del imperio español en las tierras americanas, y la codificación napoleónica. Bajo el concepto genérico de *familias no matrimoniales*, se perfila una tipología de familia que históricamente ha sido alejada de las formas establecidas por el poder para la conformación de la institución familiar; se hace referencia de esta manera, a una tipología específica de familia no matrimonial: las llamadas *relaciones concubinarias*.

Tras un largo tiempo de desconocimiento jurídico por parte del Estado hacia las uniones de pareja alejadas del vínculo matrimonial, situación fáctica de amplia acogida en la sociedad, el legislador colombiano, bajo la categoría *unión marital de hecho*, dotó de una serie de efectos jurídicos las relaciones de pareja de quienes convivían sin que mediase entre ellos un contrato matrimonial.

Así, el segundo capítulo de este libro presenta una lectura dogmáticocrítica de tal figura jurídica, apoyada, esencialmente, en la doctrina que ha estudiado la materia, abordando los pronunciamientos jurisprudenciales que han desarrollado y aclarado el alcance de la situación jurídica de la unión marital de hecho. Se analizan, además, las principales categorías que surgen de este reconocimiento legal, haciendo especial énfasis en la

protección de los derechos y los efectos patrimoniales de esta forma de constituir familia.

El cuerpo normativo encargado de regular la unión marital de hecho no ofrece claridad sobre si se requiere una capacidad jurídica específica para conformar familia a través de tal figura y, en caso de requerirse, cuál sería la capacidad jurídica exigida para desarrollar el derecho fundamental a conformar una familia y que esta despliegue los efectos patrimoniales que la norma le asigna. Ante la ausencia de una regulación específica sobre la capacidad jurídica requerida para el desarrollo de los efectos personales y patrimoniales, se abre la posibilidad de variadas interpretaciones sobre el particular, discusión que no ha tenido un tratamiento uniforme por parte de la doctrina.

Para el tratamiento de esta discusión, se propone, en el tercer capítulo, un análisis de la capacidad jurídica a la luz de los conceptos elaborados por la teoría del derecho y la doctrina civilista. Allí se presentan las distinciones construidas entre los diversos tipos de capacidad y los criterios a partir de las cuales esta se limita, entre los que se destacan las limitaciones en razón de la edad de los sujetos y en atención a sus condiciones mentales. En este punto se reflexiona alrededor del nuevo paradigma en el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad mental, basado en un entendimiento de plena libertad en el ejercicio de la capacidad. De igual manera, se estudian las consecuencias jurídicas que recaen sobre los actos realizados por los incapaces.

En el cuarto capítulo se analiza la posibilidad que asiste a los incapaces de conformar familia a través de la unión marital de hecho, en primera instancia, reflexionando en torno al ejercicio de este derecho por parte de los discapacitados mentales. A continuación, tomando como referente la aparición del sistema capitalista y el proceso de industrialización, se presenta un análisis referido a la incidencia que tiene la emergencia de aquel sistema y el desarrollo de este proceso, frente a la edad en la que se conforma familia y su influencia en el desarrollo económico, la mano de obra y la posibilidad de controlar la natalidad.

Ante la ausencia de una regulación estricta por parte del legislador sobre la capacidad para la conformación de la unión marital de hecho y la aplicación de su régimen patrimonial, en razón de la edad requerida, se abre una amplia ventana interpretativa sobre el particular. Finalmente,

el escrito se ocupa de esta problemática que no ha sido tratada de manera uniforme por parte de la doctrina y que parece no tener una respuesta unívoca. Se presenta una reflexión que problematiza las posturas doctrinales al respecto, tratando de decantar una solución que guarde coherencia dogmática, que sea ajustada a la realidad social, con miras a la prevalencia de los derechos de personas sujetas a especial protección.

La regulación de la familia

La *familia*, en términos de Gelles y Levine (2000), constituye el agente de socialización¹ primario más poderoso, con capacidad para establecer normas y asignar roles sociales que tienen gran influencia en sus miembros a lo largo de su vida. Es así como la familia se convierte en la principal cadena para la difusión de normas culturales, principalmente de la cultura que es accesible a los padres, según su grupo y estrato social, lo que la convierte en un mecanismo disciplinario respecto de las costumbres y las metas de quienes la componen (Merton, 1964). En otras palabras, “a través de la familia se transmite [sic] al niño las normas sociales voluntarias o involuntarias para mantener un equilibrio social que propugna para sus miembros la formación en ideas, valores y costumbres” (Villa Guardiola y Jiménez, 2009, pág. 29).

En este contexto, las relaciones familiares constituyen un escenario de interés regulativo para el derecho, pues de esta forma el Estado diseña la estructura, la conformación, la disolución, las consecuencias jurídicas —y en muchos casos, las consecuencias sociales— de la familia. Así, en palabras de Bonnacase (1997), puede explicarse el derecho de familia como “el conjunto de reglas de derecho de orden personal y de orden patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto, es presidir la organización, vida y disolución de la familia” (pág. 224).

1 “Un agente de socialización es un individuo, grupo u organización que influye en el comportamiento de una persona y el sentido de la persona [...] proporcionan[do] instrucciones en reglas o roles sociales, o simplemente sirven como modelo” (Gelles y Levine, 2000, pág. 138).

Existe una íntima relación entre derecho y poder, los cuales, en el mundo moderno, tratan de ser monopolizados por el Estado. Incluso, Kelsen (2011) asimila el Estado mismo al concepto de poder, explicando su relación como ‘eficacia del ordenamiento jurídico’ y asignando la característica de poder estatal. Así, quienes han ejercido el poder, se han valido de la fijación de normas sobre la familia para la consolidación de sus proyectos, puesto que una de las funciones del derecho es “condicionar u orientar el comportamiento de los individuos de acuerdo con los criterios morales, políticos, de utilidad social o económica, etcétera, que inspiren el sistema jurídico en cuestión” (Prieto Sanchís, 2005, pág. 34).

Con lo anterior se explica la relación que existe entre Estado (poder), derecho y familia, además de porqué el primero, a través del segundo, regula esta última institución. Es mediante el plexo normativo, que comprende la regulación de las relaciones familiares, que el poder se encarga de diseñar las prohibiciones, permisiones, reglas y consecuencias de la conformación de la familia, con el propósito de perfilar la forma de esta institución transmisora de normas culturales y sociales al servicio de los valores políticos, económicos, sociales y culturales que motivan a las estructuras de poder.

Explicada esta relación, se hace un estudio de algunos contextos históricos de la civilización occidental en lo referente a la regulación de la conformación de la familia. No se pretende reconstruir una historia lineal de las formas de configuración de la familia o hallar el origen de algunas instituciones o figuras jurídicas. Se plantea un análisis de determinados momentos históricos que permitan develar los discursos que rodean la emergencia de categorías que en el derecho de familia parecen naturales, pero que tienen un trasfondo de privilegio de clases, luchas por el mantenimiento o el ascenso al poder y el desarrollo de formas de producción económica.

Se procura hallar en la historia puntos de ruptura que permitan explicar los cambios discursivos frente a la familia y los fundamentos de aquellos, para lograr un entendimiento de las razones de la regulación de la institución familiar en determinados periodos y territorios, tratando de encontrar la procedencia y el desarrollo de las formas regulativas de la familia en el contexto colombiano.

Los puntos referenciales de este análisis son: el contexto del derecho romano, como fuente de numerosas instituciones propias de la tradición jurídica occidental; y la Edad Media, como el momento histórico en el cual la iglesia católica consolida su poder, en gran medida, a partir del control que ejerce sobre las relaciones familiares. También son puntos referenciales la revolución y posrevolución francesa. En estos estadios de análisis pueden hallarse la emergencia y reemergencia de regulaciones, prohibiciones y silencios normativos que por mucho tiempo delinearon la conformación y el reconocimiento de familias no matrimoniales. De igual manera, la aparición de la industrialización y el capitalismo revisten importancia para el entendimiento de los discursos que circundan la regulación de la familia.

De modo general, se propone un estudio del contexto europeo de la regulación de las instituciones familiares, haciendo hincapié, para el caso español y francés, en la regulación de las familias no matrimoniales, pues se considera que en estos dos contextos jurídicos se encuentran los principales referentes culturales y normativos para la regulación de la familia en Colombia; uno por el proceso de conquista y colonización del cual fue objeto el continente americano y, el otro, por la recepción de la cultura jurídica francesa a través de la codificación civil que se impregnó en la mayoría de codificaciones latinoamericanas, particularmente en la colombiana.

1.1. Elementos históricos para entender la regulación de la familia no matrimonial en el contexto europeo

Conviene iniciar el apartado relativo a la familia en el mundo antiguo con la advertencia hecha por Claude Masset (1988) quien señala que, es en tiempos “del *Homo erectus*, hace varios centenares de miles de años, cuando al parecer se sitúan los momentos verdaderamente decisivos de la evolución de la familia. Desgraciadamente, a esta distancia, la bruma es demasiado espesa y nuestra ciencia demasiado reciente” (pág. 101), lo que si bien refleja la dificultad de realizar estudios socioantropológicos sobre los orígenes de la institución familiar, no obsta para reseñar algunos de los esfuerzos académicos y científicos realizados para tratar de develar las estructuras y organizaciones familiares que en aquella época imperaban. De tal manera, sostiene Engels (2009) que en lo que él denomina el estado

de salvajismo de la evolución humana², la principal característica de la unión de los seres humanos estaba dada por el “matrimonio por grupos”, basado en una amplia libertad sexual. Debe resaltarse que allí no existía un poder central que dirigiese los aspectos de la conformación de la familia; por lo tanto, “no es posible encontrar principio alguno de organización familiar” (Castillo Rugeles, 2000, pág. 19).

Por lo anterior, un sector de la doctrina afirma que la uniones no matrimoniales o concubinarias precedieron al matrimonio, ya que el simple apareamiento instintivo generaba amañamiento y, en muchos casos, derivaba en concubinato estable y permanente, lo que en un orden lógico deviene en que el concubinato fue primero que el contrato matrimonial (Gómez Duque, 2002). Por otra parte, para algunos autores “la familia antigua se conformó en torno al principio constitutivo de la religión” (Parra Benítez, 2017, pág. 8), “donde todos los miembros estaban ligados por la devoción a las deidades generales, así como a sus propios ancestros fallecidos” (Medina Pabón, 2011, pág. 38).

La familia monogámica llega con el inicio del periodo de la civilización³, como una conquista del derecho patriarcal, caracterizado por una paternidad cierta instaurada por intereses hereditarios y por una mayor solidez del vínculo conyugal, ya que su disolución deja de ser facultativa. Sostiene Engels (2009) que es entre los griegos que se encuentra dicha forma de familia en todo su vigor.

Ya en Roma se puede encontrar el establecimiento de algunas diferencias entre las formas regulativas de conformación de la familia, de acuerdo con las categorías y consecuencias jurídicas que se le asignaban a las uniones de pareja. Al respecto, Von Ihering (2001) enuncia que existía un derecho a contraer matrimonio o justas nupcias ligado directamente a la idea de capital o estatus.

Por tanto, existieron en Roma distintas formas de uniones de pareja; por ejemplo, el matrimonio *cum manu* generó la condición jurídica

2 El salvajismo es el “período en que predomina la apropiación de productos naturales enteramente formados; las producciones artificiales del hombre están destinadas sobre todo, a facilitar esa apropiación” (Engels, 2009, pág. 15).

3 La civilización es el “período en que el hombre aprende a elaborar productos artificiales, valiéndose de los productos de la naturaleza como primeras materias, por medio de la industria propiamente dicha y el arte” (Engels, 2009, pág. 15).

in manus, condición que sometía a la mujer a la potestad del marido; igualmente, existió una forma de matrimonio ‘de hecho’ que no exigía ninguna formalidad y se consolidaba con el paso del tiempo, situación que posteriormente dio origen al matrimonio *sine manu* en el cual la mujer no quedaba sujeta al pupilaje del marido. Dicho escenario trajo una importante evolución en las costumbres romanas que es atribuida a los decenviros, quienes en el siglo V antes de la era común, redactaron las XII Tablas. Se cree que dichas disposiciones normativas eran la positivización de un código de conducta que ya era un estado de hecho (Grimal, 2000). Se plantea que la caída del *manu* fue causado por la flexibilización de la idea religiosa, el excesivo poder del *pater familias* y el deseo de independencia de la mujer (Bry, 1912; citado por Suárez Franco, 2006).

Según Bossert (2006), la consolidación del concubinato en Roma se dio como consecuencia de las disposiciones normativas expedidas por Augusto, Constantino y Justiniano. A la difusión social de esta práctica contribuyó la *Lex Iulia et Papia Poppea* del emperador Augusto, que prohibió el matrimonio con determinadas mujeres; y la *Lex Iulia de Adulteriis*, que declaraba ilícita la unión con mujeres de clase baja, lo que generó como correlato relaciones por fuera de la permisión normativa. Ahora bien, durante la época justiniana se le concedió un trato favorable al concubinato, pues tras el derrumbamiento de las prohibiciones de Augusto, se le otorga a aquella práctica un carácter similar al del matrimonio y se equiparan las condiciones para la conformación, tanto del matrimonio como de las relaciones concubinarias (Iglesias, 2002).

De allí que Josserand (1952b) plantee que “el derecho romano había sometido el concubinato a una reglamentación precisa y había hecho de él una unión de orden inferior pero regular” (pág. 338). En términos similares, Somarriva (1946) sostiene que en la legislación romana solo los ciudadanos romanos podían contraer matrimonio, también llamado ‘justas nupcias’; no obstante, con posterioridad se reconoció la existencia de las uniones ‘concubinarias’ las cuales pasaron a ser un matrimonio de segundo orden, pero una institución jurídica lícita.

Según señala Wiesner-Hanks (2001), el matrimonio en Roma era considerado como algo positivo; sin embargo, algunos matrimonios eran prohibidos en aquellos casos en los que se trataba de la unión de hombres libres con prostitutas, actrices, esclavas o mujeres por encima de los cincuenta años. Si bien el concubinato era reconocido formalmente

como una alternativa al matrimonio, los derechos de las concubinas no eran de la misma categoría que los de las mujeres casadas. Tampoco los esclavos podían contraer matrimonio y sus relaciones no eran reconocidas legalmente.

Llegados a este punto, es válido afirmar que en determinadas épocas del derecho romano existieron diferencias entre las distintas formas de conformar familia, sustentadas, principalmente, en la calidad de las personas que podían utilizar ciertos ritos y formalidades, además de las consecuencias jurídicas que de unas y otras emanaban. Puede observarse, entonces, desde el derecho romano, disimilitud entre unas formas más y menos privilegiadas de conformar familia, no solo desde el punto de vista jurídico, sino desde el reflejo social que ellas connotaban.

Con el fenecimiento del Imperio romano, acelerado por las constantes invasiones de los pueblos bárbaros de Oriente, sumado a las fusiones y a los choques culturales y normativos que se presentaron, la regulación sobre el derecho de familia se atomizó; en consecuencia, “los diversos Estados implantaron su derecho matrimonial propio”⁴ (Suárez Franco, 2006, pág. 54).

Otro ejemplo de las fusiones culturales entre distintas concepciones del derecho de familia se presenta a ambos lados del Mediterráneo con el choque cultural entre la cristianizada civilización de Occidente y la civilización del Oriente musulmán a partir de la conquista árabe enmarcada en la historia de España (Goody, 2009). En el marco del siglo VIII, la

4 “A los grupos de gente que emigraron al Imperio romano o vivían en lo que ahora es Europa occidental más allá de las fronteras del antiguo Imperio romano suele llamárseles ‘germanos’ o ‘celtas’, pero en realidad pertenecen a muchos grupos diferentes que tienen una diversidad de costumbres sexuales. (Es difícil obtener información exacta sobre las costumbres germanas y celtas antes de su contacto con los romanos o su conversión al cristianismo, ya que la mayoría de los pueblos romanos no tenían lenguaje escrito; las fuentes disponibles son, pues, los informes de extranjeros o las leyes y literatura escritas más tarde). Hay unos cuantos elementos comunes: el matrimonio era generalmente monógamo, aunque los hombres poderosos tenían más de una esposa, o una esposa y sucesivas concubinas y amantes, lo que los antropólogos llaman ‘poliginia de recurso’; la parte más importante del matrimonio era la consumación, y no se requería una ceremonia formal de matrimonio; el adulterio era un delito estrictamente femenino y podía ser duramente castigado, aunque a menudo no lo era; las familias extensas y los clanes eran importantes unidades sociales, y el matrimonio entre los poderosos se consideraba un medio de aliar dos clanes” (Wiesner-Hanks, 2001, págs. 17-18).

mayor parte de la península ibérica se separa de Europa occidental tras la conquista del ejército árabe, anexándola culturalmente a la civilización islámica, situación que condujo a que en España, en cierta medida, se diera una evolución diferente de la organización familiar (Guichard, 1988).

Entre los rasgos característicos de la familia en la iglesia cristiana primitiva, se tiene la permisión de prácticas tales como el matrimonio entre parientes cercanos, la adopción y el concubinato (Goody, 2009); incluso, en el primer Concilio de Toledo del año 397 se permitió el concubinato con una sola mujer del cristiano no casado y en el Concilio de Orleans, celebrado en el 528, se asimiló el concubinato al matrimonio si aquel guardaba los rasgos de unidad e indisolubilidad (Monroy Cabra, 2014).

Pese a lo anterior, alrededor del siglo IV después de la era común y durante el Medioevo, la iglesia inició y desarrolló una política contraria a los matrimonios entre parientes y trató de desaparecer prácticas comunes entre los romanos como la adopción y el concubinato. El principal resultado de estas restricciones fueron las nuevas concepciones sobre lo legítimo y lo ilegítimo. El concepto de legitimidad en las uniones de pareja y en la descendencia se convirtió en requisito *sine qua non* para el derecho de herencia; de esta forma, la iglesia, controladora de la regulación de estos asuntos, no admitía derechos que se derivasen de matrimonios no validados por ellos (Goody, 2009). Así, en términos de la etnóloga francesa Martine Segalen (2006), “la acción de la Iglesia es la que ha modelado, desde el siglo IV, una sociedad familiar europea, imponiendo rasgos inéditos a las poblaciones que deseaba cristianizar” (pág. 252).

El concubinato, condenado por la iglesia católica, se refería a dos tipos de uniones; una de ellas, es la unión contraída fuera del arreglo establecido por las normas emanadas de su poder; y otra, la referida a la unión diferente a la contraída con la esposa propiamente dicha. En ambas situaciones, la diferencia existente con el matrimonio reglado por la iglesia afecta el estatus de los compañeros y el alcance jurídico que tenga la unión entre ellos conformada (Goody, 2009).

Siguiendo a Goody (2009), puede afirmarse que el concubinato era utilizado en diferentes latitudes y culturas para suplir las ausencias hereditarias; sin embargo, la iglesia introdujo un notable cambio que se situó en la calificación de legitimidad e ilegitimidad; de esta manera, en términos de este antropólogo, el cristianismo convirtió a la concubina

en amante, y a los hijos de esta en bastardos, conversión con alcances determinantes en el derecho de herencia.

Las prohibiciones sobre la conformación de la familia —entre las cuales se encuentra incluida el concubinato— estaban en la estructura de un proyecto de la iglesia católica, asentado, en últimas, sobre las prohibiciones hereditarias que posibilitaban que la institución religiosa se convirtiese en heredera, lo que derivó en el empoderamiento económico y territorial de la iglesia (Goody, 2009); de este modo, “la manipulación ideológica del sistema de parentesco autoriza al cristianismo a convertirse en un gran propietario rústico en Europa entre el siglo VI y el XII; de secta, este enriquecimiento le [sic] transforma en Iglesia” (Segalen, 2006, pág. 252).

Sumado a lo anterior, una de las características de las uniones matrimoniales en la Europa medieval era la finalidad que tenían en el contexto social y económico, pues “hombres y mujeres se casaban principalmente con el fin de mantener la propiedad en manos de la familia o de criar hijos que les ayudaran en la granja familiar” (Giddens y Sutton, 2014, pág. 439). De esta forma, los matrimonios en la Edad Media formaron parte del juego político dirigido a la reproducción del sistema, ordenando las formas de transmisión de los derechos y de la propiedad, escenario en el cual la iglesia fue gran protagonista tratando de imponer su modelo, reduciendo la solidaridad entre la nobleza, combatiendo sus formas sucesorales y la extramatrimonialidad, de suerte que la regulación del matrimonio se hacía sin atender a las preferencias de los individuos, sino que se acoplaba a la función de la transmisión de derechos como camino para formalizar acuerdos, cambios de poderes políticos o territoriales (Pastor, 1997).

Con la entrada en el escenario de la reforma protestante⁵ a principios del siglo XVI, bajo la batuta de Martín Lutero y Juan Calvino, afloró en Europa una férrea oposición a las disposiciones sobre el matrimonio reguladas por la iglesia católica. Los reformadores condenaban la multiplicidad de impedimentos matrimoniales, algunas prohibiciones de la ruptura del vínculo conyugal, la institución del matrimonio como sacramento y la

5 “Al final de la edad media [sic], diversos grupos e individuos criticaron numerosos aspectos del cristianismo occidental, e incluían en sus críticas doctrinas que, según ellos, no tenían base bíblica, o instituciones como el papado y los tribunales eclesiásticos, los métodos para recaudar impuestos y las políticas fiscales de la iglesia [...] La reforma llegó a Inglaterra a causa de ciertos temas personales y dinásticos de Enrique VIII” (Wiesner-Hanks, 2001, págs. 51-52).

afirmación de competencia exclusiva que hacía el catolicismo sobre el matrimonio; como respuesta, la iglesia católica, en el Concilio de Trento⁶, reafirmó su competencia exclusiva, además del carácter sacramental, monogámico e indisoluble del matrimonio (Lebrun y Burguière, 1988).

Pese a los esfuerzos de la iglesia católica por institucionalizar el matrimonio como divino, los embates emprendidos por los reformistas protestantes tuvieron consecuencias en la institución matrimonial, lo cual generó una redistribución entre los llamados a regular las relaciones familiares, lo que condujo a la aparición en escena del Estado como uno de los entes encargados de regular lo concerniente a la institución familiar.

Cuál era la autoridad responsable de delinear la institución matrimonial, fue uno de los puntos centrales del debate político en Europa en los inicios de la modernidad. Para ese momento, tal control era ejercido por las iglesias; sin embargo, de forma progresiva, el Estado trató intervenir la institución, lo que permitió que en los albores de la edad moderna, los asuntos referentes a la familia fueran regulados por las autoridades civiles (Ehmer, 2003).

Como resultado de lo anterior, en la Holanda del siglo XVI surge el matrimonio civil para solucionar los problemas de quienes se separaban del catolicismo (Parra Benítez, 2017). A mediados del siglo XVII en Inglaterra se instauró el matrimonio civil obligatorio, disposición que fue abolida en La Restauración (Suárez Franco, 2006); posteriormente, el matrimonio civil fue llevado a Francia. La secularización del matrimonio se consolidó en Europa a finales del siglo XVIII, con leyes que transfirieron el control de la iglesia al Estado de tal institución (Ehmer, 2003). En España, la aparición del matrimonio civil fue tardío, situación que, como se verá, tuvo incidencia directa en Colombia.

Hasta aquí se puede observar que las normas que regulan las relaciones familiares, con base en la imposición de reglas y prohibiciones establecidas por el poder, posibilitan la confección de un modelo económico y cultural que favorece a quienes se encuentran en la cima. Véase cómo en la Edad

6 El Concilio de Trento, realizado entre 1545 y 1563, es una etapa determinante en la historia moderna, pues es la reacción de la iglesia frente a los desafíos que representó la reforma protestante; allí se fijan y restringen las posiciones doctrinales, reformadoras y políticas de la iglesia, y se marcan las tendencias hegemónicas al interior del catolicismo (Tánacs, 2002).

Media, a través del poder alcanzado por la iglesia, se establecieron diversas formas prohibitivas en materia de conformación de la familia que son, incluso, muy recurrentes en el mundo contemporáneo, ya que asentado en la consolidación de un poder central, se da reconocimiento solo a ciertas instituciones, y exclusivamente a partir de este reconocimiento estas situaciones pueden desplegar efectos jurídicos.

Con origen en estas anquilosadas prohibiciones medievales, se tuvo hasta hace no mucho tiempo una serie de restricciones sobre formas distintas de conformación de familia a las aceptadas por quienes se arrogan el monopolio del derecho; incluso en la actualidad se siguen interponiendo diques a la posibilidad que tienen determinadas personas de acceder libremente al derecho de conformar una familia.

Debe resaltarse que es en la Edad Media, a través de los proyectos hegemónicos de la iglesia católica, por cuando se superpone la idea de una forma privilegiada de conformar familia estatuida en la unión matrimonial, reglada conforme a lo dispuesto por las normas que la llevan a ser una unión válidamente aceptada. Igualmente, a partir de los conceptos de legitimidad e ilegitimidad (conceptos no muy ajenos a las formas jurídicas contemporáneas), tanto de las uniones como de los descendientes de dichas uniones, se moldean los discursos que permiten poner a la sombra los derechos de algunas personas.

Ahora, a finales del siglo XVIII, aconteció en Francia uno de los sucesos de mayor relevancia en la historia universal. En las postrimerías de un sistema de producción feudal, basado en el poder de las monarquías y una notable influencia de la iglesia católica, se dio la sublevación de una ascendiente clase social: la burguesía. Bajo este contexto, se dio la Revolución francesa, caracterizada, en términos de Soboul (1985), por la aparición en la historia de la sociedad burguesa y capitalista, quienes rivalizaban con la nobleza y el alto clero, principalmente por el entendimiento que unos y otros tenían de las formas de organización social y económica.

En la Francia de la época, existía una división por estamentos en las que se diferenciaba, por un lado, el clero y la nobleza, y, por otro lado, se encontraba el denominado “tercer estado”, que comprendía una masa heterogénea compuesta por la burguesía urbana, la burguesía rural, el campesinado, entre otros. Las autoridades clericales eran grandes beneficiarias del régimen monárquico, pues tenían a su cargo labores de

las cuales obtenían gran influencia política; además, la iglesia determinaba los grandes acontecimientos, como el nacimiento, el matrimonio y la educación. (Jaramillo Pérez, García Villegas, Rodríguez Villabona y Uprimny, 2018).

En igual sentido, la nobleza gozaba de grandes privilegios concedidos por la monarquía en materia de impuestos, de los cuales también estaba exenta la iglesia, lo que cargaba todo el peso impositivo sobre el campesinado y la burguesía sin títulos nobiliarios. La monarquía se negó a la caída de la nobleza y al ascenso de la burguesía. La iglesia era una gran potencia política y poseía gran riqueza territorial; no obstante, era intolerante con el mundo moderno; por ello, los revolucionarios también se fueron en su contra (Jaurès, 1979).

La Revolución francesa implicó la asunción al poder de un nuevo conglomerado social que entraría a dirigir la forma de producción económica y la organización social. El poder ya no se encontraba en cabeza de las monarquías, bajo la influencia de la iglesia católica, y, como señala Soboul (1985), se liberó a los campesinos de los derechos señoriales, de los diezmos y de ciertas obligaciones comunitarias y colectivas, marcando la transición del feudalismo al capitalismo.

Durante la época de la Revolución francesa, a partir de la sustitución que se dio en la cúspide del poder, y con una nueva comprensión de las estructuras políticas y sociales, se presentó un cambio en el entendimiento de la institución familiar, dejando de lado las distinciones que se hacían entre las formas de conformar familia y sus efectos jurídicos; además, se difuminaron los demarcados conceptos de legitimidad e ilegitimidad. Así,

En aquellos tiempos, la investigación de la paternidad sí era aceptada en forma relativamente amplia, al punto de que la mera confesión de la madre se estimaba prueba suficiente para decretarla.

Durante aquellos tiempos revolucionarios fueron alcanzados otros progresos en ese campo, ya que se aceptó nivelar la familia legítima con la natural y es sabido que la legislación de entonces otorgó los mismos derechos a los hijos legítimos que a los ilegítimos.

Pero esa fue una situación efímera, fugaz. (Torrado, 2016, pág. 11).

En materia de derecho, la Revolución francesa generó una *tabula rasa* bastante radical en los primeros años, por cuanto no solo se abolió el feudalismo, el señoralismo y los títulos, sino también el Parlamento. No

obstante, finalizando el siglo XVIII aparecieron textos de corte filosófico que hicieron las veces de códigos, los cuales constituyeron un puente entre el derecho del Antiguo Régimen y los códigos napoleónicos. Estos últimos eran menos radicales y, de hecho, incorporaron figuras del antiguo derecho romano (Van Caenegem, 2011).

Las reflexiones de la sociedad francesa en el siglo XIX, en torno a la familia, fueron notorias. Las mismas tuvieron origen en los problemas de la Francia posrevolucionaria, vinculados a su reconstrucción política, jurídica y social. La bifurcación entre lo público y lo privado, el contenido de la sociedad civil, y las funciones masculinas y femeninas, hicieron parte de los debates entre las posturas más liberales y las más tradicionalistas, frente a las funciones y la regulación de la familia (Perrot, 1990a).

Las reformas a la regulación de la familia instauradas por la Revolución francesa fueron de corta duración, en razón a que fueron sofocadas por los ataques de los conservadores. La revolución, que trajo cambios en cuanto a la legitimidad de los hijos y sus derechos (por ejemplo, en la posibilidad de heredar de los hijos ilegítimos), languideció en la codificación, pues los hijos producto de relaciones no matrimoniales, tenían un trato diferente al de los llamados hijos legítimos. De modo que el Código Civil resucitó, en alguna medida, el derecho romano en su doctrina sobre la familia, tal y como era concebida en la Francia anterior a la revolución (Bonfield, 2003).

Incluso, puede apreciarse cómo en la exposición de motivos de la Ley 54 de 1990, se toman como referencia estos cambios suscitados con el paso de la regulación de la Revolución francesa a la codificación napoleónica; todo para explicar el contexto histórico de la exclusión de esta forma no matrimonial de conformar familia al reseñar que

La Revolución francesa, en cuanto formuló un proceso de renovación institucional basado en los principios filosóficos de igualdad y libertad preconizados por los enciclopedistas, introdujo como consecuencia una revisión total de las concepciones cristianas y equiparó el matrimonio y el concubinato, dejando en pie la igualdad de la familia legítima y natural, situación que no sobrevivió al Código de Napoleón, fuente de casi todos los códigos modernos, del cual se proscribió nuevamente la relación concubinaria y sus efectos, por omisión total de su regulación.

(Anales del Congreso del 31 de agosto de 1988, pág. 15, consultado en Parra Benítez, 2017, pág. 338).

Así, los logros obtenidos en materia de aceptación de las familias no matrimoniales, y la equiparación en materia de derechos entre las familias anteriormente calificadas como ilegítimas y las legítimas, fueron momentáneos, pues a partir de un proceso de contrarrevolución fueron abandonados, en materia de regulación de las relaciones familiares, los avances conquistados por la Revolución francesa.

De tal suerte, en el Código napoleónico de 1804 existió un completo mutismo en cuanto a la regulación de las uniones no matrimoniales; se desconocieron los derechos de los hijos naturales; se replegó la posibilidad de la investigación de la paternidad, pues, se dice, Napoleón Bonaparte era enemigo de la paternidad natural o ilegítima (Torrado, 2016). Por consiguiente, es a partir del proceso de codificación que reemergió la distinción medieval entre legitimidad e ilegitimidad, lo cual permitió al poder delinear las estructuras familiares para la consolidación de sus proyectos, dejando a la sombra a las familias no matrimoniales.

Los más representativos tratados de derecho civil, referidos al código posrevolucionario, hicieron oda de esta regulación y otorgaron más importancia a la familia aceptada por el derecho y no a la surgida de los hechos. Por ejemplo, los hermanos Mazeaud (1959a) afirmaban categóricamente que la familia legítima, constituida sobre el matrimonio, era la única familia. La familia jurídica, exponían, era la única merecedora de protección por parte del Estado; no así la familia natural; según estos autores, las relaciones no constituidas bajo el matrimonio son inmorales y no deben crear ningún derecho en favor de quienes conviven bajo el concubinato.

Por su parte, Planiol y Ripert (1997), en su concepción de que existe un interés de la sociedad y del Estado en la duración de las uniones que crean familia, sostienen que al ser el concubinato un mero hecho, este se vuelve ilícito debido a que quienes lo conforman conservan plena libertad, dado que se priva al poder social de todo medio de coacción en relación con ellos. Plantean que la flexibilización en las normas del divorcio degrada la institución matrimonial, y que no existe mayor diferencia entre un matrimonio fácilmente disoluble y las uniones no matrimoniales. Afirman, así mismo, que eventualmente el concubinato podría ser una carga para el Estado, debido a que al ser esta una unión inestable, podría recaer en cabeza de aquel la obligación respecto de los hijos, para más

adelante dar explicación al silencio legislativo de la regulación del Código napoleónico, en el que “si los concubinos quieren prescindir de la Ley, la Ley se despreocupa de ellos” (Planiol y Ripert 1946, pág. 60).

Valga destacar que esta postura generó rechazo en un sector de la comunidad francesa, llegando al punto de que se tipificara por parte de los jueces, una suerte de responsabilidad en contra de los hombres que embarazaran a una mujer, estableciendo en ellos la obligación de indemnizar cualquier tipo de perjuicios acaecidos por esa situación (Torrado, 2016), aunque dichas soluciones no tocaran el tema de la ilegitimidad de la paternidad.

Dado el alcance social del fenómeno del concubinato,

Los Tribunales franceses se propusieron darles figura [sic] a algunas soluciones. Así, pese a la ausencia de reglamentaciones legales, en forma indirecta, a través de la jurisprudencia, se superaron conflictos sobre reparaciones de daños originados en la seducción de la mujer por el hombre; la ‘obligación natural’ de los concubinos de satisfacer las necesidades alimentarias de la compañera; la validez o la nulidad de las donaciones entre concubinos; las reparaciones de perjuicios por accidentes sufridos por los concubinos; las relaciones y deberes contractuales de los concubinos frente a terceros; el reconocimiento de pensiones de las viudas que estaban en concubinato y la formación o nacimiento de sociedades de hecho entre quienes vivían en unión libre, entre muchos otros casos. (Torrado, 2016, págs. 13-14).

Con todo, puede afirmarse que, como señala Foucault (1998), durante el transcurso de la Edad Media y hasta finales del siglo XVIII fueron tres grandes dispositivos de control los que se encargaron de regular la división entre lo lícito y lo ilícito, concentrados en las relaciones matrimoniales: el derecho canónico, la pastoral cristiana, y la ley civil; estos se preocupaban por establecer lo permitido, sobre todo en las prácticas sexuales al interior de la familia. A partir del siglo XVIII

Una de las grandes novedades en las técnicas del poder fue el surgimiento, como problema económico y político, de la “población”: la población-riqueza, la población-mano de obra o capacidad de trabajo, la población en equilibrio entre su propio crecimiento y los recursos de que dispone. Los gobiernos advierten que no tienen que vérselas con individuos simplemente, ni siquiera con un “pueblo”, sino con una “población” y sus fenómenos específicos, sus variables propias: natalidad, [...] fecundidad [...]. (Foucault, 1998, pág. 17).

La familia se encuentra de nuevo en el centro de las preocupaciones del Estado, el cual se encarga de intervenir la sexualidad, dado el problema económico y político del control de la población, pues los estados se pueblan “en razón de su industria, de sus producciones y de sus distintas instituciones. Los hombres se multiplican como las producciones del suelo y en proporción con las ventajas y recursos que encuentran en sus trabajos” (Herbert, 1753; citado por Foucault, 1998, pág. 18). Ahora el poder se preocupa por “la tasa de natalidad, la edad del matrimonio, los nacimientos legítimos e ilegítimos, la precocidad y la frecuencia de las relaciones sexuales, la manera de tornarlas fecundas o estériles, el efecto del celibato o de las prohibiciones [...]” (Foucault, 1998, pág. 18).

La toma de conciencia del lugar que desempeña la familia

en el tablero demográfico y social conduce al poder a querer rodearla de todo tipo de solicitudes [...]. Esta intervención apunta, en primer lugar, a las familias pobres, las más indefensas, a las que se considera incapaces de desempeñar su papel, en particular, con respecto a los hijos. (Perrot, 1990b, pág. 122).

Así, “la restricción de nacimientos en los medios obreros será consecuencia de las imposiciones del ‘interés del hijo’ más caro, y por tanto más raro” (Perrot, 1990b, pág. 117). Como consecuencia, el cambio de mayor importancia en la vida familiar del siglo XIX en Europa fue el inicio del descenso de la fertilidad, pues se pasó de un gran número de hijos por cada mujer, a un número moderado; posteriormente, en el siglo XX bajó en la mayoría de los países; ello, entre otras cosas, por la supresión de los partos aún en años fecundos de la mujer (Kertzer y Barbagli, 2003).

En las últimas décadas se asiste a un cambio en las estructuras familiares que ha favorecido el proceso de consolidación de las uniones de hecho. Flaquer (1991; citado por Talavera Fernández, 2001), sostiene que se está en presencia de la segunda transición de la familia⁷, la cual se caracteriza principalmente por la reducción de las distancias entre la legitimidad

⁷ La primera transición de la familia se dio con la disminución de sus funciones a la reproducción biológica y social, puesto que dejó de ser el centro de producción para convertirse en una unidad de consumo (Flaquer, 1991; citado por Talavera Fernández, 2001).

y la ilegitimidad, y por la tendencia a la igualdad entre las situaciones familiares de hecho y de derecho, que favorecen un criterio menos jurídico y más sociológico en el entendimiento de los problemas de la institución familiar. No obstante,

Los procesos de reproducción social siguen teniendo lugar, preferentemente, en el seno de la familia, o al menos en ella en primer término. Junto a esto, sigue siendo una unidad de producción y consumo y, aunque sus funciones han ido experimentando transformaciones, básicamente su papel no ha cambiado. Lo que ha cambiado, según estos estudios sociológicos, han sido los modelos de familia y los procesos de formación de la misma. (Talavera Fernández, 2001, pág. 15).

En efecto, en los últimos años ha evolucionado el esquema clásico de la institución familiar, lo que deviene en una pluralidad de modelos familiares o estilos conyugales. Con la aparición de estos nuevos comportamientos, el legislador debe regular estas situaciones con las normas más convenientes, evitando privilegiar determinadas tipologías familiares en detrimento de otras (Carnaval de Fainguersch, 2009).

* * *

Por lo expuesto hasta aquí, se puede afirmar que la institución familiar hace parte de los aspectos que al Estado le interesa regular a través del derecho, dada su marcada importancia como institución social transmisora de valores culturales y como punto de anclaje para el control de la población; de tal suerte que es a través de esta institución que se facilita la consolidación de los proyectos políticos y económicos. Puesto en estos términos, y dependiendo de los intereses y valores que se quieran promover desde el establecimiento, se regularán de formas diversas las posibilidades de conformar familia.

A grandes rasgos, se puede afirmar que existen, principalmente, dos formas de conformación de la familia; por un lado, las uniones matrimoniales, por regla general institucionalizadas, reguladas y protegidas por la Iglesia o el Estado —en general, por el poder—; por otro lado, las uniones no matrimoniales, relaciones que históricamente han sido calificadas como de menor entidad; incluso, en determinados momentos históricos se ha omitido su regulación por parte del poder, lo que lleva a que se consoliden prácticas que van en contravía de las instituciones privilegiadas, ya que “cuando el matrimonio y la familia están al servicio de una institución o

de un grupo específico –el Estado, la clase dominante, la Iglesia– tienden a surgir una serie de prácticas paralelas que modifican las normas escritas dominantes” (Goody, 2009, pág. 177).

Debe resaltarse que ni el concepto de familia ni el de matrimonio están atados a la naturaleza; estos dependen de las creencias religiosas, las filosofías políticas, los modos de vida y los territorios; de modo que el concepto jurídico de familia, de matrimonio, como de otros conceptos que circundan el derecho de familia, son una creación cultural, alejado de lo natural o lo esencial; por lo tanto, son conceptos cambiantes (Kemelmajer de Carlucci, 2014).

Como se tratará a continuación, los discursos que han permeado las formas regulativas de las instituciones familiares en el contexto europeo, han tenido un reflejo directo en las formas regulativas de la conformación de familia en nuestro continente, específicamente en Colombia.

1.2. Aspectos históricos sobre las formas regulativas de la familia en Colombia

En el origen de la sociedad colombiana convergieron de forma compleja tres grupos étnico-culturales, a saber: las comunidades indígenas, los afrodescendientes y los españoles; estos últimos, en la época de la conquista y la colonización, consolidaron el derrumbamiento de las sociedades indígenas, la importación de africanos y el afianzamiento triunfante de los principios culturales de los españoles. De esta manera, en el “cruce de estos grupos, con sus distintas costumbres, [se] esparcieron en el territorio colombiano formas distintas de comprender y vivir la familia” (Rodríguez, 2004, pág. 247).

Gutiérrez de Pineda (1996) presenta con el término ‘aculturación’, a partir del choque cultural mencionado, la ‘yuxtaposición de dos legados institucionales’ que exponen matices estructurales que van desde la familia india, hasta la que acoge los lineamientos de la tradición hispánica. Sostiene la autora que existen zonas de escasa aculturación y zonas de intensa aculturación y, dependiendo de ello, se presentan diferencias en las estructuras familiares de las distintas zonas del país.

Es a partir de la influencia en las zonas de intensa aculturación que se desarrolla la institución familiar como se conoce hoy en día en Colombia,

y desde allí puede encontrarse el origen de algunas formas regulativas, que incluso hoy en día imperan sobre la familia. En estas latitudes, el papel de la iglesia católica también fue primordial en el entendimiento que de la familia se tiene, pues a través de un intenso proceso de aculturación religiosa se adaptó y se encuadró la institución familiar en las normas de la moral católica (Gutiérrez de Pineda, 1996).

Ejemplo del proceso de aculturación mencionado y su influencia en la regulación de la familia es el Concilio Sinodal llevado a cabo en Santa Fe de Bogotá a mediados del siglo XVI, el cual se ocupó principalmente de la conversión de los indígenas al catolicismo, en el que se impartieron instrucciones puntuales sobre la institución matrimonial (Rodríguez, 2004).

Por motivo de la conquista y el proceso de colonización, el derecho español tuvo una notable influencia en la forma de concebir y regular la familia en Colombia. En España, por disposición de Felipe II, se acogieron como normas vinculantes las disposiciones del Concilio de Trento⁸, instaurando plenos efectos al matrimonio católico y reconociendo este como única forma matrimonial; solo hasta 1869 se estableció en el país europeo el matrimonio civil (Suárez Franco, 2006). Por consiguiente, el ideal de familia difundido en América estaba basado en el ideal español sobre la familia, que se caracterizaba por ser nuclear, patriarcal y sacramental (Jaramillo Sierra, 2013).

Como resultado de lo anterior, el matrimonio católico tuvo gran preponderancia en Colombia durante un tiempo considerable y las prohibiciones instauradas por la iglesia durante su ascenso al poder se siguen viendo irradiadas en la institución familiar colombiana. Así,

8 Como se reseñó, el Concilio de Trento tuvo lugar entre los años de 1545 y 1563; sin embargo, antes de que este Concilio rigiera para España por disposición de Felipe II, el ordenamiento jurídico de la península ibérica tenía una extensa regulación del concubinato (o barraganía como allí era llamado este fenómeno) por parte de los cuerpos legales que dedicaban alguno de sus capítulos para reconocer efectos o condenar esta realidad; la práctica de la barraganía se disipó con el Concilio en mención, castigando a quienes convivían bajo estas formas con la excomunión u otras penas (Estrada Alonso, 1991). Antes del Concilio, la legislación española del Medioevo tenía una importante influencia del derecho romano, entre los cuales se destacan el Fuero Real, el Fuero Juzgo y las Siete Partidas; de esta última compilación es que Alfonso X, llamado *El Sabio*, tomó disposiciones romanas sobre el concubinato y reemplazó dicho término por el de barraganía (Monroy Cabra, 2014).

durante la Conquista y la Colonia no hubo matrimonio civil, situación que se dio igualmente tras la Independencia, debido a que se mantuvieron las leyes españolas sobre el particular y esta legislación solo contemplaba el matrimonio católico (Montoya Osorio y Montoya Pérez, 2013). Durante esta época también eran censuradas las uniones no matrimoniales; no obstante, este tipo de uniones libres tenían arraigo en las comunidades nativas bajo el nombre de “amaño” (Gutiérrez de Pineda, 1996).

De 1853 a 1856, el civil fue el único matrimonio considerado como válido y que contaba con reconocimiento estatal; pero en 1856 recobra eficacia el matrimonio canónico. En 1858, durante el federalismo, la regulación sobre el matrimonio se fragmentó debido a que cada estado federal reguló la materia de forma independiente (Montoya Osorio y Montoya Pérez, 2013); en este periodo, el Estado Soberano de Santander tuvo notables regulaciones de avanzada en materia de familia. Allí no solo se reconoció el matrimonio civil, sino que se eliminaron las distinciones que existían entre legitimidad e ilegitimidad y se dotó de una amplia gama de derechos a las relaciones extramatrimoniales y a los hijos, producto de ellas (Jaramillo Sierra, 2013).

Los debates que rondaron la institución matrimonial en el siglo XIX, giraron en torno al orden social necesario para el desarrollo individual y colectivo, contexto en el cual los conservadores defendían el mantenimiento del *status quo* basados en las ideas del catolicismo, y los reformadores pretendían un aumento de la práctica matrimonial, con base en reformas legales, centrado en el afecto familiar y el papel que desempeña el Estado frente a esta institución (Jaramillo Sierra, 2013).

En los debates entre los conservadores y los reformadores frente al matrimonio, la lucha central se planteó en torno a quién ejercía la competencia sobre la regulación del matrimonio, es decir, cuál era el poder central que podía disponer del reconocimiento de lo que se entendía por familia; regular su conformación, la posibilidad de disolución y los efectos al interior de ella; sin embargo, todas estas discusiones estaban anudadas al reconocimiento, por parte del poder, de la legitimidad de las familias, dejando por fuera, en la mayoría de los casos, las uniones no matrimoniales.

La anterior situación se consolidó en la época de la Unificación Republicana, periodo en el que se acogió el Código Civil, conocido

como Código de Bello, el cual bebía ideológicamente del Código Civil napoleónico que adoptó la omisión como política respecto de las uniones no matrimoniales. El Código Civil de 1887, adoptado para la República de Colombia, reconocía como matrimonios válidos el civil y el católico (Montoya Osorio y Montoya Pérez, 2013); sin embargo, le dio a este último preponderancia sobre el primero (Jaramillo Sierra, 2013).

Aparejado con la discusión sobre la posibilidad de contraer matrimonio civil o matrimonio católico, o la preeminencia de este o aquel, paralelamente existía una exclusión jurídica, casi total, de las relaciones no matrimoniales. El Código napoleónico, como se mencionó, guardó silencio frente a la posibilidad de conformar familia por fuera del matrimonio. Tal codificación apareció en América Latina como símbolo de la Revolución que sirvió para la afirmación independentista de los nuevos Estados latinoamericanos y, bajo la influencia de Andrés Bello, muchos Estados tomaron como modelo la codificación francesa (Fernández Rozas, 2005). En el caso colombiano, fue por intermedio de la solicitud del diplomático colombiano Manuel Ancizar que en 1856 se solicitó a Andrés Bello el Código que este elaboró para Chile, el cual fue adoptado para los Estados Unidos de Colombia en 1873 (Hinestrosa, 2006a).

Así pues, la adopción del Código Civil de Bello tuvo una importancia notoria en la consolidación de la exclusión de las parejas no matrimoniales del concepto de familia, afincando legislativamente la distinción entre lo legítimo y lo ilegítimo; como se ha mencionado, existió un total mutismo legislativo respecto de las uniones no matrimoniales.

* * *

Como conclusión preliminar, puede sostenerse que los discursos e intereses que favorecieron los escenarios regulativos o desregulativos conferidos en el continente europeo, se vieron irradiados de manera directa en el escenario colombiano de la regulación de la familia; ello como consecuencia, principalmente, de dos contextos históricos. El primero de estos contextos es la conquista y colonización del imperio español sobre las tierras de Indias, puesto que a través de un intenso avasallamiento impusieron sus normas culturales, de conducta y jurídicas, lo que generó situaciones como la preponderancia durante un largo periodo del matrimonio católico, único válido en España por un importante lapso. El segundo contexto histórico de la cultura jurídica europea fue la codificación napoleónica,

la cual tuvo importancia en la propagación de imaginarios normativos y culturales sobre la regulación de las relaciones familiares, ya que, como se ha sostenido, la mayoría de codificaciones civiles latinoamericanas han bebido ideológicamente de esta, fenómeno favorecido, esencialmente, por la difusión del Código Civil de Andrés Bello.

Otro escenario que propició la difusión de las concepciones ideológicas del Código Civil francés, fue el papel de los tratadistas locales frente a la normativa imperante en nuestro contexto. Existió un notable retraso en la elaboración de tratados que explicaran doctrinalmente el derecho civil, lo que se debió, entre otras consideraciones, a que los autores franceses satisficieron la necesidad de tener materiales de prestigio que explicaran el contenido normativo de los códigos (Jaramillo Sierra, 2013), y como ya se explicó, los tratadistas franceses fueron una suerte de evangelizadores de los contenidos ideológicos del Código napoleónico.

Pese a este escenario en el que la regulación de las relaciones no matrimoniales era obviada casi por completo, debido a las convergencias culturales y a ciertos factores sociodemográficos, en Colombia las uniones de hecho han tenido una tradición arraigada. Como muestra de lo anterior, se dice que en la década de los 30 del siglo pasado, los nacimientos de hijos no matrimoniales superaban el 40 %. Además, el matrimonio católico perdió fuerza, para dar paso a las uniones libres que igualmente eran de gran acogida en los sectores populares (Rodríguez, 2004).

Jaramillo Sierra (2013) sostiene la tesis de que a partir de la aparición de tratados de derecho de familia en el contexto nacional, sobre todo desde mediados del siglo XX, la lectura que se tenía sobre la institución familiar cambió sustancialmente. Apunta la autora que desde 1946, con la publicación de los volúmenes III y IV del texto *Curso de derecho civil colombiano* de Arturo Valencia Zea, se dio un enfoque social al derecho de familia en Colombia, lo que generó el entendimiento de la familia como un organismo social excepcional que requería la protección del derecho. Indica, así mismo, que desde los planteamientos doctrinales de estos tratados se suministró una propuesta de política pública, enmarcada, entre otras cosas, en la necesidad de protección igualitaria de las familias matrimoniales legales y las de hecho. Lo anterior es fiel reflejo de la ya mencionada segunda transición de la familia. Es en este contexto que en 1990 surge en Colombia el reconocimiento legal de las familias no matrimoniales bajo la denominación de unión marital de hecho.

La unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales

La conformación de la familia, como ya se dijo, ha sido históricamente regulada por el poder y su estructuración ha dependido del tratamiento que este quiera darle; de modo que se puede hablar, a grandes rasgos, de dos formas de constituir familia a través de la unión de pareja: las formas matrimoniales y las no matrimoniales. La primera de estas tiene como principal característica una reglamentación clara, precisa, estricta y restrictiva, en su conformación, efectos y disolución, a manera de una verdadera institución jurídica donde el Estado se encarga de determinar cuáles son las exigencias requeridas para que esta nazca, regulando sus requisitos de validez y eficacia, y, a su vez, determinando la forma en la que esta fenece. Así, las tipologías de constitución de familias matrimoniales tienen un vínculo directo con la regulación, supervisión y permisión del Estado para su nacimiento a la vida jurídica.

Por otro lado, las formas no matrimoniales de conformación de familia no han tenido históricamente una ligazón directa con el Estado; más bien, en determinados momentos históricos y políticos se han alejado de la regulación asignada por este. De tal suerte, los individuos, atendiendo a la mera liberalidad, se han unido para constituir una comunidad de vida apartada de las normas impuestas por el poder para el reconocimiento de la condición de familia y las implicaciones que de dicha situación se desprenden, ya sea de los efectos patrimoniales, la calidad jurídica de los hijos e, incluso, los riesgos de una sanción que pesaban sobre conductas como el concubinato.

Así pues, en el contexto colombiano se encasillaba a los hijos concebidos fuera del matrimonio en varias categorías de acuerdo con la calidad jurídica de la relación de los padres al momento de la concepción. En este sentido, se encuentran calificativos como: hijos naturales, hijos de dañado y punible ayuntamiento e hijos ilegítimos (Monroy Cabra, 2014). Por otro lado, El Código Penal colombiano —Ley 19— de 1890 contemplaba como delito el concubinato o amancebamiento, tipificando la conducta en el artículo 451 como “el hecho de que dos personas de diferente sexo, sin ser casadas, hicieran vida como tales, en una misma casa y de manera pública y escandalosa” (Monroy Cabra, 2014, pág. 380); ello como reflejo de las disposiciones canónicas que tipifican como delito canónico, según lo dispuesto en el canon 2197 (Miguélez, Alonso y Cabreros, 1969; citados por Monroy Cabra, 2014).

Empero, en los últimos tiempos, debido al aumento de la práctica de dicha conducta por parte de los individuos, el Estado ha entrado en el escenario de la regulación de las formas de conformación de pareja no matrimoniales, para otorgarles, no solo reconocimiento, sino una serie de efectos patrimoniales, personales, y, en algunos casos, reglarlos para determinar cuándo estos efectos se materializan.

Y es que frente a los modelos familiares existen dos grandes planos de acción estatal; por un lado, entendiendo la familia como institución social que canaliza sentimientos humanos, la regulación debe encaminarse en la promoción de las capacidades humanas de elección de vínculos familiares, evitar las violencias, promover la igualdad y la democracia familiar. Por otro lado, en la lógica de las políticas de bienestar, las políticas estatales deben basarse en un amplio conocimiento de las transformaciones familiares, teniendo en cuenta las prácticas concretas de la población, para evitar así dar por presupuesto la existencia de un modelo único y eterno de familia: la nuclear patriarcal. En esta lógica, se lograrían maximizar los efectos de las políticas estatales sobre la familia, ampliando los rangos de libertad sin penalizar o estigmatizar sectores, impidiendo que se coarten sus libertades y acciones (Jelin; citada por Schiro, 2014).

Talavera Fernández (2001), refiriéndose a lo que se podría denominar como el derecho fundamental a no casarse, apunta que son tres los aspectos esenciales que garantizan el derecho fundamental a convivir en pareja: en primera medida, debe existir un régimen jurídico para las uniones de hecho; en segundo lugar, este régimen jurídico no puede ser el mismo

régimen matrimonial, por cuanto se vulneraría el derecho a convivir en pareja sin contraer matrimonio; y, por último, se impone que la legislación al respecto debe evitar cualquier tipo de discriminación contra quienes conviven de hecho, respecto de las uniones matrimoniales, descartando cualquier coacción directa o indirecta a contraer matrimonio para acceder a bienes esenciales.

Precisamente, las formas no matrimoniales de conformación de familia han sido reconocidas paulatinamente en distintas latitudes y han sido regladas de distintas maneras según la legislación. La unión marital de hecho ha sido la denominación utilizada por el legislador colombiano para nombrar la figura en que las personas deciden formar una familia a través de la unión de pareja, alejados de las formas, rituales y requisitos instaurados por el Estado para la conformación de la familia matrimonial. No obstante, el término unión marital de hecho no es de uso universal para la denominación que a esta práctica se le asigna; por ejemplo, en la República Argentina se usa el término ‘uniones convivenciales’; también, en otros contextos jurídicos existen denominaciones diversas; por ejemplo:

Se alude al “*concubinage*” en el Derecho francés; a la “*famiglia di fatto*” en el Derecho italiano; a las “parejas estables” en el Derecho español; [...] a las “uniones concubinarias” en el Derecho uruguayo; el concubinato, el matrimonio aparente o la unión de hecho, por citar algunos. (Lloveras, Orlandi y Faraoni, 2014, pág. 32).

2.1. Formas de tratamiento normativo (o no normativo) de las familias no matrimoniales

En consonancia con lo que se ha reseñado, las formas de conformación de familias no matrimoniales han tenido diversos tratamientos, dependiendo de la época, el territorio y los contextos históricos. Así las cosas, la doctrina ha reseñado los sistemas que actualmente se encuentran vigentes para el tratamiento de este tipo de uniones, dividiéndolo principalmente en tres, a saber: i) los sistemas equiparadores, ii) los sistemas abstencionistas, y iii) los sistemas proteccionistas.

En el primero de los sistemas, el equiparador, se encuentran los “que confieren a dichas uniones [las no matrimoniales] —después de cumplidos determinados requisitos— los mismos efectos que al matrimonio” (Famá, 2014, pág. 173). En coherencia, Famá ubica en este sistema varios países

de Latinoamérica¹ que equiparan los derechos de los cónyuges a los derechos de los convivientes. Citando a Zannoni (1998), la autora apunta que en las uniones concubinarias se establece una forma de convivencia conyugal institucionalizada. En el caso de los sistemas abstencionistas, señala que son los que omiten regular las consecuencias jurídicas que podrían desprenderse de este tipo de uniones. Finalmente, indica que existe un sistema enfocado en una corriente proteccionista, basado en el reconocimiento de determinados efectos en situaciones específicas a las uniones no matrimoniales, sin que ello implique una equiparación entre las consecuencias derivadas de las uniones matrimoniales y las no matrimoniales (Famá, 2014).

Sobre las posturas regulativas asumidas frente a las uniones no matrimoniales y sus efectos, Suárez Franco (2006) manifiesta, basado principalmente en la doctrina civilista francesa, que se ha adoptado, en primera medida, una postura tradicional consistente en el silencio legislativo que trata de encontrar solución en los principios generales del Código Civil. Otra posición asumida en cuanto a estas uniones es aquella que no bastándole la afonía legislativa, opta por una política prohibitiva; por último, señala una postura sociológica que entiende en los hechos sociales una norma de conducta.

2.2. La unión marital de hecho en Colombia

La Constitución Política colombiana establece en su artículo 42 que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla [...]”. Quiere decir que desde la carta política se admite que el reconocimiento como fuente de familia no está reservado exclusivamente para las parejas matrimoniales, sino que en su órbita de protección se encuentran también las familias no matrimoniales. Por lo anterior, cabe resaltar que las normas que se encargan de regular esta situación no lo hacen exclusivamente para

1 María Victoria Famá ubica en el contexto de esta clasificación la regulación colombiana sobre la unión marital de hecho en el sistema equiparador; sin embargo, se considera que esta afirmación merece importantes matices, en virtud de que el sistema normativo colombiano establece sustanciales diferencias entre el matrimonio y la unión marital de hecho, tanto en su conformación, como en su disolución, sus efectos personales y patrimoniales.

sus efectos patrimoniales, sino que la unión marital de hecho constituye una verdadera fuente de familia.

En este subacápite del texto se presentarán, en primera instancia, los escenarios previos al reconocimiento legal de esta forma de familia, en el que la jurisprudencia trató de generar ciertos estados de protección para las parejas que convivían fuera del matrimonio. Posteriormente, se reseñarán algunos antecedentes legislativos que de forma tangencial regularon algunos efectos de las uniones no matrimoniales. A continuación, se estudiará el reconocimiento legal de la unión marital de hecho como una forma no matrimonial de conformar familia, con sus respectivos delineamientos jurisprudenciales, entre las cuales se destaca la posibilidad de las parejas homosexuales de unirse a través de esta figura.

2.2.1. Previo al reconocimiento legal: las posturas jurisprudenciales

Como se mencionó anteriormente, la práctica de las uniones no matrimoniales, denominada generalmente como concubinato, fue una situación de *facto* muy común en el contexto nacional; empero, esta no era reconocida legalmente debido al silencio que guardaron quienes estaban llamados a su regulación. Según lo indicado, a partir de la influencia cultural y normativa que emergió en Europa y fue irradiada en el contexto latinoamericano —específicamente en Colombia—, la postura frente a las relaciones de pareja no matrimoniales permaneció por muchos años en el mutismo legislativo.

Fue la Corte Suprema de Justicia de mitad del siglo xx la que inició el camino para reivindicar jurídicamente los efectos patrimoniales de las uniones de hecho, principalmente en favor de las mujeres; en la mayoría de los casos, la parte débil de la relación de convivencia debido a causas sociales, económicas y culturales propias de la época. A partir de diversas tesis, la jurisprudencia de la Corte Suprema generó incipientes estados de protección para quienes convivían bajo la figura del concubinato. Una de las posturas, denominada de la relación patrimonial, basada en el contrato de trabajo, es una tesis que se apuntala bajo la idea de que entre un hombre y la mujer con la que convive sin una relación matrimonial, puede generarse una relación laboral. Tal postura fue sostenida por el Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de octubre de 1949, en un contexto histórico en

que la mujer, casada o no, estaba al servicio del hombre y al frente de las labores del hogar (Lemos Sanmartín, 2007). Para la Corte Suprema

Si la concubina presta servicios personales en beneficio del hombre con quien convive, ese hecho no impide el nacimiento del contrato laboral [...] y es así como surgen derechos con fuente en la misma relación laboral tales como el salario y otras prestaciones sociales. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 1949; consultado en Gómez Duque, 2002, pág. 170).

Otra de las tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos, se refiere a los derechos derivados del contrato de sociedad, que se soporta en la idea de una relación patrimonial que origina una sociedad de hecho, donde se debe probar, en una de sus modalidades, la formación de una sociedad con causa lícita y voluntad de asociación, con el objetivo de facilitar, incrementar o remunerar las relaciones sexuales (Lemos Sanmartín, 2007). En otra de las modalidades del contrato de sociedad, se debe probar la “formación o existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, por consentimiento implícito, donde además de la existencia autónoma e independiente de las relaciones puramente afectivas entre los concubinos, existen relaciones de empresa sin que se confundan” (Lemos Sanmartín, 2007, pág. 103).

Un viraje más en las posturas asumidas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es la llegada de la posibilidad de utilizar la *actio in rem verso* derivada de la consolidación del enriquecimiento sin causa, sosteniendo que ante la convivencia por muchos años de un hombre y una mujer, en la que el patrimonio de aquel aumentaba por el esfuerzo personal de esta, resultaba aplicable el uso de tal figura (Lemos Sanmartín, 2007).

Frente a lo expuesto debe resaltarse que ante la proliferación de esta práctica arraigada en nuestro contexto cultural, junto al silencio legislativo, fueron los jueces quienes a través de sus decisiones intentaron darle una solución en derecho a los aspectos patrimoniales que pudiesen surgir de este tipo de uniones, situación similar a la que se presentó en la Francia del Código napoleónico, cuando frente a la postura adoptada consistente en ignorar las realidades sociales, fue tarea de los jueces franceses establecer soluciones frente a posibles desigualdades en el trato, principalmente patrimonial, entre los concubinos. A pesar de que solo se trataba de incipientes soluciones sobre los aspectos de la propiedad, fueron un paso

importante para el reconocimiento por parte del derecho a situaciones sociales y culturales que trataban de ser ignoradas.

2.2.2. Antecedentes legislativos en materia de protección de derechos de las uniones no matrimoniales

En Colombia, en el siglo XIX y en el contexto del federalismo, se pueden encontrar normas aisladas que protegieron algunos de los derechos de las familias no matrimoniales o concubinarias. Puede hallarse que en el Código Civil del Estado de Santander de 1858 se permitía a los hijos nacidos fuera del matrimonio reclamar su filiación ante los tribunales, estableciendo, además, una suerte de presunción de paternidad en contra del demandado ante su renuencia al requerimiento; igualmente, estableció la presunción de paternidad del compañero de la concubina (Jaramillo, 2013). No obstante, debe señalarse que dichas disposiciones no resistieron el proceso de centralización y de codificación nacional.

Antes de la expedición de la Ley 54 de 1990, en materia de seguridad social fueron promulgadas algunas disposiciones normativas que reconocieron derechos a las parejas unidas mediante vínculos no matrimoniales. En esta línea, en 1946 se expidió la Ley 90 que instauró el Seguro Social Obligatorio, que en su artículo 55 estableció, para efectos de la pensión de sobrevivientes por fallecimiento a causa de enfermedad o accidente profesional, que

a falta de viuda, será 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 hubieran permanecido solteros durante el concubinato; si en varias mujeres concurren estas circunstancias, sólo tendrán un derecho proporcional las que tuvieren hijos del difunto.

Conforme con lo dicho, a través de la Ley 90 de 1946, se establecieron algunos efectos jurídicos para las relaciones concubinarias, mediante el reconocimiento de prestaciones sociales a quienes conviven por fuera de la institución matrimonial, en virtud de su relación.

Posteriormente, el Decreto 2690 de 1969 reconoció a la mujer del trabajador, unida a este en vida marital, atención obstétrica. De igual forma, el Decreto 1848 de 1969, otorgó asistencia médica por maternidad

a las compañeras de los empleados oficiales. Mediante la Ley 12 y la Ley 113 de 1985, se abrió la posibilidad de la sustitución pensional o pensión de jubilación ante la muerte del trabajador; lo anterior, en ausencia de una pareja unida a este en vínculo matrimonial (Lemos Sanmartín, 2007).

Debe destacarse que las disposiciones en materia de seguridad social han distado notablemente de la regulación de los efectos personales y patrimoniales, en lo que a las relaciones no matrimoniales se refiere; los precedentes legislativos, si bien son de avanzada, no tenían el alcance para perfilar la convivencia por fuera del matrimonio como creadora de vínculos familiares legítimos reconocidos de manera amplia por el Estado.

Uno de los antecedentes más importantes de un intento de reconocimiento por parte del Estado para las uniones no matrimoniales, como forma de constituir familia con plenos efectos personales y patrimoniales, se halla en el Proyecto de Código Civil de 1982. En dicho proyecto se trató de adoptar “una reglamentación completa, en lo que hasta el momento se consideró importante, sobre las relaciones extramatrimoniales, fundamentalmente en el registro, filiación y efectos”² (Lafont Pianetta, 2009, pág. 12).

2.2.3. El reconocimiento legal de la unión marital de hecho: Ley 54 de 1990

Con el Proyecto de Ley 107 de 1988 en la Cámara “por el cual se legisla sobre el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, se inició el camino para la expedición de una normativa que reconociera efectos a una realidad sociológica sobre la “que el legislador ha guardado silencio [...] dejándola sin protección legal y volviéndole la espalda a una solución social”. En el Proyecto de Ley 229 de 1988 en el Senado se sostiene, además, que se suprime la definición peyorativa de concubinato (Anales del Congreso del 31 de agosto de 1988 y del 4 de diciembre de 1990; consultados en Lafont Pianetta, 2009, págs. 14-15).

2 El artículo 1211 del proyecto en mención disponía: “El hombre y la mujer que sin estar casados entre sí, hicieren vida en común y mediante una serie de actos de mutua colaboración formaren un capital, éste les pertenece por partes iguales. Cualquiera de los concubinos o sus herederos podrán pedir la liquidación de la sociedad concubinaria y la adjudicación de la mitad de los bienes” (Consultado en Lafont Pianetta, 2009, pág. 13).

La Ley 54 de 1990, en su artículo 1^o³, califica con el nombre de unión marital de hecho a la manera de conformar familia no matrimonial que comprende a quienes hacen comunidad de vida permanente y singular; igualmente, le otorga a los convivientes el estatus de compañeros permanentes. De esta manera, la ley otorga el carácter de institución jurídica de orden legal a las uniones extramatrimoniales, suprimiendo toda connotación despectiva, sustituyendo la palabra concubinato y concubinos por los términos unión marital de hecho y compañeros permanentes, respectivamente⁴ (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 1995).

La doctrina ha abordado *in extenso* los requisitos o elementos que deben concurrir en las uniones no matrimoniales para que puedan ser calificadas como unión marital de hecho, a partir de lo que emerge del texto legal. El primer elemento para tal efecto, es la unión de dos personas, que si bien del texto legal se desprende que es una unión heterosexual, como se referenciará más adelante, puede ser una unión entre dos personas del mismo sexo.

Un segundo elemento que se desprende de lo dispuesto por el artículo 1^o de la ley en comento, es la no existencia de matrimonio entre los compañeros permanentes, ya que la “unión marital se tipifica como de hecho precisamente porque no proviene de un vínculo constituido solemnemente como el matrimonio” (Parra Benítez, 2017, pág. 341). Apunta al respecto la Corte Suprema de Justicia que la locución legal “sin estar casados” debe entenderse estar casados entre sí, ya que de estarlo sus relaciones personales y patrimoniales se regirían por las normas propias del matrimonio (Sentencia 7603 del 10 de septiembre de 2003).

El tercer elemento para la consolidación del estado de compañeros permanentes, a través de la unión marital de hecho, comprende varios

3 El artículo 1^o dispone textualmente: “A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

4 Esta es una tendencia que se ha visto desplegada en otros ordenamientos jurídicos; por ejemplo, como señala Marisa Herrera (2014), en el ordenamiento argentino, con el nuevo Código Civil y Comercial expedido en 2014, se elimina el término concubinato que tenía una carga negativa y fue reemplazado por el neologismo [unión] convivencial, bajo la idea de que el lenguaje no es neutro.

fenómenos. Este elemento podría calificarse como el de mayor importancia para que se pueda hablar de unión marital, y es la existencia de una comunidad de vida que debe ser permanente y singular. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha advertido que la comunidad de vida

se refiere a la conducta de pareja en cuyo sustrato abrevia, subyace y se afirma la intención de formar familia. El requisito, desde luego, no alude a la voluntad interna sino a los hechos de donde emana, como tales, al margen de cualquier ritualidad o formalismo. (Sentencia SC 15173, del 24 de octubre de 2016).

Adicionalmente, ha establecido la Corte Suprema de Justicia que esa voluntad debe ser responsable, elemento que se presenta cuando los miembros de la pareja, “en forma clara y unánime actúan en dirección de conformar una familia. Por ejemplo, disponiendo de sus vidas para compartir asuntos fundamentales de su ser, coincidiendo en metas, presentes y futuras, y brindándose respeto, socorro y ayuda mutua”. En otras palabras, se hace “indispensable que construyan un proyecto de vida común que reflejen la decisión voluntaria de conformar una familia” (Sentencia SC 5324-2019 del 3 de julio de 2019).

Igualmente, ha establecido la Corte Suprema que la comunidad de vida se halla integrada por elementos “fácticos objetivos, como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia, y subjetivos otros, como el ánimo mutuo de permanencia, unidad y *affectio maritalis*” (Sentencia 6721 del 12 de diciembre de 2001). Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia reconoció que las relaciones sexuales no necesariamente hacen parte de la comunidad de vida, ya que por distintas razones, como la avanzada edad o la impotencia, pueden dejar de dispensarse trato sexual (Sentencia SC 15173-2016 del 24 de octubre de 2016).

Ahora, la permanencia dentro del elemento comunidad de vida tiene que ver “con la duración firme, la constancia, la perseverancia y, sobre todo, la estabilidad de la comunidad de vida y excluye la que es meramente casual o pasajera” (Corte Suprema de Justicia del 20 de septiembre del 2000; citada por Parra Benítez, 2017, pág. 345). Adicionalmente, la singularidad existe cuando la unión se forma entre dos personas, pero no se descarta por las relaciones con otros sujetos que sostenga alguno de los miembros de la comunidad de vida; en otros términos, “una unión marital, que lo es porque hubo singularidad, se extingue por la separación definitiva, pero no puede

predicarse que desaparece porque en apariencia no haya singularidad en virtud de la infidelidad” (Parra Benítez, 2017, págs. 344-345).

En jurisprudencia reciente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha delineado algunos conceptos que han sido discutidos en torno a los elementos requeridos para la unión marital de hecho, de los cuales se resaltarán dos: la delimitación conceptual de la permanencia, y el tema de la notoriedad o publicidad de la relación de pareja.

Frente al primer punto, destaca la Sentencia SC 15173-2016 del 24 de octubre de 2016, en relación con la permanencia, que la comunidad de vida está al margen de elementos accidentales involucrados en el devenir de la relación de pareja, como el trato sexual o la cohabitación. Señala la Corte Suprema de Justicia que la unión marital de hecho no implica necesariamente

residir constantemente bajo el mismo techo, dado que ello puede estar justificado por motivos de salud; o por causas económicas o laborales, entre otras, cual ocurre en la vida matrimonial [...].

La presencia de estas circunstancias no puede significar el aniquilamiento de los elementos internos de carácter psíquico en la pareja que fundan el entrecruzamiento de voluntades, inteligencia y afectos para hacerla permanente y duradera.

Por otro lado, frente a la publicidad o notoriedad, un sector de la doctrina asume que esta debe hacer parte de la unión marital de hecho; por ejemplo, Quiceno y Rodríguez (2012) plantean que dentro de la cohabitación debe existir el componente de la publicidad del *afectio maritalis*, sin confundirlo, dicen, con la posesión notoria del estado civil.

Una postura más rígida sostuvieron García Restrepo y Roca Betancur (1994) al decir “que la convivencia debe ser un hecho público, jamás realizada clandestinamente, o sea, que debe tener la apariencia del matrimonio” (pág. 23); posteriormente, afirman que lo que se busca con la exigencia de este elemento es la exclusión de las relaciones realizadas de forma subrepticia, ya que, interpretan, en estos casos los compañeros no desean su reconocimiento social o legal.

Sin embargo, esta postura ha sido desvirtuada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al establecer frente a la publicidad o notoriedad que no son

de manera alguna requisito predicable [de la unión marital de hecho] puesto que, en determinados casos, es querer de los compañeros permanentes mantener en reserva su convivencia marital lo que hace parte del derecho a la intimidad personal y familiar. (Sentencia SC 4499-2015 del 20 de abril de 2015).

2.2.4. La unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo

A pesar de que ha sido de resorte del legislador que las formas de conformación de la familia sean únicamente para parejas heterosexuales, la jurisprudencia constitucional ha venido progresando paulatinamente en esta materia. Así, a partir de la Sentencia C-075 de 2007 se inició una línea jurisprudencial que reconoció la posibilidad que tienen las parejas del mismo sexo de conformar familia⁵ declarando la exequibilidad de la Ley 54 del 1990, “en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales”. Señala la Corte Constitucional que

La falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídicos patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar. No hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros permanentes, sea indiferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas homosexuales. (Sentencia C-075 de 2007).

5 Aunque debe señalarse que en dicha sentencia solo se reconocen los efectos patrimoniales de la Ley 54 de 1990 a las parejas del mismo sexo; sin embargo, al interior de la Corte Constitucional hubo una fuerte oposición a esta postura por considerarla restrictiva, abogando por un reconocimiento más igualitario para estas parejas (véase el salvamento de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería). Finalmente, en el desarrollo de esta línea jurisprudencial naciente con la Sentencia C-075 de 2007, esta última postura fue la que salió adelante. Debe advertirse que durante mucho tiempo la Corte Constitucional negó el reconocimiento de los derechos patrimoniales y de la condición de familia a las parejas del mismo sexo.

Compréndase, entonces, que la jurisprudencia constitucional permitió que las parejas homosexuales, cumpliendo con las condiciones previstas por la ley, pueden acudir al régimen de protección patrimonial de los compañeros permanentes. La Corte Constitucional se reiteró en la postura del reconocimiento de la garantía constitucional de las parejas del mismo sexo a conformar familia a través de la unión marital de hecho y plasmó este nuevo ideal en una serie de sentencias posteriores. Si bien muchos de estos pronunciamientos orbitan alrededor de situaciones de orden económico y patrimonial, la Corte Constitucional concluyó que dos personas del mismo sexo sí pueden constituir una unión marital de hecho, reglamentada por las Leyes 54 de 1990 y 979 de 2005, tesis que además es aceptada por la jurisprudencia ordinaria civil, según lo referenciado en sentencias del 5 de agosto y del 7 de noviembre de 2013 (Parra Benítez, 2017).

2.3. La regulación de los aspectos patrimoniales: sociedad patrimonial entre compañeros permanentes

Establece la Ley 54 de 1990, en su artículo 2°, modificado por la Ley 979 de 2005, que se presume la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y existe lugar a su declaración en dos casos. El primer caso, reglado por el literal a) del artículo en mención, dispone que se puede declarar la sociedad patrimonial “cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio”. El segundo supuesto contemplado por la norma, en la voz original del literal b se establece que:

cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.⁶

La característica común de los dos supuestos en que hay lugar a declarar la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, reside en el transcurso de tiempo que la disposición normativa enuncia, debe

⁶ Este apartado normativo ha sido transformado sustancialmente por la jurisprudencia constitucional, situaciones que se referenciarán más adelante.

cumplirse bajo la figura de la unión marital de hecho. En ambos casos, debe transcurrir un lapso no inferior a dos años para que se presuma la sociedad patrimonial. Dicha disposición fue atacada por considerarse inconstitucional por desconocer el derecho a la igualdad entre las parejas que contraen matrimonio y las que conviven bajo una forma de conformación de familia no matrimonial. Tal demanda se resolvió mediante Sentencia C-257 de 2015 donde la Corte señaló que

La diferencia establecida por la ley no es discriminatoria porque no hay una exclusión irrazonable a quienes conviven en unión de hecho ni una restricción o eliminación de derechos fundamentales para estas parejas dado el carácter estrictamente patrimonial de la regulación, que no incide en los derechos de las parejas en unión marital [...]. La sociedad patrimonial irradia sus efectos solamente en el plano económico y deriva, en primer lugar, de la existencia de una unión marital de hecho y, en segundo término, de que como consecuencia del trabajo, ayuda y socorro mutuos de los compañeros permanentes, se haya consolidado un “patrimonio o capital” común.

Además, en la misma sentencia, sostiene tajantemente el máximo Tribunal Constitucional que

El matrimonio y la unión de hecho comparten la característica esencial de ser instituciones creadoras de la institución familiar. Como tales es claro que las dos figuras merecen una misma protección constitucional. Sin embargo, ese idéntico trato no puede aplicarse enteramente a los asuntos relacionados con los derechos patrimoniales que se derivan de las sociedades conyugal y patrimonial. Tanto las condiciones en que surgen las dos sociedades como las pruebas por aportar acerca de su existencia son diferentes y ello puede generar consecuencias distintas en este campo, siempre y cuando, como se ha expresado reiteradamente por esta Corporación, las diferencias sean razonables, es decir, se puedan sustentar con una razón objetiva.

Visto así, entiéndase que la Corte Constitucional, si bien reafirma que hoy en día la unión marital de hecho es fuente de familia al igual que el matrimonio, estas no son instituciones de igual envergadura, y el régimen patrimonial que circunda a una y a otra figura jurídica no tienen los mismos efectos. De ahí que a pesar de los avances que se han dado en materia de reconocimiento de las uniones no matrimoniales, el Estado sigue considerando de diferente categoría las formas matrimoniales y no matrimoniales de conformar familia, pues en el matrimonio no se requiere

que transcurra tiempo alguno para el surgimiento de la sociedad conyugal y para los efectos que de esta dimanen; no obstante, sí se limita la creación de la sociedad patrimonial con requisitos temporales.

La diferencia hecha entre el matrimonio y la unión marital de hecho ha sido sustentada en que ambas instituciones tienen una naturaleza jurídica diferente y regímenes normativos distintos, lo que desencadena en efectos jurídicos disímiles. Esta tesis se considera acertada; no obstante, en cuanto a los efectos patrimoniales se refiere, el régimen de protección patrimonial se debe encaminar cada vez más a equipararse, toda vez que establecer distinciones temporales para el surgimiento de una comunidad de bienes puede hacer nugatoria la protección de derechos de los convivientes, pues, como ha señalado la misma Corte Constitucional,

Tanto el matrimonio como la unión libre dan origen a la familia y, con independencia de la respectiva forma de constitución, así como existen aspectos que implican diferenciación, los hay también que comportan similitud, por lo cual la sola consideración de las diferencias no puede dar lugar a aceptar, *prima facie*, que todo trato diverso deba ser aceptado. (Sentencia C-238 de 2012).

Frente a la exigencia temporal de dos años de existencia de unión marital de hecho establecida para los dos supuestos en los que se formaría sociedad patrimonial, ha existido una discusión doctrinal sobre su interpretación. Una postura es la reseñada por Parra Benítez (2017) como la tesis generalizada en la doctrina, que ve en lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley 54 de 1990 un requisito constitutivo para la sociedad patrimonial. Allí cita a Quiroz Monsalvo quien expresa que para el nacimiento de la sociedad patrimonial “la pareja tiene que haber convivido mínimo dos años en unión marital”; igualmente, reseña a Medina Pabón quien a su vez opina que la sociedad patrimonial “solo se conforma luego de concluidos dos años de su establecimiento” (pág. 357).

Acorde con la postura enunciada, se encuentra a Suárez Franco (2006), quien sostiene que la convivencia de dos años es un requisito sustancial para el nacimiento de la sociedad patrimonial, y si no se completa este tiempo no existe posibilidad de ser declarado ni conciliado; indica, así mismo, que en estos casos puede acudir a la declaratoria de la sociedad de hecho o al enriquecimiento sin causa. Por la misma línea, Ildemar Bolaños (2011) afirma que “la sociedad patrimonial surge al vencimiento de dos años de duración de la unión marital de hecho” (pág. 106). Finalmente,

Vallejo, Echeverry y Palacio (2001) apuntan que el plazo establecido en la ley para la formación de la sociedad patrimonial no hace idóneas las uniones maritales que no cumplan los dos años para la generación de estos efectos económicos.

Es importante expresar que el requisito de los dos años para la presunción en la formación de la sociedad patrimonial fue acusado de inconstitucional por violación al principio de igualdad, y en la ya reseñada Sentencia C-257 de 2015 fue declarada exequible por la Corte Constitucional, señalando particularmente que “no se presume ni puede declararse judicial o voluntariamente una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes antes de que transcurran dos años”.

Existe otra tesis frente al tiempo establecido por la ley en su artículo 2° y es la sostenida por Parra Benítez (2017), en la cual el tiempo de dos años exigido por la norma es únicamente una presunción con valor probatorio, abandonando la tesis de que sea un elemento fundante de la sociedad patrimonial. Apunta este autor que si no se comprueban los dos años, no es que no exista sociedad patrimonial, sino que debe probarse la comunidad establecida por la adquisición de los bienes, de forma que la presunción del artículo aludido no es de fondo para el surgimiento de la sociedad patrimonial, sino una forma de probar esta. Señala, igualmente, que la jurisprudencia civil opta por entender esta temporalidad como un asunto de raigambre probatorio. Finalmente, asevera:

Para que exista la sociedad patrimonial no es requisito que transcurra el bienio, sino que este permite que opere la presunción. El artículo no dice que hay sociedad patrimonial, sino que se presume. Completados los dos años de la unión marital, al interesado le basta probar que por ese lapso tuvo tal unión y no tiene que demostrar la sociedad patrimonial.

[...]La prueba es la presunción, cuando han pasado los dos años. Por ello, si la unión tuvo una vida menor a los dos años, la sociedad patrimonial no se presume sino que su existencia debe ser demostrada por medios probatorios comunes. (págs. 360-361).

Manteniendo la línea de que si bien el matrimonio y la unión marital de hecho son de naturaleza diferente, pero que en materia patrimonial debe existir una tendencia a la protección igualitaria, debe entenderse, por lo menos, que la temporalidad a la que se refiere el artículo 2° de la Ley 54 es una simple presunción de la cual se debe probar el hecho base (los dos años de unión marital de hecho) para llegar al

hecho que se presume (la existencia de la sociedad patrimonial), lo cual solucionaría eventuales problemáticas con los bienes adquiridos antes del transcurso del tiempo exigido para presumirse la unión y evitaría posibles injusticias; eso sí, la carga de la prueba aumenta en estos casos, ya que no se goza de la presunción.

Ahora, volviendo específicamente al literal b) del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, se observa que además de la exigencia de los dos años, se requiere ausencia de impedimento legal para contraer matrimonio. Frente a esto, Gómez Duque (2002) se cuestiona acerca de qué son los impedimentos matrimoniales –entendiendo por estos las nulidades matrimoniales– que obstaculizan el surgimiento de la sociedad patrimonial, pues no es este un asunto sobre el que la norma ofrezca claridad. Sostiene el autor que si el artículo se refiriese a todas las causales de nulidad, en la práctica se formarían muy pocas sociedades patrimoniales. Apunta Gómez Duque (2002) que dicha duda se debe despejar atendiendo a la disposición normativa en su conjunto, la cual formula que aun existiendo el impedimento matrimonial, surge la sociedad patrimonial, si las sociedades conyugales ya han sido disueltas con anterioridad,

lo que permite avizorar que el único impedimento matrimonial que no permite la operancia de la sociedad patrimonial es la existencia de un vínculo matrimonial anterior [...]; ello resulta claro porque en ningún otro de los impedimentos matrimoniales se ha formado sociedad conyugal. (pág. 196).⁷

En igual sentido se expresa Bolaños (2011) al advertir que el impedimento legal al cual hace referencia el legislador en las normas relativas a la unión marital de hecho, es exclusivamente la existencia de sociedad conyugal vigente de alguno o ambos compañeros permanentes, y no otra clase de impedimentos; ello con el fin de imposibilitar la coexistencia de sociedad conyugal y sociedad patrimonial.

7 Citando las memorias del Segundo Encuentro Nacional de Magistrados de Colombia de 1998, el autor apunta que esa es la conclusión a la que se ha llegado. Sin embargo, autores como Suárez Franco (2006) al comentar el literal a) del artículo 2° de la Ley 54 de 1990 (el supuesto de la ausencia de impedimentos legales) se refiere a este como “la unión marital de hecho entre personas solteras, no parientes entre sí, con edad suficiente para contraer matrimonio, y entre las cuales no exista un impedimento legal para contraer matrimonio” (pág. 450); lo dicho, permite concluir que Suárez entiende que existen más impedimentos legales a los que se refiere el literal b). No obstante, por lo expuesto se considera que el único impedimento al que se refiere el artículo 2° en su literal b) es a la existencia de sociedad conyugal vigente.

Debe reseñarse que, pese a esta conclusión, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha limitado la posibilidad de que se conforme una unión marital de hecho entre parejas que tengan relación de parentesco, bajo el argumento de una coherencia normativo-institucional en la cual no se permite el incesto. En el sentir de la Corte Suprema de Justicia, no sería plausible el surgimiento de una sociedad patrimonial entre personas con parentesco entre los grados que para el legislador generan impedimento matrimonial. Incluso se sostiene, de manera enfática, que impide el surgimiento de una unión marital de hecho que merezca tutela legal (Sentencia 7756 del 19 de diciembre de 2005). Esta postura ha sido reiterada por la Corte Suprema al considerar el incesto como un impedimento legal para la formación de unión marital de hecho, al entenderla como una unión ilícita (Sentencia SC 128-2018 del 12 de febrero de 2018).

Se había anticipado que el literal b) del artículo 2° de la Ley 54 de 1990 había sido transformado sustancialmente por la jurisprudencia constitucional. La voz original del literal b), en presencia del impedimento legal para contraer matrimonio, exigía que la sociedad conyugal hubiere sido disuelta y liquidada; sin embargo, mediante Sentencia C-700 de 2013, la Corte Constitucional declaró inexecutable la necesidad de liquidación. Igualmente, la disposición normativa exigía que dicha disolución debía darse un año antes del inicio de la unión marital de hecho; no obstante, mediante Sentencia C-193 de 2016 dicha exigencia temporal fue eliminada del ordenamiento jurídico; de ahí que cuando exista impedimento legal para contraer matrimonio entre los convivientes, derivado de un vínculo matrimonial anterior, para que surja sociedad patrimonial se requiere simplemente que la sociedad conyugal estuviere disuelta antes del inicio de la unión marital de hecho en cualquier tiempo.

2.4. Declaración de existencia de la unión marital de hecho y de la existencia y disolución de la sociedad patrimonial

Con la expedición de la Ley 979 de 2005 se modificaron algunos aspectos que originalmente contenía la Ley 54 de 1990 en lo referente a las formas

de declarar la unión marital de hecho⁸ y la sociedad patrimonial, las formas de disolución de esta última y la legitimación, para emprender acciones que activen las consecuencias jurídicas que se desprenden de la regulación de esta figura.

Frente a la existencia de la sociedad patrimonial, establece la norma que se puede declarar la misma acreditando los presupuestos de los literales a) o b) del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, mediante escritura pública, expresando el mutuo consentimiento y a través de acta de conciliación. En lo que respecta a la disolución de la sociedad patrimonial, se establece que aquella puede disolverse por mutuo acuerdo mediante escritura pública o por acta de conciliación. También se puede disolver por sentencia judicial o por la muerte de uno o ambos compañeros permanentes.

En las causales de disolución de la sociedad patrimonial no se incluyó el hecho del matrimonio que los compañeros permanentes contraigan con personas distintas a quienes forman la sociedad, sin que pueda hallarse razón para esta exclusión. A pesar de ello, considera Monroy Cabra (2014) que en este evento no es posible que subsista la sociedad patrimonial con una sociedad conyugal, en consecuencia, habría de disolverse la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial.

Afirma erróneamente Lafont Pianetta (2009) que la norma dispone como causal de disolución de la sociedad patrimonial, el matrimonio de uno o ambos compañeros con personas distintas de la sociedad patrimonial, pues si bien esta disposición estaba en el texto original del artículo 5° de la Ley 54 de 1990, esta causal fue abrogada por la Ley 979 de 2005, norma que ya regía en el momento de publicación del texto referenciado; no obstante, como se mencionó, un sector de la doctrina argumenta que sigue siendo una causal de disolución de la sociedad patrimonial por la

8 Frente a esta situación, amerita poner de presente lo expuesto por Talavera Fernández (2001) al decir que “lo que externamente diferencia, en principio, una unión de hecho de una unión matrimonial, son las formas solemnes exigidas para la celebración del matrimonio, a diferencia de la ausencia de formalización en la unión de hecho, en la cual carece de sentido toda celebración, formalidad o solemnidad oficial. En efecto [...], la unión de hecho no se constituye en sentido estricto, sencillamente se consolida en el tiempo. No existe un acto jurídico constitutivo, puesto que en tal caso dejaría de haber una unión de hecho “Hablar de una unión de hecho y de forma constitutiva es un contrasentido” (pág. 67). Si bien se considera que a lo expuesto asiste pleno sentido, se cree que la posibilidad de declarar la existencia de una unión marital de hecho, mediante el mutuo acuerdo, puede evitar posibles inconvenientes entre los convivientes ante una eventual separación.

imposibilidad de que coexistan sociedad patrimonial y conyugal. Con todo, debe señalarse que en lo dispuesto para la prescripción, se sigue señalando el matrimonio de los compañeros con terceros como uno de los puntos de partida del cómputo del tiempo señalado.

Sostiene, además, que frente a un eventual matrimonio entre los convivientes, esta situación haría fenecer la unión preexistente; indica que se refiere a una causal de terminación de la sociedad patrimonial con efectos especiales que no está contemplada en la normatividad general, lo que no implica la exclusión de este fenómeno como causal de disolución. A lo dicho, apunta que es una regla implícita que se desprende de la imposibilidad de que exista unión marital de hecho entre quienes existe matrimonio; así, no puede subsistir la unión marital de hecho y su consecuente sociedad patrimonial.

Postura similar tiene Parra Benítez (2017) al establecer que a partir de los elementos estructurales de la unión marital de hecho, “no puede dudarse de que como esta exige que los compañeros no estén casados entre sí, al contraer matrimonio se extingue la unión marital y por ende la sociedad patrimonial, que no podría existir sin esta unión” (pág. 373).

Ahora, para una solución del tema patrimonial entre los compañeros que contraen vínculo matrimonial,

no existe, como debió establecerse una transformación de una sociedad en otra, o anticipación de la iniciación de la sociedad conyugal a la época de la unión marital (iniciación retroactiva). Por consiguiente, cada una de ellas tiene y recibe su correspondiente tratamiento jurídico. (Lafont Pianetta, 2009, pág. 254).

Frente al particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sede de tutela, emitió un pronunciamiento en el cual, al conocer de un caso en el que dos compañeros permanentes contraen matrimonio, advierte que:

Al no existir solución de continuidad tanto en el campo personal, como en materia de sociedad patrimonial y de sociedad conyugal, al fin de cuentas [sic], disuelta esta última, se trata de un mismo patrimonio universal separado en dos niveles temporalmente, gobernado bajo unas mismas reglas, aunque con los matices que le son propios a una u otra sociedad, sin que por ello, al ser perfectamente delimitadas en el tiempo, pueda afirmarse su coexistencia. (Sentencia STC 7194-2018 del 05 de junio de 2018).

En ese sentido, sostiene la Corte que para tal evento se tienen dos universalidades jurídicas que, si bien no son simultáneas, sí son sucesivas; una originada en los hechos y otra en un contrato. Se trata, en palabras de la Corte Suprema, de sociedades encadenadas, ya que

Dada la similitud entre matrimonio y la unión marital, entre sociedad de gananciales y la sociedad patrimonial, desde la perspectiva de principios, valores y derechos por los que aboga y defiende la Carta de 1991, con venero en el artículo 42 de la misma, no pueden prohijarse interpretaciones restrictivas, discriminatorias y extintivas, entre quienes como pareja han convivido como casados, faltándoles únicamente el rito solemne; primero, al abrigo de la unión marital, y luego, sin solución de continuidad, en las mismas condiciones materiales y sociales bajo el manto del matrimonio, como acto jurídico solemne, sin interrupciones temporales ni brechas afectivas, familiares, sociales y económicas, siendo continuadores de la familia como pareja monógama. (Sentencia STC 7194-2018 del 05 de junio de 2018).

No obstante, la Corte Suprema deja abierta la discusión al plantear en la sentencia que lo decidido se hace “sin perjuicio de toda nueva, diferente o adicional precisión que las futuras circunstancias fácticas compelan a la Sala para analizar o replantear la cuestión”.

Frente a esta situación debe anotarse que el Decreto 1664 de 2015, “Por el cual se adiciona y se derogan algunos artículos del Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho y se reglamentan los artículos 487 parágrafo y 617 de la Ley 1564 de 2012”, en la subsección 6 “De la declaración de bienes de la sociedad patrimonial de hecho no declarada ni liquidada que ingresan a la sociedad conyugal”, en su artículo 2.2.6.15.2.6.1., abre la posibilidad de que

Quienes tengan entre sí unión marital de hecho y sociedad patrimonial no declarada ni liquidada y pretendan celebrar matrimonio, podrán declarar, por escritura pública, que han tenido unión marital hecho y sociedad patrimonial entre ellos y que es su voluntad que los bienes integrantes de esta sociedad ingresen a la sociedad conyugal que surge por hecho del matrimonio. Los declarantes relacionarán e identificarán todos los bienes habidos en la sociedad patrimonial para que hagan parte la sociedad conyugal.

Respecto de la existencia de la unión marital de hecho, de la expresión originaria de la Ley 54 de 1990, se desprendía que aquella solo podía ser declarada mediante sentencia judicial acudiendo a los medios ordinarios de prueba; sin embargo, una vez en vigencia la Ley 979 de 2005, existe la posibilidad de declarar la unión marital a través de diversos mecanismos. Puede, en consecuencia, declararse dicha unión mediante escritura pública y por acta de conciliación con el mutuo acuerdo entre los compañeros permanentes; de igual forma, acudiendo a los medios ordinarios de prueba puede darse la declaración de la misma a través de sentencia judicial, en un proceso en el cual es competente el juez de familia en primera instancia.

Con el establecimiento de la posibilidad de declaración de la unión marital de hecho, mediante el mutuo acuerdo, es imposible desconocer que este es un acto en el que puede mediar el convenio de las partes frente a los efectos jurídicos que de allí puedan derivar. Con todo, sigue existiendo la posibilidad de que esta unión y sus efectos sean declarados por la fuerza jurisdiccional del Estado, en los eventos en los que exista oposición entre los convivientes respecto de las características y situaciones fácticas que circunden su relación, como también los efectos que irradian las conductas por ellos desplegadas.

2.5. Discusiones frente a la prescripción contemplada en la Ley 54 de 1990

Un aspecto relevante dentro de las discusiones que puede suscitar la regulación de la unión marital de hecho, se encuentra en lo dispuesto en el artículo 8° de esta ley al establecer que “las acciones para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes prescriben en un año contado a partir de la separación definitiva de los compañeros, el matrimonio con terceros o de uno o ambos compañeros”. Tal disposición normativa contiene en su párrafo que dicho término se interrumpe con la presentación de la demanda.

Relativo a este supuesto normativo, existe una discusión frente al plazo de un año en el que la disposición utiliza el término prescripción, pues algunos autores sostienen que se trata de caducidad. La discusión es de importancia capital, dado que, entendiéndose como caducidad, su declaración sería oficiosa; diferente ocurre con la prescripción que debe aparecer como medio exceptivo, siendo disponible por las partes.

Con relación a este punto, la jurisprudencia constitucional interpretó que se trataba de prescripción y no de caducidad, en razón a que esta es la expresión que usa la ley, y así debía interpretarse de cara a la protección de las personas enunciadas en el artículo 2530 del Código Civil. Señaló la Corte Constitucional que

hay que tener en cuenta, además, que el artículo 8o. de la ley 54 de 1990 establece expresamente una prescripción, no una caducidad. Diferencia que tiene importancia por esto: según el inciso primero del artículo 2541 del Código Civil, la prescripción extintiva se suspende en favor de las personas enumeradas en el ordinal 1o. del artículo 2530 del mismo código: los menores, los dementes, los sordomudos y quienes están bajo patria potestad, tutela o curaduría; y, además, la herencia yacente, según el numeral 2° del mismo artículo. La caducidad, por el contrario, no se suspende.

En el caso que nos ocupa, la ley expresamente establece un término de prescripción. ¿Por qué denominarlo caducidad, si de este modo se desprotegen los intereses de las personas mencionadas en el artículo 2530 del C.C.? (Sentencia C-114 de 1996).⁹

Montoya Pérez (2016) sostiene de manera enfática que debió utilizarse la expresión caducidad y desecharse el término prescripción, sustentado en lo que él denomina una técnica procesal adecuada, lo que implicaría, en primera instancia, que el juez tiene la facultad y el deber de declararla de oficio; además, esta no se suspende en favor de nadie. De igual forma,

⁹ A este respecto, deben tenerse en cuenta dos situaciones. La primera, es que la sentencia en cita es del año 1996, y, para el año 2002, con la Ley 791, se modificó el artículo 2530 del Código Civil, quedando así:

La prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse; en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo.

La prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría.

Se suspende la prescripción entre el heredero beneficiario y la herencia.

Igualmente se suspende entre quienes administran patrimonios ajenos como tutores, curadores, albaceas o representantes de personas jurídicas, y los titulares de aquellos. No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista

La segunda situación, es que, para una interpretación sistemática de esta disposición, debe tenerse en cuenta la lo dispuesto por la Ley 1996 de 2019, particularmente su artículo 6°.

y a modo de réplica a la sentencia reseñada, afirma que admitiendo la doctrina constitucional, se estaría violando la ley, pues el fenómeno de la suspensión de la prescripción del que habla el artículo 2530 del Código Civil, se refiere a las prescripciones ordinarias, y no a las especiales como es el caso de la establecida en el artículo 8° la Ley 54 de 1990; en su sentir,

La Corte Constitucional [...] incurre en craso error al hablar de prescripción (fenómeno que afecta el derecho) olvidando que frente a las pretensiones, la negligencia en el tiempo da lugar a la caducidad. El error de la Corte ha hecho carrera y por ello se ha trastocado lo procesal en sustantivo, esto es, lo que debería ser solo una afectación para acceder a la jurisdicción, se ha convertido en la pérdida de un derecho. (pág. 32).

Por otro lado, Lafont Pianetta (2009) define el término establecido por el artículo 8° como una prescripción especial, establecido para la “exigibilidad y facultad para hacer concretar un derecho social de gananciales que puede hacerse efectivo a partir de la causa [...] que determina su disolución judicial [...]; lo que realmente justifica que se establezca este hecho entendido en su exacto sentido” (pág. 289).

Sin embargo, acota el autor que este plazo corre continuamente contra toda clase de personas y no se suspende. En la misma línea, Quiceno y Rodríguez (2012) expresan que debe aplicarse el tenor literal de la norma, que además resulta más benéfico para el interesado en reclamar sus derechos. Por su parte, la jurisprudencia civil establece que los derechos subjetivos de contenido económico pueden disponerse por parte de sus titulares y están sujetos a prescripción, estableciendo que

Por tanto, la hermenéutica impone la imprescriptibilidad de la acción declarativa de la unión marital de hecho en lo atañedor al estado civil y la prescriptibilidad de la acción judicial para la ‘disolución y liquidación’ de la sociedad patrimonial, cuyo término de prescripción es de un año contado a partir de la terminación de la unión marital por separación física y definitiva de los compañeros —de mutuo consenso elevado a escritura pública ante notario o expresado en acta de conciliación— sentencia judicial, matrimonio de uno con un sujeto diferente, o muerte, ya real, ora presunta [...]. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, del 11 de marzo de 2009).

Atinente a la incertidumbre que pueda presentarse entre si una disposición normativa contempla la figura de la caducidad o de la prescripción, Velásquez Gómez (2010) expresa que en caso de duda debe optarse por

el entendimiento de que se está frente a la prescripción, entre otras cosas, porque “matar un derecho, o el ejercicio de la acción, como se quiera, en la forma tan abrupta como lo hace la caducidad, exige sin duda alguna una clara disposición legal”¹⁰ (pág. 1349).

Como se sostuvo anteriormente, el matrimonio entre los compañeros permanentes da lugar al surgimiento de una sociedad de bienes, distinta a la que surge de la unión marital de hecho, y ante la hoy generalizada postura de la imposibilidad de concurrencia de sociedades, debe entenderse por disuelta la sociedad patrimonial. En este sentido, cabe cuestionarse ¿qué ocurre con el tiempo para solicitar la liquidación de la sociedad patrimonial? Ante esta inquietud, Lafont Pianetta (2009) propone una interesante solución a la consecuencia de no haberse consagrado el matrimonio entre los compañeros dentro de las causales de disolución de la sociedad ni dentro del plazo que plantea el artículo 8° de la Ley 54 de 1990. Indica el autor que el plazo de un año es igualmente aplicable a este supuesto por ser una prescripción corta de carácter general; sin embargo, el cómputo del tiempo debe darse a partir de la disolución de la sociedad conyugal, puesto que no tiene sentido iniciarlo en el tiempo que acontece el matrimonio, ya que con este continúa la comunidad de vida entre los mismos convivientes (a diferencia del matrimonio con terceros), y no habría necesidad de liquidar la sociedad patrimonial que se disuelve.

Destaca el autor que con esta interpretación se garantizan los derechos derivados de la sociedad patrimonial de la cual se dejó pendiente su liquidación para un matrimonio posterior; igualmente, señala que ante la imposibilidad de concurrencia de sociedades, ambas tienen una regulación diferente y puede darse, bien sea una liquidación conjunta, o una liquidación separada (Lafont Pianetta, 2009).

A la luz de este punto, la Corte Suprema de Justicia, en la ya reseñada Sentencia STC 7194-2018, al conocer en sede de tutela de un pronunciamiento de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga en el cual se declaró no próspera la excepción de

10 A propósito de la caducidad, señala el profesor Velásquez (2010) que esta “puede definirse como la extinción de un derecho por su no ejercicio en el plazo fatal que contempla la ley. Aunque la prescripción también extingue un derecho por su no ejercicio oportuno, en la caducidad su extinción es inevitable y automática. Aquella hay que alegarla, ésta no; el Juez debe reconocerla de oficio e, incluso, rechazar *in limine* la demanda cuando de ella o sus anexos aparece que el término está vencido [...]. Nada tiene que ver la voluntad de las partes porque no se puede renunciar, parece tener la misma fatalidad de la muerte” (págs. 1346-1347).

prescripción que contempla el artículo 8° de la Ley 54 de 1990, contada a partir del matrimonio entre los compañeros permanentes, y en la cual el órgano tutelado razonó de forma similar a lo expuesto por Lafont Pianetta, plantea:

Pese a que la defensa en cuestión no prosperó, se precisa en esta oportunidad que la prescripción tampoco podía correr desde cuando los compañeros permanentes, ya como cónyuges, se separaron física y definitivamente, tal cual fue concluido por el Tribunal, porque se trata de una hipótesis igualmente ayuna de regulación positiva. En ese evento, las reglas de la prescripción aplicables no pueden ser las señaladas para la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, sino las referidas a la sociedad conyugal, sean específicas o genéricas, según sea el caso. (Sentencia STC 7194-2018 del 05 de junio de 2018).

En suma, en lo que a la prescripción se refiere, debe decirse que si bien existen discusiones sobre si se trata de una verdadera prescripción, o si se está frente a la figura de la caducidad, debe optarse por una interpretación que lleve a concluir que se está en presencia de lo que la norma ha establecido: prescripción. En principio, porque de entenderse que es una caducidad, se estaría de cara a una sanción demasiado gravosa que pone en la guillotina, en un tiempo muy corto, la posibilidad de reivindicar derechos de contenido patrimonial. Así como lo ha reseñado el sector de la doctrina citado, el hecho de que se entienda prescripción y no caducidad deviene en un trato más beneficioso para quien persigue la reivindicación de sus derechos patrimoniales.

Al ser los derechos patrimoniales derivados de la unión marital de hecho de orden privado, lo que los hace, en cierta medida, disponibles (por ejemplo, susceptibles de renuncia), no resulta adecuado que ante la interpretación de estar delante de una caducidad, el juez pueda cercenar de tajo la posibilidad de reclamo declarándola de oficio e, incluso, impedir que se le dé trámite a la causa rechazando la demanda por la presencia de la caducidad. El transcurso del tiempo, como modo de extinción de estos derechos de corte patrimonial derivados de relaciones de familia, debe estar presente en la contradicción como medio exceptivo.

Ahora bien, aunque la jurisprudencia constitucional advierta que al tratarse de una prescripción esta se suspende en favor de ciertos sujetos enlistados en el artículo 2530 del Código Civil, bien expuso la doctrina que al tratarse una prescripción de tiempo corto, esta no se suspende en favor de aquellos. No obstante, en el sentir de Parra Benítez (2017), las disposiciones sobre

la prescripción del artículo 8° de la Ley 54 de 1990 deben interpretarse a la luz del principio de favorabilidad para lo cual ejemplifica una situación en la que debe darse un trato más benéfico. Es cuando uno de los compañeros permanentes fallece y sus herederos son incapaces. Debe entenderse que la prescripción, aunque de corto plazo, no debe correr en su contra.

Asumida la postura de que lo dispuesto en la Ley 54 de 1990 es una verdadera prescripción, y que esta es de corto plazo (con la salvedad hecha anteriormente), hay lugar a presentar la discusión sobre la interrupción natural¹¹ de la misma. Como sostiene Hinestrosa (2006b), con la modificación que la Ley 721 de 2002 hizo al artículo 2544 del Código Civil, no queda duda de que las prescripciones de corto plazo son susceptibles de interrupción natural (ampliando el criterio establecido por el artículo originario), la cual podría presentarse por el requerimiento o por el acto unilateral dispositivo de reconocimiento de uno de los compañeros de la existencia de sociedad que, incluso, este último acto puede insertarse en un testamento.

Bajo la anterior tesitura, no resulta descabellado pensar en la interrupción de la prescripción para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial, en los eventos en que uno de los compañeros requiera o reconozca, expresa o tácitamente, la existencia de la misma, situación que aun podría cobijar a un compañero supérstite en caso de que se reconozca tal situación jurídica mediante el testamento de su compañero, lo que devendría eventualmente en el nuevo cómputo del tiempo de prescripción, en los términos del artículo 2544 del Código Civil.

2.6. Vigencia de la Ley 54 de 1990

Un aspecto que suscitó importantes debates concernientes a la regulación de las familias no matrimoniales, fue el de la vigencia de la Ley 54 de 1990, pues en un principio se aplicó una vigencia hacia el futuro; en esta la protección derivada de tal cuerpo normativo, únicamente cobijaba a las

11 El artículo 2539 del Código Civil diferencia la interrupción de la prescripción entre la natural y la civil, siendo la primera la que se interrumpe por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente; la segunda, la que se interrumpe con la presentación de la demanda. De igual forma, el artículo 94 del Código General del Proceso en su último inciso, frente a la interrupción de la prescripción, dispone que este fenómeno también ocurre “por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez”, lo que podría llevarnos a pensar que la codificación procesal civil trajo consigo otra forma civil de interrupción de la prescripción, diferente a la demanda.

parejas que formaban unión marital de hecho entrada en vigor dicha ley. De tal suerte, la Corte Suprema de Justicia estableció que la Ley 54 de 1990 “no puede aplicarse a las relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a su vigencia, por cuanto allí prima la voluntad y la autonomía de las partes que libremente adecuaron su conducta al régimen jurídico para entonces vigente” (Sentencia 5883 del 20 de abril de 2001), aunque, para 2005, esta posición de la jurisprudencia civil viró hacia un entendimiento retrospectivo de la vigencia de esta norma, para determinar que

la Ley 54 de 1990 sí aplica a las uniones maritales que, surgidas con anterioridad a su promulgación, continuaron desarrollándose sin solución de continuidad durante su vigencia –no así para las que en ese momento ya habían fenecido–, por manera que para los efectos de la conformación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, debe tenerse en cuenta la totalidad del tiempo que ellos convivieron, incluido, por supuesto, el anterior al 31 de diciembre de 1990 [...]. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 28 de octubre de 2005).

En consecuencia, las disposiciones que regulan las familias no matrimoniales a través de la Ley 54 de 1990 y sus correspondientes modificaciones, cobijan tanto a las parejas constituidas desde 1990 a la entrada en vigencia de este cuerpo normativo, como a las parejas que entrada en vigor esta ley ya convivían y su relación subsistió tiempo después de este evento.

2.7. Calificación jurídica de la unión marital de hecho

Una situación jurídica puede definirse como la

situación de hecho capaz de poner en movimiento una norma jurídica, puede provenir de un fenómeno físico o material, en cuyo acaecimiento no interviene la voluntad, como el nacimiento o la muerte de una persona, su advenimiento a cierta edad o la formación de terrenos aluviales o de islas, [...] una situación jurídica también puede provenir de un acto voluntario, lícito o ilícito, v. gr., de la celebración de un contrato, de la ocupación de una cosa mueble sin dueño, de la comisión de un delito, [...]. Pero, fuera de los hechos puramente físicos y de los actos voluntarios, no puede concebirse otro factor distinto en la formación de las situaciones jurídicas que condicionan el funcionamiento de las normas jurídicas. (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2009, pág. 4).

Ahora, dentro de las diversas situaciones jurídicas que ponen en marcha las consecuencias jurídicas que plantean las disposiciones normativas, la doctrina suele hacer diversas clasificaciones entre la naturaleza jurídica de aquellas, de acuerdo con las características de las situaciones de las que dimanar. En esta dirección, Betti (1959), bajo el concepto general de hecho jurídico —definido como aquel al cual el derecho atribuye trascendencia jurídica para cambiar situaciones preexistentes y crear situaciones nuevas a las que se les califica jurídicamente— despliega una serie de clasificaciones sobre este concepto; dentro de estas merece destacarse la concebida entre hechos jurídicos en sentido estricto, y actos jurídicos en sentido estricto; adicionalmente, la calificación que realiza de los negocios jurídicos.

Para Betti (1959) son hechos jurídicos en sentido estricto los que si bien tienen importancia para el derecho, no tienen relevancia si el hecho humano contribuyó o no a su ocurrencia; por otro lado, el italiano sostiene que los actos jurídicos en sentido estricto se caracterizan por la voluntariedad presente en estos; es decir, además del hecho — importa que este sea voluntario— es necesario que se quiera ejecutar el comportamiento como tal, pero no importa la finalidad jurídica para la cual se ejecuta; finalmente, bajo la categoría de negocio jurídico enmarca las situaciones en las que al derecho le importa, no solamente el hecho y la voluntariedad, sino también la finalidad.

Dentro de estas distinciones, sostienen Ospina Fernández y Ospina Acosta (2009) —en un sentido similar al expuesto por Betti— que las clasificaciones sobre las situaciones jurídicas más apropiadas y claras son las que denominan como negocio jurídico al acto que se dirige directamente a la producción de efectos jurídicos; acto jurídico al acto voluntario del cual derivan efectos jurídicos, indistintamente de la finalidad del agente; y hecho jurídico al de la mera naturaleza física.

Para Montoya Osorio y Montoya Pérez (2010), un acto jurídico es la manifestación de voluntad encaminada a obtener consecuencias jurídicas permitidas por el legislador que crea, modifica o extingue una relación jurídica de carácter no patrimonial, en la que todos los efectos son señalados por la ley de manera imperativa; por otro lado, el negocio jurídico es entendido como la manifestación de voluntad que busca obtener consecuencias jurídicas de carácter patrimonial o económico en el que la ley permite que sus efectos sean regulados por los sujetos, aplicándose la norma solo en ausencia de tal regulación.

Empero, apuntan los Ospina (2009) que pese a lo expuesto,

desde el punto de vista de nuestro derecho civil, es indispensable acoger la clasificación tradicional francesa, que reduce los elementos que intervienen en la formación de las situaciones jurídicas a solo dos especies: el acto jurídico, que comprende toda manifestación de voluntad directamente encaminada a la producción de efectos jurídicos, y el hecho jurídico, que cobija tanto los hechos puramente físicos o materiales jurídicamente relevantes, como también los actos voluntarios cuyos efectos, que la ley les atribuye, se producen independientemente del querer del agente, como si fueran simples hechos físicos. El Código Civil colombiano, lo mismo que el francés, emplea la expresión acto y no negocio, exclusivamente en el sentido que esta clasificación bipartita le atribuye. (pág. 5).

Lo anterior es reforzado por Parra Benítez (2010) al indicar que, si bien un sector de la doctrina trata de diferenciar acto y negocio jurídico, esta distinción no es aceptada de manera uniforme. Existe una corriente de influencia francesa, seguida en el contexto colombiano, que ve en el acto y en el negocio jurídico un mismo fenómeno nombrado de manera diferente. Se atribuye la nominación de negocio jurídico al derecho alemán y al italiano. Recalca que, incluso, dentro de la corriente diferenciadora, no se puede hallar un consenso en el entendimiento conceptual sobre la calificación de las situaciones jurídicas.

Ahora bien, cuando las situaciones jurídicas son de orden familiar, suelen calificarse a partir de dicha característica; en otras palabras, cuando actos y negocios jurídicos se realizan en torno a la familia, reciben el calificativo de actos y negocios jurídicos familiares, que se diferencian de las demás situaciones jurídicas según las condiciones especiales establecidas por el legislador para cada caso concreto (Montoya Osorio y Montoya Pérez, 2013). Por ejemplo, a partir de lo expuesto por Lafont Pianetta (1992), puede deducirse que un hecho jurídico familiar es aquella situación fáctica que no se manifiesta en cualquier hecho, sino que es un hecho de carácter familiar. Por otro lado, se define acto jurídico familiar como

el acto jurídico voluntario lícito que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas familiares o crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos subjetivos familiares, en tanto la obtención de ese fin por la voluntad de los particulares esté admitida por la ley. (Belluscio, 2006, pág. 102; citado por Parra Benítez, 2017, pág. 76).

Cañón Ramírez (1995) define lo que considera como acto jurídico de familia, el que tiene como finalidad la creación, transmisión, extinción o modificación de derechos subjetivos familiares. En la definición de este autor no existe distinción entre acto jurídico familiar y negocio jurídico familiar. En cambio, otros autores aluden al negocio familiar como el “acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar” (Díez-Picazo, 1980, pág. 41; citado por Parra Benítez, 2017, pág. 76).

Expresa Parra Benítez (2017) que las distintas ideas enunciadas sobre el acto jurídico familiar pueden variar con cada ordenamiento; además, se puede elaborar una teoría sobre las diferencias entre actos y negocios jurídicos familiares determinada por su naturaleza, contenido, requisitos y sanciones aplicables a dichas situaciones.

Como se puede observar, no existe univocidad en las diferencias que la doctrina ha tratado de hacer sobre la naturaleza de las situaciones jurídicas y las situaciones jurídicas familiares que ponen en marcha las disposiciones normativas; esto, debido a que existen imbricaciones conceptuales respecto a las calificaciones que se tratan de hacer frente a estas, atendiendo a sus características y teniendo como principal referente la voluntariedad del actuar o la calidad del agente que actúa. Así, lo que para unos es un acto jurídico, para otros es un negocio jurídico; por otro lado figura un sector doctrinal que omite la clasificación de negocio jurídico. Por lo anterior, existe una dificultad sobre la pretensión de obtener una de teoría general que trate de ubicar las situaciones jurídicas bajo un rótulo respecto de su naturaleza jurídica, dificultad que no escapa a la convivencia que genera la unión marital de hecho.

Debe aclararse que no es una pretensión de este escrito el hallar la naturaleza jurídica de la figura que se está estudiando. No obstante, sí se considera importante referenciar lo sostenido por algunos sectores de la doctrina frente a esta discusión, pues es este el punto de apoyo de algunos autores para sostener su idea acerca de la capacidad requerida para conformar una unión marital de hecho, uno de los temas nodales de este estudio.

A este respecto, Bolaños (2011) apunta que cuando se alude a la naturaleza jurídica de la unión marital de hecho, es indicativo de que tal figura se encuentra ordenada bajo reglas de contenido jurídico. Esta naturaleza jurídica ha sido objeto de debate. Existe quienes sostienen que es una sociedad en la cual las partes se unen para la consecución de ciertos fines; pese a ello, la unión marital de hecho no se consolida con la finalidad de disolverse una vez se cumplan las finalidades para las cuales se constituyó; igualmente, como apunta Sánchez Mercado (1995), la noción jurídica de sociedad se creó para temas políticos mercantiles o patrimoniales.

Otro sector de la doctrina asume la unión marital como una institución de naturaleza jurídica. En este marco, plantea Bolaños (2011) que dicha institución es una “organización provista de un sistema jurídico para que los miembros de la unión marital cumplan en forma espontánea u obligada la voluntad del legislador” (pág. 118). Que sea una institución implica “un sistema de vinculaciones preestablecidas en la cual los compañeros se limitan a asumirlas sin posibilidad de alterar sus rasgos básicos” (Sánchez Mercado, 1995, pág. 46); no obstante, expone Sánchez Mercado (1995) que al darle este entendimiento se pierde la visión de pacto y se consolida la idea de que el matrimonio y la unión marital de hecho son únicamente lo que está establecido en las leyes.

Otra postura que ha hecho carrera en la doctrina es la que entiende la unión marital de hecho como un negocio jurídico. Quiroz Monsalvo (2007), entonces, le da esta calificación partiendo de la distinción doctrinaria ya reseñada entre acto y negocio jurídico, argumentando a su vez que la naturaleza de negocio de la unión marital radica en que la conformación de esta familia no matrimonial está basada en la voluntad responsable de conformar familia y que la ausencia de formalidades no le resta su naturaleza de negocio jurídico.

En el sentir de Vallejo, Echeverry y Palacio (2001), el entendimiento de la naturaleza jurídica de la unión marital de hecho como un pacto o negocio jurídico neutraliza los riesgos señalados del entendimiento como sociedad o como institución. Así, Bolaños (2011) expresa que la unión marital de hecho lleva como consecuencia la constitución de un contrato de naturaleza consensual y bilateral, el cual se perfecciona con el mero consentimiento del cual surgen obligaciones recíprocas; sostiene que el matrimonio de hecho, como denomina a la unión marital, debe su existencia a un contrato, así como el ‘matrimonio de derecho’.

Como se observa, Bolaños (2011) además de expresar que la unión marital de hecho es un contrato consensual (págs. 75-76), también plantea que aquella es una institución de naturaleza jurídica (págs.117-118). Podría colegirse pues, que el autor, aunque no lo manifiesta expresamente, parece inclinarse por una postura, tal vez mixta, quizás ecléctica, sobre la calificación jurídica de este fenómeno, como una suerte de contrato institución.

Montoya Pérez (2016) sostiene que en la unión marital del hecho confluyen un acto y un hecho jurídico, siendo el hecho jurídico la convivencia permanente y singular; por su parte, el acto jurídico está encaminado a la manifestación de voluntad que no busca concretamente la producción de efectos jurídicos de carácter patrimonial.¹²

Por otro lado, Lafont Pianetta (1992) entiende que la unión marital de hecho tiene una naturaleza marcadamente fáctica, lo que hace que sea considerada como “un hecho jurídico familiar especial, es decir, un hecho voluntario de constitución familiar reconocido por el derecho, razón por la cual se le califica ‘de hecho’ ” (pág. 95). García Restrepo y Roca Betancur (1994) también califican esta figura como un hecho jurídico, al sostener que sin tener en cuenta como ocurrió la toma de la decisión,

Es innegable que estamos frente a un hecho: el hecho de la convivencia, el cual no resulta intrascendente para el derecho y prueba de ello es que se ha reconocido legalmente y se le han señalado unos efectos jurídicos; por lo tanto, debemos tratarlo como un hecho jurídico, entendiendo por este todo acontecimiento capaz de producir efectos jurídicos.¹³ (págs. 252-253).

Ante lo farragoso que resulta el terreno de las distinciones conceptuales sobre la calificación jurídica que se le da a las situaciones que tienen la cualidad de activar los efectos jurídicos contenidos en las disposiciones normativas, resulta una tarea difícil la de etiquetar la unión marital de

12 Montoya Pérez, en su texto con Montoya Osorio (2010), indica que el acto jurídico crea una relación que no busca efectos patrimoniales y en materia matrimonial expresan que se trata de un acto jurídico, puesto que la producción de efectos que se busca son los conyugales o paterno filiales, pues, sostienen, el matrimonio no puede cuantificarse en términos monetarios.

13 Expresan los autores que dicha posición la asumen teniendo en cuenta la legislación vigente [el texto salió a la luz en 1994], no porque consideran esta una calificación definitiva (García Restrepo y Roca Betancur, 1994).

hecho bajo alguna calificación jurídica. En este orden, existen diferentes concepciones sobre el particular, y a partir del entendimiento que algunos autores tienen sobre la discusión, sostienen que tales o cuales son los requisitos o presupuestos para que se desplieguen de los efectos jurídicos de la unión marital de hecho.

Pese a no ser una pretensión del escrito desentrañar la naturaleza jurídica de la unión marital de hecho, sí deben glosarse algunos elementos para abordar esta discusión, sobre todo por las consecuencias que puedan tener algunos de estos entendimientos sobre la conformación de las familias no matrimoniales. Por ende, si bien la unión marital de hecho es una figura absorbida por la fuerza del derecho, no debe olvidarse su marcado carácter fáctico alejado de las formas establecidas para las familias matrimoniales.

* * *

Como se ha mostrado, tras un largo tiempo de mutismo legislativo frente a la práctica denominada concubinato, amainado por los incipientes esfuerzos de los jueces por reconocer ciertos derechos a quienes se unían como pareja sin contrato matrimonial, en 1990 el legislador colombiano, bajo el término unión marital de hecho, reconoció la conformación de familia a través de vínculos no matrimoniales. Allí se exigen ciertos requisitos a los convivientes para acceder a la calidad de compañeros permanentes, régimen de protección que fue ampliado a las parejas homosexuales.

Como se reseñó, la regulación de la unión marital de hecho dista de la regulación del matrimonio, dado que ambas son de naturaleza jurídica diferente y su régimen de protección no es el mismo. No debe desconocerse la preeminencia fáctica que tiene la unión marital de hecho alejada de la regulación institucional, lo que debe derivar en mayor flexibilidad para su conformación y disolución. Lo anterior, en razón a que las reglas restrictivas para la conformación y terminación de la familia a través del vínculo de pareja están dadas para la institución jurídica matrimonial. Si bien las formas familiares no matrimoniales han sido reconocidas y reguladas por el poder, el derecho fundamental de conformar familia por fuera de las estructuras matrimoniales, no debe verse profundamente limitado por la regulación que el Estado ha hecho de estas formas libres de creación familiar.

Ahora bien, frente a la protección patrimonial de dichas estructuras familiares, sigue presentándose un trato desigual entre las formas matrimoniales y las no matrimoniales de conformar familia, pues en el falaz entendimiento de que las formas contractuales de creación de familia son más estables que las no matrimoniales, se hacen distinciones temporales entre la formación de la sociedad conyugal (que nace *ipso facto* con el matrimonio) y de la sociedad patrimonial (que debe esperar dos años para que se presuma conformada). ¿Qué diferencia existe, pues, entre un matrimonio que dura menos de dos años y una unión marital de hecho que dura menos de dos años?; al parecer, la diferencia radica en la existencia de un contrato ante una autoridad.

Esta diferencia atenta contra el derecho fundamental a conformar una familia por fuera de la institución matrimonial; pese a que el legislador instituyó un régimen jurídico para el desarrollo de tal derecho, y este es diferente al régimen matrimonial, el establecimiento de esta discriminación en el ámbito patrimonial cercena el derecho fundamental a no casarse, y podría afirmarse que se está instituyendo una coacción indirecta para acceder a un régimen patrimonial con mayores garantías como es el del matrimonio. El Estado sigue tratando las formas no matrimoniales de conformación de familia como formas de categoría inferior.

La capacidad jurídica

Conviene introducir este capítulo con la distinción conceptual aportada por Kelsen (2011) entre ser humano y persona: “El ser humano no pertenece en su totalidad fenoménica a la comunidad constituida por el ordenamiento jurídico” (pág. 76); en cambio, el concepto de persona o sujeto jurídico es expresión de una pluralidad de derechos y de deberes. Este último es un concepto artificial creado por el conocimiento jurídico, mientras el primero es un concepto biopsicológico (Kelsen, 2011). La persona, como categoría jurídica, resulta cardinal para el derecho, ya que sin esta no tendrían sentido las disposiciones normativas, puesto que su propósito es la regulación de las actuaciones que, por regla general, solo pueden ser realizadas por las personas.

Dentro de este concepto artificial de persona o sujeto jurídico, la doctrina suele hacer una distinción entre personas naturales (también llamadas físicas) y personas jurídicas (o artificiales). Las primeras, como se mencionó, no comprenden al ser humano en su plenitud, sino solo en cuanto es sujeto de derechos y obligaciones. Las segundas, son comprendidas como entidades inmatrimoniales que poseen vida jurídica, que además pueden clasificarse en personas jurídicas de derecho público o de derecho privado (Josserand, 1952a). En concreto, la diferencia entre una y otra radica en que “las personas naturales son aquellas cuya existencia no depende de ningún acto o causa jurídica, mientras que las personas artificiales son creadas, inventadas o convenidas por actos jurídicos cuyos efectos representan” (Ferrajoli, 2013, pág. 330). Las personas jurídicas son una creación del ordenamiento jurídico, que solo por el reconocimiento

de este se les otorga la posibilidad de participar con sus actos en la vida jurídica (Von Tuhr, 1999).

Este capítulo se ocupará de lo concerniente a la capacidad de las llamadas personas naturales, pues estas son las únicas que pueden verse inmersas en una situación jurídica de orden familiar, que despliegue las consecuencias normativas que contienen las disposiciones jurídicas en lo relativo a la conformación de familia, particularmente, a través de la unión marital de hecho.

La capacidad ha sido un concepto jurídico, objeto de variadas clasificaciones por parte de la doctrina; adicionalmente, se ha tratado de diferenciar de conceptos como la personalidad. Algunos autores afirman que la personalidad es un concepto unitario y estático que se refiere a la idoneidad genérica de ser titular de derechos y deberes. En cambio, la capacidad, si bien es una aptitud del sujeto, se concreta en la posibilidad real de adquisición de derechos y de contraer obligaciones, la cual puede fraccionarse en capacidad de goce y capacidad de ejercicio; por lo tanto, la capacidad es un concepto dinámico, según lo refiere Parra Benítez (2010). Frente a estas distinciones,

en el ámbito jurídico, es común diferenciar entre personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar. La primera sirve para hacer referencia a todas las personas; la segunda es entendida como consecuencia de la personalidad y se traduce en el reconocimiento de la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones; la tercera, la capacidad de obrar, se relaciona con el ejercicio de los derechos y las obligaciones. Así, mientras que en teoría, las dos primeras se tienen por el hecho de ser persona, la tercera requiere de algunos otros rasgos o, si se prefiere, puede ser limitada por determinadas circunstancias. (De Asís Roig, 2009, pág. 3).

En sentido contrario, existe un sector de la doctrina que comprende en la personalidad un concepto inescindible de la capacidad, afirmando que “desde el punto de vista de la capacidad de goce [...], todo sujeto por el sólo hecho de serlo, tiene la posibilidad jurídica de ser titular de derechos y de contraer obligaciones porque tal capacidad es la personalidad misma” (Montoya Osorio y Montoya Pérez, 2010, pág. 276).

En consecuencia, se puede afirmar que la capacidad de la persona natural se divide en: la capacidad de goce o natural, y la capacidad de ejercicio o capacidad para obrar. A su vez, Ferrajoli (2013) define la capacidad de

goce, que él denomina jurídica, como “la idoneidad para ser titular de situaciones”¹ y la capacidad para obrar como “la aptitud para realizar actos”² (pág. 338).

Ahora, alejándose de la discusión de si la capacidad de goce hace parte de los llamados atributos de la personalidad, o es la personalidad misma, la doctrina suele afirmar que la capacidad hace parte de los requisitos de validez de los actos o negocios jurídicos. En este sentido, el término capacidad para obrar

denota el poder que se le reconoce a la mayoría, ya que no a todos los sujetos de derecho, para *actuar directamente, por sí mismos*, en el comercio, vale decir, *para realizar actos jurídicos*. Tomada esta acepción, la capacidad ya no es un atributo de la personalidad y su establecimiento legal indica que hay sujetos de derecho que carecen de ella. Con otras palabras: toda persona tiene capacidad para adquirir derechos y obligaciones, pero algunas no la tienen para intervenir por sí mismas en el comercio jurídico. Por consiguiente, el campo propio de esta nueva figura ya no es el de los atributos de la personalidad, sino el de la validez de los actos jurídicos. (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2009, pág. 21).

De tal suerte, la capacidad de ejercicio o capacidad para obrar es la que se define, en términos generales, como la “aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación”; en otros términos, “es la aptitud de la persona para adquirir y para ejercer derechos por sí misma” (Bonnecase, 1997, pág. 165).

Como se indicó, de la capacidad de ejercicio no gozan todas las personas, ya que el legislador puede limitar la misma atendiendo a criterios como la edad, condición mental, prodigalidad, etcétera, siempre con miras a la protección de individuos a quienes se restringe su capacidad (Bonnecase, 1997). Sin embargo, como expresan los hermanos Mazeaud (1959b), toda persona es, en principio, plenamente capaz, lo que quiere decir que “la capacidad es la regla; la incapacidad la excepción” (pág. 192), lo que impone una interpretación estricta de las disposiciones relativas a las

1 Ferrajoli (2013) define situación como toda modalidad o expectativa de acto jurídico.

2 Ferrajoli (2013) define acto (jurídico) como cualquier comportamiento que produzca efectos jurídicos.

incapacidades. En la legislación colombiana, en el artículo 1503 del Código Civil, se presume legalmente capaz a todas las personas, exceptuando las que la ley declare como incapaces.

3.1. La incapacidad: razones para la limitación de la capacidad

Como se mencionó, por lo menos en el contexto normativo colombiano, la capacidad de obrar es presumida en todas las personas; no obstante, el legislador puede optar por limitar dicha capacidad de acuerdo con determinados criterios. Suárez Franco (2014) apunta que la capacidad de goce no suele ser limitada; pero, como atinadamente señalan los hermanos Mazeaud (1959),

la Antigüedad sometía a un gran número de individuos a una incapacidad de goce general. El esclavo no tenía derecho alguno, ningún patrimonio, no podía ser acreedor ni deudor; no era sino un instrumento de adquisición para su amo, una cosa. Durante muchísimo tiempo, el hijo de familia y el extranjero estuvieron sujetos asimismo a una incapacidad general de goce. (pág. 193).

Ahora, la capacidad de ejercicio sí suele ser limitada; en este sentido, se define la incapacidad como “la falta de aptitud legal de una persona para obligarse por sí misma sin el ministerio o la autorización de otra”; en conclusión, el calificado como incapaz, lo es solo para obrar, pues de este se sigue predicando capacidad de goce (Suárez Franco, 2014, págs. 214-215). Sostiene Valencia Zea (1987) que la capacidad de obrar está supeditada a la voluntad reflexiva de la persona; no ocurre así con la capacidad natural.

Las limitaciones a la capacidad de obrar establecidas por el legislador están encaminadas a la salvaguardia de determinados sujetos que, se considera, deben gozar de una protección especial en su actuar en el mundo jurídico. Se propone una división para el estudio de las incapacidades en dos grandes grupos: a) Las incapacidades en razón del estado mental, acompañado de un análisis del nuevo paradigma frente al tratamiento jurídico de las personas en condición de discapacidad mental; b) Las incapacidades en razón de la edad. Cabe mencionar que ambos grupos revisten importancia para el posterior estudio de las problemáticas de la capacidad en la unión marital de hecho.

3.1.1. Limitaciones a la capacidad en razón del estado mental: un nuevo paradigma

Históricamente, uno de los criterios asumidos por el legislador para la limitación de la capacidad es el que obedece al estado mental de las personas. Para Jossierand (1952a), la alteración de las facultades mentales es una de las causas más importantes para limitar la capacidad de ejercicio, puesto que, entiende, estar privado en todo o en parte de la razón, imposibilita el participar conscientemente en la vida jurídica, ya que se requiere lucidez para alcanzar a comprender el alcance y significado de las actuaciones.

La limitación a la capacidad de las personas con discapacidad mental ha obedecido a “todas las afecciones psicopatológicas, aunque sean transitorias, que coloquen a la persona que la padece en imposibilidad de emitir una manifestación normal y seria de su voluntad” (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2009, pág. 89). La patología mental comprende una amplia gama de situaciones que afectan la capacidad cognitiva que alcanzan desde las más graves e irremediables, hasta las leves que pueden ser paliativas mediante técnicas y terapias (Escudero, 2016). Así, dentro de las afecciones a las capacidades mentales suelen distinguirse unas que son de gran impacto y otras de menor impacto.

Las primeras son las afecciones patológicas graves y severas que alteran el aprendizaje, el comportamiento o implican deterioro mental, calificadas de conformidad con los parámetros de la ciencia. Por otro lado, se encuentran las que siendo afecciones mentales, no son tan considerables como las primeras; por ejemplo, las del disipador (Parra Benítez, 2016), quien es definido como el “individuo dilapidador, esto es, el que gasta habitualmente y en forma desproporcionada su capital sin causa justificada” (Parra Benítez, 2010, pág. 258). Sin embargo, León Robayo (2009; citado por Parra Benítez, 2016) sostiene que el disipador no es un enfermo mental, sino alguien con una alteración de la conducta que actúa de forma consciente y voluntaria, pero que lesiona su patrimonio.

El tratamiento de las personas en condición de discapacidad mental ha oscilado entre varios modelos que tratan de dar respuesta al papel que estos cumplen en la sociedad y la forma en que se afrontan sus actuaciones en el mundo jurídico. Palacios (2008) esboza tres modelos de tratamiento que se han presentado en el devenir histórico: el modelo de prescindencia,

el modelo de rehabilitación y el modelo social. El primero, se basa en una explicación religiosa o mística de la discapacidad y en la concepción de que las personas en esta condición no tienen nada que aportar a la sociedad. A su vez, el modelo de prescindencia se bifurca en dos submodelos: el eugenésico y el de marginación.

Por otro lado, en el modelo rehabilitador, la justificación de la discapacidad pasa a ser de corte científico y entiende que las personas en esta condición pueden tener algo que aportar a la sociedad, “ello en la medida que [sic] sean rehabilitados o normalizados” (Palacios, 2008, pág. 66). Por último, existe un modelo social en el cual se entiende que la discapacidad tiene origen en la sociedad, pues esta es la que impone las verdaderas limitaciones. En este modelo,

Se considera que las personas con discapacidad tienen mucho que aportar a la sociedad, o que, al menos, la contribución será en la misma medida que el resto de personas —sin discapacidad—. De este modo, partiendo de la premisa de que toda vida humana es igualmente digna, desde el modelo social se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia. (Palacios, 2008, pág. 104).

Debe tenerse en cuenta que a partir de lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución Política colombiana, que propugna por una política estatal de previsión, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; la directriz de interpretación en lo referente al tratamiento jurídico de la población con discapacidad mental, debe ser la protección de sus derechos fundamentales, ya que se considera que estos requieren una protección adicional y diferencial del Estado.

De igual forma, con la adopción en 2006 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que tiene como propósito “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (artículo 1°), se está frente a un nuevo modelo en el entendimiento del goce de los derechos de las personas en situación de discapacidad. En esta Convención, en el sentir de Palacios (2008), se plasma el modelo social de entendimiento y tratamiento de la discapacidad.

En dicho instrumento, aprobado por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009, se establecen lineamientos en pro de reconocer plena capacidad a las personas con discapacidad, proporcionando a esta población el apoyo necesario para el ejercicio de este derecho. Aparecen en el lenguaje jurídico convencional, conceptos como ‘ajustes razonables’ o ‘salvaguardias’, que implican un viraje en el tratamiento de las situaciones jurídicas a las que se enfrentan estas personas. La limitación a la capacidad ya no es el camino a seguir para la protección de sus derechos; la libertad en el ejercicio de su capacidad se presenta como el nuevo paradigma.

Con la intención de ponerse a tono con las exigencias convencionales, se radicó en el Congreso de la República el Proyecto de Ley 027 de 2017, con origen en la Cámara de Representantes (que a la postre sería la Ley 1996 de 2019), el cual se trazó como objetivo establecer un régimen para el ejercicio de la capacidad de las personas mayores de edad en condición de discapacidad. En la exposición de motivos del proyecto, se resalta la obligación internacional adquirida por Colombia de cara al cumplimiento de los lineamientos establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; en igual sentido, se plantea el enfoque del modelo social de tratamiento de la discapacidad como una necesidad y una deuda con las personas en situación de discapacidad (Congreso de la República, *Gaceta* 613 de 2017).

3.1.2. Limitaciones a la capacidad en razón de la edad

El otro grupo de limitaciones a la capacidad obedece al factor edad. La doctrina alemana, en cabeza de Von Tuhr (1999), apunta que las calidades de la persona, fundamento de su capacidad de obrar, no surgen con el nacimiento sino que se desarrollan de forma progresiva. Desde el derecho romano³ la edad se ha utilizado para determinar la aptitud de las personas respecto a su titularidad frente a derechos y obligaciones, lo que implica la autorización para realizar actos jurídicos válidos, pues esta resulta de vital importancia para el desarrollo humano, a partir de la aparición de cambios en los individuos (Montejo Rivero, 2015). Han sido dos los sistemas para determinar la capacidad de la actuación del menor de edad: un sistema de carácter subjetivo y otro de carácter objetivo.

3 En este sentido, se encuentran en el derecho romano calificaciones de acuerdo a la edad como la *infantia*, la *impubertas* y la *minor aetas* (Von Tuhr, 1999).

El primero de los sistemas “aprecia el desarrollo individual de forma casuística, y en consecuencia, mide el grado de capacidad o incapacidad de la persona”; por su parte, el segundo “fija determinada edad con carácter general para señalar que las personas han alcanzado suficiente madurez, una vez llegadas a la mayoría de edad” (Montejo Rivero, 2015, págs. 95-96).

El sistema objetivo de capacidad en razón de la edad es acogido por casi todas las codificaciones civiles⁴. En este sentido, expresa Josserand (1952a) que en “todos los países existe una edad de mayoría civil, es decir, una edad a partir de la cual y no antes, tienen las personas pleno ejercicio de sus derechos civiles” (pág. 267) y existe una tendencia a que las legislaciones modernas establezcan dicha capacidad plena a la edad de 18 años (Valencia Zea, 1987).

La adopción de un sistema objetivo de reconocimiento de la capacidad en razón de la edad, no obsta para la incorporación de rangos de edades anteriores al reconocimiento total de la capacidad para la actuación de los menores de edad en el mundo jurídico. En consecuencia, Josserand (1952a) divide las incapacidades de los menores de edad en dos grupos: la incapacidad del menor carente de discernimiento, y la incapacidad del menor llegado a edad de discernimiento pero no emancipado. La primera de ellas se refiere al periodo de la infancia, en la que el niño no puede manifestar voluntad jurídica y sus actos carecen de valor jurídico; con todo, siguen contando con capacidad de goce para adquirir derechos a toda edad. En este periodo, los derechos del niño son ejercidos por sus padres o representantes legales. Por otro lado, la incapacidad del menor con discernimiento pero no emancipado, se refiere a aquel que ha superado la infancia, pero no ha alcanzado la edad que la ley establece para el pleno ejercicio de sus derechos; empero, se autoriza la realización de ciertos actos.

La adopción de los sistemas objetivos para la determinación de la capacidad plena, impide el diseño de una medición de la capacidad de

4 El ordenamiento jurídico colombiano acoge un sistema objetivo de capacidad en razón de la edad, sustentado, según los Ospina (2009), en que la ley no puede permitir la incertidumbre presentada en cada caso concreto, y así establece una edad para la pubertad, aunque en la realidad no coincida con dicha condición. Igual hace con la capacidad plena, al suponer que a la edad de dieciocho años se adquiere la habilidad adecuada y la experiencia suficiente para defenderse en el comercio jurídico.

obrar, atendiendo a los juicios subjetivos pertinentes que permitirían a los operadores jurídicos dilucidar soluciones en casos concretos en los que se vieran envueltos menores de edad, en contextos en los que se requiera analizar su capacidad de querer y entender, realizando dicha evaluación mediante el ejercicio del derecho a ser escuchado, teniendo en cuenta su madurez y grado de discernimiento, ejercicio que no se alcanza en las fases delimitadas por los criterios objetivos, sino que hace parte del proceso de evolución humana (Montejo Rivero, 2015).

Las distinciones realizadas entre los grados de incapacidad en relación con la edad a los cuales se somete a quienes no han alcanzado la mayoría de edad, tienen un reflejo directo en las categorías de incapacidad relativa y absoluta que se estudiarán posteriormente.

3.2. Incapacidad absoluta e incapacidad relativa en el ordenamiento jurídico colombiano

El Código Civil colombiano divide las limitaciones a la capacidad en dos: la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa. Esta distinción ha obedecido al grado de incapacidad que tengan las personas de acuerdo con los criterios anteriormente mencionados; por tanto, se encontraban incapaces absolutos y relativos, bien sea por la graduación que se haga de su edad, ya por razón de su nivel de afección mental. Ahora bien, con el nuevo paradigma frente al entendimiento del ejercicio pleno de la capacidad por parte de las personas en situación de discapacidad mental, la graduación de la incapacidad de ejercicio solo obedece a la edad.

La incapacidad absoluta puede definirse como aquella que sin limitar la capacidad de goce, proscribiera de manera general la realización de actos jurídicos, sin la audiencia o representación de otra persona, viciando correlativamente sus actos de nulidad absoluta; por su parte, la incapacidad relativa limita la realización de actos jurídicos específicos y el vicio correlativo de estos es la nulidad relativa. En su momento, la Ley 1306 de 2009 varió sustancialmente estos conceptos, Parra Benítez (2016), haciendo alusión a esta normativa, señaló de manera acertada que la incapacidad absoluta ya no era tan absoluta, dado que quien la padece puede realizar ciertos actos; y la incapacidad relativa se trata de una incapacidad restringida, dirigida solo a una parte del incapaz, pues en lo demás se le trata como capaz.

Las diferencias históricamente establecidas entre los grados de afección mental, como criterio para limitar la capacidad, tuvieron incidencia directa en la clasificación entre las categorías de incapacidad absoluta y relativa. Esta clasificación desaparece a partir del cambio de modelo introducido por la Ley 1996 del 26 de agosto del año 2019, “por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad”, iniciando el camino de un nuevo arquetipo jurídico en el entendimiento de la libertad en el ejercicio de la capacidad de las personas con algún tipo de discapacidad cognitiva o discapacidad mental.

Dispuesto así, debe tenerse como referente el artículo 1504 del Código Civil, el cual ha pasado por diversas modificaciones en cuanto a su contenido normativo; pero a grandes rasgos puede dividirse en dos momentos estructurales: antes y después de la Ley 1996 de 2019. Previa a la modificación introducida por la ley referenciada, este artículo disponía que

Son absolutamente incapaces los dementes⁵, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito⁶.

Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

5 La palabra ‘dementes’ contenida en la disposición citada fue reemplazada en su momento por el parágrafo del artículo 2° la Ley 1306 de 2009, y en su lugar se usa la voz ‘persona con discapacidad mental’.

6 El término ‘por escrito’, subrayado en el artículo en mención, fue declarado inexecutable mediante Sentencia C-983 de 2002, al considerar la Corte Constitucional que “la voluntad de una persona debe trascender de su fuero interno. Pero, la exteriorización de lo que se piensa, del consentimiento, del asentimiento respecto de algo, no sólo es posible hacerlo por medio del lenguaje oral, o de la escritura, sino a través de cualquier signo, seña o gesto que demuestre de manera clara, inequívoca e inteligible lo que se expresa. [Y] si tales personas pueden darse a entender a través de cualquier forma de lenguaje, de manera clara, precisa e inequívoca, sus actos tienen plena eficacia jurídica”.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

Por su parte, con la modificación introducida por el artículo 57 de la Ley 1996, el artículo 1504 del Código Civil dispone:

Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

En este nuevo contexto normativo, la legislación separó la discapacidad mental de la incapacidad jurídica; así las cosas, las graduaciones que de la capacidad de ejercicio establece el legislador colombiano permanecen únicamente las que atienden a la edad, pues desaparecen las atinentes a las condiciones mentales de las personas naturales, situación sobre la que se profundizará en líneas posteriores.

3.2.1. Personas en situación de discapacidad mental y la regulación de su capacidad de ejercicio: antes y después de la Ley 1996 de 2019

En vigencia del artículo 2° de la Ley 1306 de 2009, se definía el discapacitado mental como la persona natural que “padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio”. Así mismo, establecía tal disposición en su inciso segundo que “la incapacidad jurídica de las personas con discapacidad mental será correlativa a su afectación, sin perjuicio de la seguridad comercial y el derecho de los terceros que obren de buena fe”.

En desarrollo de la correlatividad entre el nivel de afección mental y la incapacidad estatuida por el legislador de la Ley 1306, se definía en el artículo 17 la discapacidad mental absoluta como “una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de

deterioro mental” y disponía el artículo 15 que a quienes la padezcan, se les califica como incapaces absolutos. Por consiguiente, los actos que la persona realizaba se entendían afectados por la nulidad absoluta, según lo dispuesto en el artículo 1741 del Código Civil.

La Ley 1306 de 2009 también se encargó de caracterizar la discapacidad mental relativa, al establecer en su artículo 32 que la padecen quienes tienen “deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio”. De igual forma, el artículo 15 estatúa que “los sujetos con discapacidad mental relativa, inhabilitados conforme a esta ley, se consideran incapaces relativos respecto de aquellos actos y negocios sobre los cuales recae la inhabilitación. En lo demás se estará a las reglas generales de capacidad”.

Como se ha señalado en líneas precedentes, con la expedición de la Ley 1996 de 2019, el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con algún grado de discapacidad mental atiende a otro paradigma. El objeto de esta ley es “establecer medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las personas con discapacidad, mayores de edad, y al acceso a los apoyos que puedan requerirse para el ejercicio de la misma”.

La Ley 1996 de 2019 establece una presunción de capacidad con relación a los sujetos con algún tipo de discapacidad; por eso, en el artículo 6° se dispone que

Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos.

En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona.

La presunción aplicará también para el ejercicio de los derechos laborales de las personas con discapacidad, protegiendo su vinculación e inclusión laboral.

Parágrafo. El reconocimiento de la capacidad legal plena previsto en el presente artículo aplicará, para las personas bajo medidas de interdicción o inhabilitación anteriores a la promulgación de la presente ley, una vez se hayan surtido los trámites señalados en el artículo 56 de la misma.

Ahora, frente a las medidas de interdicción o inhabilitación propias del anterior modelo jurídico del tratamiento de la discapacidad, se presenta un vuelco total, pues la actual ley prohíbe, a partir de su promulgación, iniciar estos procesos o solicitar la sentencia de interdicción o inhabilitación para dar apertura a cualquier trámite público o privado; en igual sentido, ordena la suspensión inmediata de los procesos en curso.

Además, impone el deber a los jueces de familia de citar de oficio, en un tiempo determinado, a quienes cuentan con sentencia de interdicción o inhabilitación, junto a sus curadores o consejeros, para la iniciación de un proceso de revisión de esta medida, para finalmente establecer en el parágrafo 2º del artículo 56 que “las personas bajo medida de interdicción o inhabilitación anterior a la promulgación de la presente Ley, se entenderán como personas con capacidad legal plena cuando la sentencia del proceso de revisión de la interdicción o de la inhabilitación quede ejecutoriada”.

A tono con las exigencias convencionales, el nuevo modelo para el tratamiento jurídico de la capacidad de ejercicio de las personas en situación de discapacidad, dispuesto por la Ley 1996 de 2019, establece diversas herramientas para garantizar el ejercicio de la capacidad plena de esta población, como son los ajustes razonables, las directivas anticipadas y los apoyos formales, que a su vez pueden ser acuerdos de apoyo o apoyos adjudicados judicialmente.

Los ajustes razonables, definidos en el numeral 6 del artículo 3º y desarrollados en el artículo 8º de la ley en mención, son las modificaciones o adaptaciones necesarias para la realización de actos jurídicos de manera independiente, que se realizan sin imponer cargas desproporcionadas o indebidas, para facilitar la comprensión o la comunicación de tales actos y que permitan garantizar el goce de las libertades fundamentales y el respeto por los derechos humanos de las personas en condición de discapacidad. Por su parte, la directiva anticipada, que puede suscribirse mediante escritura pública o acta de conciliación, es una herramienta para manifestar voluntad y preferencia con antelación a la realización de actos jurídicos, que desde una lectura amplia, puede ser suscrita por cualquier persona.

Los acuerdos de apoyo, desarrollados entre el artículo 15 y 20 de la Ley 1996, son una primera manifestación de los apoyos formales mediante los cuales una persona, a su vez, designa a la persona o las personas que le asistirán en la toma de decisiones respecto de actos jurídicos determinados;

estos acuerdos pueden ser realizados mediante escritura pública o ante conciliadores extrajudiciales en derecho. Esta figura, en términos del artículo 19 de la ley en comento, se constituye como un requisito de validez para los actos sobre los que se suscribió el apoyo, y ante su ausencia en la realización de estos, será causal de nulidad relativa.

Por su parte, la adjudicación judicial de apoyos, reglada por el capítulo V de la ley en cita, “es el proceso judicial por medio del cual se designan apoyos formales a una persona con discapacidad, mayor de edad, para el ejercicio de su capacidad legal frente a uno o varios actos jurídicos concretos”. La adjudicación judicial puede llevarse a través de dos procedimientos; por un lado, el de jurisdicción voluntaria que es promovido por la persona titular del acto jurídico, expresando su voluntad de que se le adjudiquen apoyos para la realización de actos jurídicos concretos y determinados; por otro lado, excepcionalmente el procedimiento podrá ser el verbal sumario, cuando quien lo promueva sea una persona distinta al titular del acto jurídico, cuando el titular esté en absoluta imposibilidad de manifestar su voluntad y no pueda ejercer su capacidad legal⁷. Allí, los apoyos adjudicados judicialmente se convierten en un condicionante para la validez de los actos para los cuales se adjudicó, so pena de nulidad relativa.

La posibilidad de que sobre los actos para los que se suscribió o adjudicó judicialmente un apoyo recaiga una nulidad relativa ante la ausencia de la utilización de los apoyos en su realización, es muy similar a la regulación de las inhabilidades establecidas para los anteriormente llamados incapaces relativos, y la actuación que realizaba el consejero es muy similar a la que realiza el apoyo, pues este no ejercía representación, pero se requería de su actuación para que el acto fuese válido.

Frente al procedimiento verbal sumario para la adjudicación judicial de apoyos, promovido por una persona distinta al titular del acto jurídico, surgen varios interrogantes. Sea lo primero advertir que el artículo 35 de la Ley 1996 modificó el numeral 7° del artículo 22 del Código General

7 Para los procedimientos de adjudicación de apoyos judiciales, se programó su entrada en vigencia el 26 de agosto del año 2021, veinticuatro meses después de la promulgación de la ley. Para el lapso entre promulgación y vigencia, se estableció un proceso de adjudicación de apoyos transitorio (artículo 54 de la Ley 1996) diseñado para, excepcionalmente, determinar apoyos a una persona mayor de edad absolutamente inhabilitada para expresar su voluntad y preferencias. El alcance del apoyo estará fijado en consonancia con la misma Ley 1996, y de ahí debe partir la interpretación para superar vacíos presentados en este trámite. La duración de los apoyos no podrá superar el periodo de transición.

del Proceso, estableciendo que tal procedimiento será conocido por los jueces de familia en primera instancia, ergo, es susceptible del recurso de apelación. Como bien lo reseñó la Corte Suprema de Justicia, a este procedimiento “no le es aplicable la restricción del párrafo primero del artículo 390 del Código General del Proceso, según el cual ‘los procesos verbales sumarios serán de única instancia’; en virtud del criterio de especialidad que rige en materia jurídica” (Sentencia STC 16821-2019 del 12 de diciembre de 2019).

Ahora bien, uno de los criterios que delimita el proceso verbal sumario es la realización de audiencia única; sin embargo, el nuevo régimen para los procesos relacionados con la capacidad jurídica, en ausencia total de técnica legislativa, parece diseñar un procedimiento con dos audiencias. El numeral 5° del artículo 38 de la Ley 1996, habla de una audiencia inicial sin indicar cuál es el momento para su realización; a su vez, el numeral 7° del artículo en mención, dispone que con el decreto de las pruebas que considere necesarias, el juez convocará a audiencia para la práctica de las demás pruebas⁸. En ese sentido, podemos encontrarnos frente a un yerro del legislador, donde en lugar de referirse a la audiencia única, se refirió a la audiencia inicial; o bien, nos encontramos ante un procedimiento de doble instancia y de estructura bifásica en cuanto a las audiencias, que obedece más a la ordenación de un proceso verbal.

Con todo, debe advertirse que este procedimiento judicial no parece estar diseñado para la contención, ya que solo puede ser iniciado ‘en beneficio exclusivo de la persona con discapacidad’; por lo que, en principio, no existe litigio, ni partes en sentido estricto. En todo caso, del artículo 38 de la Ley en cita, se desprende un procedimiento que puede aplicarse sin atender a la compresas de un procedimiento prediseñado.

El espíritu de la ley es absolutamente plausible: permitir que las personas en situación de discapacidad ejerzan plenamente su capacidad, confinada

8 El artículo 38 de la Ley 1996 de 2019 modifica el artículo 398 del Código General del Proceso, frente a los numerales en mención, dispone: [...] En el proceso de adjudicación de apoyos para la toma de decisiones promovido por persona distinta al titular del acto jurídico se observarán las siguientes reglas:

5. Antes de la audiencia inicial, se ordenará notificar a las personas identificadas en la demanda y en el informe de valoración de apoyos como personas de apoyo.
[...]

7. Una vez corrido el traslado, el Juez decretará las pruebas que considere necesarias y convocará a audiencia para practicar las demás pruebas decretadas, en concordancia con el artículo 34 de la presente ley.

por tantos años en la interdicción, resulta un avance en materia de derechos y libertades para esta población. La ley está cimentada sobre una amplia autonomía de la voluntad privada con todas sus implicaciones; incluso, la ley habla sobre el derecho a equivocarse, que debe ser entendido como la posibilidad que tienen las personas en situación de discapacidad de asumir riesgos jurídicos, económicos y sociales. Esta autonomía de la voluntad debe interpretarse en consonancia con los principios constitucionales y desarrollos jurisprudenciales sobre el amparo de las personas con discapacidad, como sujetos de especial protección.

La Ley 1996 implica todo un reto en su aplicación, pues además de romper un paradigma, deja muchos asuntos sin responder, situación que se irá decantando con la jurisprudencia, producto de la aplicación en casos concretos, y de los juicios de constitucionalidad que se propongan. Esta regulación invita a realizar una relectura de todo el ordenamiento jurídico y de las formas en que las personas en situación de discapacidad pueden verse envueltas en situaciones, actos y negocios jurídicos. Al parecer, la ley no solo elimina las limitaciones, sino también algunas facilitaciones que el ordenamiento guardaba para ellos. Como consecuencia de que la discapacidad mental ya no está ligada a la incapacidad jurídica, parece existir una repercusión directa sobre instituciones como la prescripción y la responsabilidad, solo por mencionar algunas.

3.2.2. La edad como criterio para la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa

Como se advirtió, sobre la afectación a la capacidad generada por la edad se realizan graduaciones que tienen incidencia directa en la calificación de incapacidad absoluta o incapacidad relativa que realiza el ordenamiento jurídico colombiano. Igualmente, ya se mencionó que el artículo 1504 del Código Civil califica como incapaces absolutos a los impúberes, y la incapacidad del menor adulto es catalogada como incapacidad relativa. Inicialmente, para traducir los conceptos de impúber y de menor adulto en términos de edades, era necesario advertir lo dispuesto por el artículo 34 del Código Civil, que traía en su texto la calificación de infante o niño, para quien no había alcanzado la edad de siete años; nombraba como impúber a quien no había llegado a los catorce años⁹, y se utilizaba la

9 Inicialmente, la disposición establecía la edad de catorce años para los hombres y doce años para las mujeres; sin embargo, mediante Sentencia C-534 de 2005, la Corte determinó la edad límite de catorce años para la pubertad de hombres y mujeres.

expresión menor adulto para el que no había llegado a la mayoría de edad, la cual se estableció a los dieciocho años, mediante la Ley 27 de 1977.

No obstante, con la expedición de la Ley 1306 de 2009, cambió el entendimiento de las edades, implementando un viraje en los conceptos bajo los que se entienden este tipo de incapacidades. En el párrafo del artículo 53 de la ley en mención, que continúa vigente, se estableció que “para todos los efectos legales el impúber se equipara al niño y niña definido en el artículo 3° del Código de la Infancia y Adolescencia. De igual manera, el menor adulto se equipara al adolescente de ese estatuto”, lo que hace necesario remitirse a la Ley 1098 de 2006 que dispone en su artículo 3°: “se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad”.

Por lo tanto, con lo dispuesto en la Ley 1306 de 2009 y su remisión expresa a la Ley 1098 de 2006, la incapacidad absoluta en razón de la edad se establece para quienes no han alcanzado la edad de doce años, y equipara la expresión impúber a la de niño o niña. Ahora, la incapacidad relativa en razón de la edad recae sobre quienes tienen entre doce y no han alcanzado la edad de dieciocho años, y equipara el término menor adulto con el de adolescente. En consecuencia, la expresión infante desapareció del contexto legal, y las distinciones entre impúber y niño se difuminaron.

Como se mencionó, y pese a lo dicho, el artículo 57 de la Ley 1996 modificó el artículo 1504 del Código Civil y generó una discrepancia terminológica entre el artículo en mención y el párrafo en vigencia del artículo 53 de la Ley 1306. Antes de la modificación introducida por la Ley 1996, el artículo citado del Código Civil hablaba de menor adulto y, en ese sentido, la Ley 1306 equiparó este término con el de la Ley 1098 de 2006; ahora, el artículo 1504, posterior a la modificación de la Ley 1996, habla de menores púberes, sin embargo, estos también deben entenderse equiparados a los adolescentes.

En esta perspectiva, es viable concluir que los incapaces absolutos en razón de la edad son quienes no han alcanzado la edad de doce años; sus actos estarán viciados de nulidad absoluta y la ley los califica como impúberes (artículo 1504 del Código Civil) o niños y niñas (párrafo artículo 53 de la Ley 1306 de 2009 y artículo 3° de la Ley 1098 de 2006). En el mismo sentido, a quienes se califican como incapaces relativos en relación con su edad, son quienes alcanzaron la edad de doce años y no han llegado a la mayoría de edad, sus actos estarían viciados de nulidad relativa y la ley los califica como menores púberes (artículo 1504 del Código Civil modificado

por la Ley 1996 de 2019) o adolescentes (parágrafo del artículo 53 de la Ley 1306 de 2009 y artículo 3° de la Ley 1098 de 2006).

3.3. Capacidad o autonomía progresiva de los menores de edad

Según lo expuesto por Stone (1990), al expresarse sobre el desarrollo histórico en la familia, “el único cambio lineal constante en los últimos cuatrocientos años parece haber sido un creciente interés por los niños, aunque su trato en la actualidad oscila cíclicamente entre la permisividad y la represión” (pág. 343); situación que ha tenido reflejo en la regulación sobre su capacidad jurídica.

En la doctrina son de común usanza términos como falta de autonomía, falta de madurez, e incapacidad para referirse a la condición jurídica de quienes no han alcanzado la mayoría de edad. No obstante, el concepto de capacidad progresiva de quienes no han llegado a tal rango de edad predeterminado por el legislador, requiere una mirada interdisciplinar de la infancia y la adolescencia, en la que, para reflexionar sobre los derechos de esta población, se aprecien sus cualidades propias, postura que generalmente se deja de lado cuando su análisis es netamente jurídico (Montejo Rivero, 2015).

Indica Viola (2012) que durante mucho tiempo el derecho de los menores de edad estuvo reglado bajo un complejo tutelar que se ocupaba únicamente de niños irregulares, o sea, los considerados como peligrosos, abandonados o disfuncionales; en dicho contexto regulativo, los menores de edad no eran considerados como sujetos de derechos, sino que eran objetos de control y protección por parte del Estado, la sociedad y la familia.

En este sentido, apunta Montejo Rivero (2015) que desde el siglo XVIII hasta mediados del siglo XX los menores de edad carecían de auténtica libertad, pues conceptos como la capacidad de ejercicio les han sido negados por las codificaciones civiles, ya que como reflejo de los principios vertidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, el sujeto centro de protección de las leyes era el hombre, propietario y mayor de edad, excluyendo de esta manera a las mujeres, los trabajadores y los menores de edad del perfil merecedor de protección.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, tomando como elemento precursor la Declaración de Ginebra de 1924, el concepto de derechos

se empieza a aplicar a los menores de edad. De esta manera, con instrumentos internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, y la Convención sobre los Derecho del Niño de 1989, ingresa en el panorama el reconocimiento de derechos civiles y políticos para los niños, niñas y adolescentes, lo cual se da en el contexto de especificación de los derechos¹⁰ de este grupo (Montejo Rivero, 2015). En el sentir de Cillero Bruñol (1999), una de las principales características de estos instrumentos de protección aplicados a la infancia y la adolescencia, implica el reconocimiento de estos como sujetos de derechos, en sentido contrario a su definición clásica como incapaz jurídico.

Se tiene así, que en desarrollo de principios como el de protección igualitaria, debe reconocerse la titularidad de derechos en cabeza de los menores de edad; ello, vinculado al principio de autonomía que se encuentra íntimamente ligado al reconocimiento de la dignidad humana y a la libertad de las personas. De manera que una adecuada adopción del principio de autonomía puede aportar a la teoría de la titularidad de derechos específicos, sumado a un ejercicio gradual de estos por parte de los menores de edad, estimado de acuerdo a la capacidad de discernimiento que van adquiriendo (Montejo Rivero, 2015). Visto en estos términos, es posible indicar que

El concepto de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes se encuentra asociado al reconocimiento de la titularidad de derechos a la infancia y la adolescencia como resultado del proceso de multiplicación y especificación de los derechos; e implica una nueva concepción del ejercicio de la capacidad de las personas que no alcanzan la mayoría de edad. (Montejo Rivero, 2015, pág. 124).

En términos de Kemelmajer de Carlucci y Boretto (2017), el ejercicio de la capacidad por parte de la infancia y la adolescencia, entendida desde la autonomía progresiva, traslada el escenario a una noción empírica sobre la posibilidad de ejercer derechos a partir del grado de madurez,

10 La autora cubana reconstruye el proceso evolutivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a partir de la construcción conceptual realizada por Norberto Bobbio (1992) en la obra *El tiempo de los derechos*, según la cual los derechos se ven inmersos en tres grandes procesos para limitar el poder: la positivización, la generalización y la internacionalización. Peces-Barba (1992) informa sobre el cuarto proceso, llamado el de la especificación, en el cual se ven inmiscuidos los derechos de los menores de edad y los derechos de otros grupos minoritarios que surgen a partir de la evolución histórica de los derechos humanos, en un intento por responder a las características específicas de tales grupos (Montejo Rivero, 2015).

donde “el criterio es dinámico y mutable y se usa, normalmente, para los derechos personalísimos” (pág. 102). En consecuencia, el sistema ideal para la graduación de la capacidad en razón de la edad, en un contexto de autonomía progresiva, es el subjetivo.

Esta tesitura en torno a la capacidad progresiva debe sostenerse, en mayor medida, respecto de los menores púberes o menores adultos (hoy adolescentes). En este sentido expresa D’Antonio (2004) que las excepciones a la incapacidad del menor adulto “adquieren marcada significación en razón de la prontitud con la que el joven es lanzado a las interrelaciones sociales; la necesidad de que se incorpore al sector destinado a la producción”; igualmente, sostiene el autor argentino que en el mundo moderno, a partir de las nuevas estructuras sociales, existen “apetencias a tempranos años que buscan ser satisfechas en edades que otrora parecían impropias” (pág. 59).

Finalmente, asienta Montejo Rivero (2015) que a partir de los desarrollos económicos culturales y sociales alcanzados en este siglo, han surgido nuevas generaciones con mayor nivel de instrucción y formación, lo que implica un reto para la teoría moderna del derecho civil: deconstruir la concepción de la minoría de edad como correlato de la incapacidad para obrar, heredada de la codificación decimonónica. En este sentido, indica la autora cubana que bajo tal realidad el derecho requiere actualizarse por medio de nuevas instituciones que permitan a los menores de edad participar en relaciones jurídicas concretas y en la sociedad.

* * *

La capacidad se constituye como una construcción conceptual de la disciplina del derecho, a través de la cual el Estado limita la actuación de las personas en la vida jurídica. La capacidad para obrar, entendida como la posibilidad de los sujetos de derecho para tomar parte por sí mismos en actuaciones que impliquen el ejercicio de los derechos de los cuales son titulares, entra a formar parte, en determinados supuestos, de los requisitos de validez de los actos que tienen efectos jurídicos; de tal forma, el Estado, en cierta medida, se abroga la posibilidad de dejar sin efectos las actuaciones de quienes considera no son aptos para ejercer con libertad sus derechos.

Históricamente, las limitaciones a la capacidad plena se han dado en atención a las calidades mentales o a la edad de las personas. De igual forma, estas suelen ser graduadas, lo que deviene en los conceptos de incapacidad absoluta e incapacidad relativa, calificaciones que repercuten en la pérdida de efecto de los actos de quienes actúan bajo una limitación a la capacidad. No obstante, con el nuevo paradigma en el entendimiento del ejercicio de la capacidad plena de las personas con algún grado de discapacidad mental, terminan por desaparecer las limitaciones a la capacidad de ejercicio de esta población y se desvanecen, en gran medida, los criterios de validez de sus actos, que ya no se invalidan por criterios de incapacidad jurídica, sino que ciertos actos podrían estar viciados por una nulidad relativa, ante la ausencia de un apoyo formal que hubiere sido adjudicado.

Frente a las limitaciones a la capacidad en razón de la edad, se plantea un cuestionamiento acorde con el tratamiento de los menores de edad como ciudadanos de menor categoría y en relación con el ejercicio de sus derechos. En consecuencia, existe una tendencia a que el reconocimiento progresivo de sus capacidades sea aceptado por el ordenamiento jurídico mediante el reconocimiento gradual de sus actuaciones; ello, como reflejo del ejercicio de la libertad y siempre con miras a la garantía efectiva de sus derechos.

Así las cosas, en el ordenamiento jurídico colombiano queda un régimen de graduación de la capacidad establecido para los menores de dieciocho años que atiende al artículo 1504 del Código Civil, a las disposiciones vigentes de la Ley 1306 de 2009 y a la Ley 1098 de 2006; y un régimen diferencial de capacidad, instituido para las personas en situación de discapacidad mental, que si bien se presumen plenamente capaces, tienen un enfoque diferencial para el ejercicio de su capacidad según lo dispuesto en la Ley 1996 de 2019.

Por último, se hace énfasis en que la capacidad, sus limitaciones y sus enfoques diferenciales deben entenderse como lo que son: un régimen de protección para las personas que el ordenamiento jurídico, considera, requieren especial amparo de sus derechos; de esta forma, las interpretaciones que sobre el particular se hagan, deben obedecer a esta ruta de entendimiento. El régimen de la capacidad no debe ser utilizado como

un simple dique para evitar el despliegue de efectos jurídicos de los actos que ejecuten los incapaces, sin tener en cuenta las consecuencias que esto tendría. Las limitaciones a las actuaciones de acuerdo con la capacidad, no deben cercenar arbitrariamente la libertad ni pueden convertirse en la desmejora de los derechos y garantías de quienes se trata de proteger con este régimen jurídico.

4

Aspectos problemáticos de la capacidad en la unión marital de hecho

En este capítulo se mostrarán los aspectos problemáticos que se presentan frente a la capacidad requerida para conformar una unión marital de hecho. La doctrina frente al particular es diversa y no presenta un criterio común para el entendimiento del problema, de hecho, un sector de la doctrina que se ha encargado de estudiar la unión marital no aborda directamente el tema de la capacidad requerida para su conformación.

En este apartado del libro se presentará, en primera instancia, lo referente a la capacidad para conformar familia a través de la unión marital que tienen las personas a las personas en condición de discapacidad, tanto en vigencia del régimen de la Ley 1306 de 2009 como de la regulación de la Ley 1996 de 2019. Posteriormente se abordará el tema de la capacidad en razón de la edad para la conformación de familia a través de la unión marital de hecho, punto nodal de este acápite.

Para esta empresa, se tendrán como referentes algunos aspectos que se consideran estructurales para el entendimiento de la importancia de la edad en la conformación de la familia para el control de la población y el ingreso a la de mano obra en un contexto de desarrollo del capitalismo y la industrialización. De igual forma, se estudiará lo relativo a esta capacidad en materia matrimonial como contexto.

Finalmente, se presentarán las posturas dogmáticas asumidas por la doctrina frente a la capacidad relacionada con la edad en la unión marital de hecho, analizadas de cara a las posiciones jurisprudenciales que,

planteadas en la resolución de temas que circundan la cuestión, pueden dar luces sobre el asunto objeto de estudio.

Dependiendo de la postura que se asuma sobre la capacidad jurídica en la unión marital de hecho, pueden derivarse consecuencias jurídicas diversas. Frente a esto, Parra Benítez (2017) deja en el tintero la siguiente inquietud: “cuál sería la capacidad que se exigiría para que se formara la unión marital y cuál sería la consecuencia (sanción) de que no la tuviera uno de los compañeros” (pág. 350). Coral Borrero y Torres Cabrera (2002) exponen que la Ley 54 de 1990 no estableció como requisito de fondo la validez de la unión marital de hecho y de sus consecuencias patrimoniales, ya que tal forma de constituir familia tiene origen en la voluntad libre de los convivientes, pero dados los efectos patrimoniales que de allí se desprenden, pueden verse menoscabados los intereses de los incapaces.

Frente a la anterior postura debe decirse que los derechos de los incapaces, sujetos de especial protección, deben ser el faro que alumbré las interpretaciones sobre las exigencias de la capacidad que se determinen para la constitución de familia a través de la unión marital de hecho. Las siguientes páginas se encargarán de presentar algunas reflexiones al respecto.

4.1. Capacidad en la unión marital de hecho en personas en situación de discapacidad mental: antes y después de la Ley 1996 de 2019

En este acápite se presentan algunas reflexiones sobre la posibilidad de constituir una unión marital que tienen las personas en situación de discapacidad mental, teniendo como referente el derecho a conformar una familia, en dos planos de análisis: el primero, una interpretación a partir de los criterios establecidos en la Ley 1306 de 2009; el segundo, una reflexión en vigencia de la Ley 1996 de 2019.

En el marco de esta idea, debe advertirse que la situación jurídica de las personas que fueron sometidas a las medidas de interdicción e inhabilitación, propias de la Ley 1306, permanece en firme hasta que quede ejecutoriada la sentencia del procedimiento judicial que debe adelantarse, dispuesto en el artículo 56 de la Ley 1996 para la revisión de estas medidas, como lo dispone el parágrafo 2° del artículo en mención.

En la interpretación de la posibilidad de conformar una unión marital de hecho, en vigencia de las medidas propias de la Ley 1306, cabe referirse a la de aquellas personas a las que se les inhabilitó por una afección a su condición mental que no se considera de gravedad; por lo tanto, su incapacidad se consideraba relativa. Una consecuencia de esta incapacidad, como se ha mencionado, era la inhabilitación específica para determinados actos; en consecuencia, para que se afectara la posibilidad de conformar una familia en sentido general, y una unión marital de hecho en particular, la inhabilitación debía recaer sobre ese acto en específico.

La anterior situación resulta bastante exótica, dado que la inhabilitación del discapacitado mental relativo se usaba para proteger su patrimonio como consecuencia de su inmadurez negocial o sus deficiencias de comportamiento, y el alcance de dicha medida solo cobijaba los actos que, en términos del hoy derogado artículo 34 de la Ley 1306 de 2009, por su cuantía o complejidad requieran que el discapacitado mental relativo actúe bajo la anuencia de un consejero. Pese a lo expuesto, se considera que ello no obstaba para que eventualmente uno de los actos sobre los que recayera la inhabilitación fuera una situación jurídica de conformación de familia, pues, claro está, allí también se compromete el patrimonio. De hecho, un sector de la doctrina consideraba que los disipadores no podían conformar una unión de hecho con efectos patrimoniales (Vallejo, Echeverry y Palacio, 2001).

Pese a lo expuesto, una limitación que residiese sobre los actos jurídicos de conformación de familia podía resultar invasiva de la libertad y de la autonomía. Existía la posibilidad de pensar en otras medidas que ayudaran a proteger el patrimonio de las personas con deficiencias de comportamiento para afrontar las implicaciones patrimoniales de la conformación de la familia con la constitución de una unión marital de hecho, en su momento, a través de consejería, por ejemplo, la exclusión de bienes de la sociedad marital mediante capitulaciones¹.

1 Existe discusión en la doctrina acerca de si pueden o no elevarse capitulaciones maritales que afecten el régimen patrimonial de la unión marital de hecho, discusión directamente ligada a la idea del transcurso del tiempo, como presupuesto o como presunción para el surgimiento de la comunidad de bienes, y en caso de que se puedan realizar capitulaciones en qué momento pueden hacerse. Considera un sector doctrinal que tales capitulaciones pueden celebrarse antes de la convivencia de la pareja, sustentado en la posibilidad de disolución por mutuo acuerdo y la remisión normativa que hace la Ley 54 de 1990 al régimen económico del matrimonio (Parra Benítez, 2017).

A pesar de las anteriores anotaciones, debe tenerse en cuenta la imposibilidad que tiene el derecho para impedir la realización de situaciones jurídicas como la convivencia, situación que conlleva a la consolidación de la unión marital de hecho entre personas que, por ejemplo, estuvieran sujetas a la inhabilitación para ejecutar actos jurídicos de conformación de familia.

Corresponde ahora analizar la posibilidad que asiste a quienes padecen alguna discapacidad mental que se consideran de tal entidad que su condición derivaba en una limitación de la capacidad bajo el concepto de incapacidad absoluta. Un sector de la doctrina señalaba enfáticamente que no pueden formar unión marital de hecho con consecuencias patrimoniales los interdictos a quienes se les ha privado de la administración de sus bienes (Sánchez Mercado, 1995).

No así, debe tenerse en cuenta lo que establecía el derogado artículo 50 de la Ley 1306 de 2009, al referirse a las situaciones de familia del sujeto con discapacidad mental absoluta:

Todo acto relacionado con el Derecho de Familia de personas con discapacidad mental absoluta, deberá tramitarse ante el Juez de Familia. Son ejemplos de estos actos, el matrimonio, el reconocimiento o impugnación de la filiación, la entrega en adopción de hijos, la prestación alimentaria a favor de terceros y otros actos que se asimilen.

Como acertadamente señaló Parra Benítez (2016), el artículo en mención era enunciativo y no taxativo en lo que concierne a los actos de familia que le está dado realizar al discapacitado mental absoluto. Por esta razón, podía pensarse otra variedad de actos jurídicos familiares como las capitulaciones, bien sea matrimoniales o maritales. El autor sostiene que un discapacitado mental absoluto puede conformar una unión marital de hecho, con autorización del juez de familia; sin embargo, continúa, esta exigencia riñe con la naturaleza de la institución al ser preeminentemente fáctica, aunque afirma, el juez de familia podía permitir al incapaz la formación del vínculo marital (Parra Benítez, 2016).

El párrafo del derogado artículo 50 de la Ley 1306 de 2009 permitía concluir de manera clara que al discapacitado mental absoluto le estaba permitido conformar una unión marital de hecho al disponer que

Los sujetos con discapacidad, no podrán ser discriminados por su situación en cuanto a las relaciones de familia, en especial al ejercicio pleno de sus derechos relacionados con la constitución de una familia y su participación en ella. Corresponde al Juez de familia autorizar las restricciones a estos derechos por razones de protección del individuo.

Además, en la exposición de motivos, el Proyecto de Ley 049 de 2007 con origen en la Cámara de Representantes, que concluyó siendo en la Ley 1306 de 2009, se señaló:

No se omitió considerar que el deficiente mental es un ser humano en ocasiones con impulsos naturales intactos, especialmente aquellos que sufren trastornos graves pero esporádicos de comportamiento y que pueden generar relaciones de familia que no deben desconocerse y, por eso, se abre la puerta para mantener la eficacia de las actuaciones relacionadas con las situaciones de familia “matrimonios, uniones maritales de hecho o reconocimiento de hijos” siempre que se pueda probar que fueron realizadas en un intervalo lúcido. (*Gaceta* 396 de 2007 de la Cámara de Representantes).

En este escenario se puede concluir que si bien en el contexto legislativo anterior se limitaba la capacidad jurídica de las personas que padecen afecciones mentales, sean consideradas o no de gravedad, en lo que respecta a las situaciones de derecho de familia en general, y a la conformación de la unión marital de hecho en particular, se conservaba un amplio margen de libertad en cuanto a dicha posibilidad. Las personas con discapacidad mental podían conformar una unión marital de hecho, en aras de la protección a la igualdad, conservando en su haber el derecho fundamental a conformar familia. De igual forma, debe tenerse como referente la imposibilidad del derecho para controlar situaciones que son fácticas y las implicaciones que devendrían de un intento de prohibición de tales conductas o de la restricción al despliegue de sus efectos jurídicos.

A partir de la expedición de la Ley 1996 de 2019, la conclusión no puede ser distinta; de hecho se refuerza, sin asomo de dudas, la libertad de las personas con discapacidad mental para conformar una familia a través de la unión marital de hecho, puesto que en términos de la ley esta población goza de plena capacidad, siendo sujetos de derechos y obligaciones en igualdad de condiciones. Frente a la posibilidad de constitución de la unión marital de hecho por vías formales como la escritura pública o la

conciliación, surgen algunos interrogantes sobre cómo funcionarían las nuevas herramientas dispuestas por la Ley 1996 en estos escenarios.

Los ajustes razonables para la constitución de una unión marital de hecho allanan el ejercicio del derecho a conformar una familia a través de la unión constituida formalmente, facilitando el entendimiento del acto y sus consecuencias jurídicas. Ahora, ¿cómo funcionarían los otros mecanismos?, por ejemplo, ¿los acuerdos de apoyo o los apoyos adjudicados judicialmente pueden versar sobre actos como la constitución de una unión marital de hecho?

No existe ningún motivo que se desprenda de la Ley 1996 para excluir los actos tendientes a la conformación de familia de los actos sobre los cuales pueden recaer los apoyos, bien sea a través de acuerdos o a través de adjudicación judicial. No obstante, el hecho de que el acto de declaración de unión marital a través de escritura pública se realice sin la utilización del apoyo formal que se suscribió o adjudicó para este acto específico, generaría, en términos de la ley, nulidad relativa; sin embargo, este vicio recaería únicamente sobre el instrumento, puesto que carece de sentido hablar de nulidad de una situación preminentemente fáctica.

Más lógicamente, este tipo de apoyos podría suscribirse o adjudicarse para actos de corte netamente patrimonial, pero directamente ligados a la posibilidad de conformación de la familia a través de la unión marital de hecho, como lo sería la constitución de capitulaciones maritales que regulen los efectos patrimoniales de dicha unión.

4.2. Capacidad en la unión marital de hecho en relación con la edad

La Ley 54 de 1990 y su posterior modificación no estableció un régimen expreso respecto de la capacidad requerida para conformar una unión marital de hecho; de ahí que permita una gran variedad de interpretaciones dogmáticas respecto de si existe tal exigencia y, en caso de que exista, cuál sería la consecuencia de su ausencia. ¿Cuál es la edad requerida para conformar una unión marital de hecho?, ¿cuál es la edad requerida para el despliegue de los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho?, ¿cuáles serían las consecuencias de imponer un límite a la capacidad por razón de la edad en la conformación de la unión marital de hecho? Estas

son algunas de las preguntas que surgen ante la ausencia de una regulación expresa —de forma consciente o no— por parte del legislador, sobre la capacidad en relación con la edad requerida en la unión marital de hecho.

Pero antes de reflexionar dogmáticamente alrededor de estas inquietudes, se considera ineludible cavilar sobre cuestiones contextuales, conectando las acotaciones hechas en el primer capítulo sobre la importancia que tiene para el poder la regulación de la familia, en este caso, con la edad requerida para conformar una familia como elemento de control de la población. De igual forma, se considera necesario realizar algunas observaciones sobre la capacidad en relación con la edad requerida para conformar familias matrimoniales en el ordenamiento jurídico colombiano y las consecuencias jurídicas de esta regulación de la capacidad.

4.2.1. El capitalismo y la industrialización como elementos para el estudio de la edad requerida para conformar familia: el control de la población

Como se ha señalado de manera enfática en este libro, el poder encuentra en la familia una institución que es de su interés para la consolidación de sus proyectos económicos, culturales y sociales. Es por ello que a lo largo de la historia, los poderosos se han encargado de diseñar los presupuestos bajo los cuales se reconoce a la familia (por ejemplo, bajo el manto de la calificación de legitimidad); de igual forma, se han esmerado por estructurar las exigencias y requisitos para que estas familias desplieguen consecuencias jurídicas, tratando de delinear una estructura familiar que se adecúe a sus intereses como transmisora de normas de conducta y de imaginarios culturales.

La edad requerida para la conformación de la familia no escapa a la preocupación del establecimiento por delinear la institución familiar. Este acápite se propone develar cómo la aparición e implantación de determinados sistemas de desarrollo (industrial y capitalista) despiertan intereses económicos en los individuos, que terminan por modificar las estructuras sociales y culturales imperantes. Así, algunos de estos escenarios pueden despertar la atención de quienes ejercen el poder para regular esta situación.

Como ya se indicó, es a partir del siglo XVIII, con la preocupación sobre el desarrollo económico en términos de población (crecimiento poblacional,

recursos disponibles, mano de obra necesaria, calidad de la mano de obra) que el poder se preocupa de una forma particular por la regulación del sexo, y con esta, de la edad requerida para la conformación de la familia.

Es también en el siglo XVIII que empieza a gestarse una nueva forma de gobernar, a través de lo que Foucault (2007) denomina el “Gobierno Frugal”, el cual constituye un refinamiento de la razón del Estado; esto, para su mantenimiento, desarrollo exhaustivo y perfeccionamiento, en el cual se insertan mecanismos complejos con una función paradójica, pues se desarrolla una práctica gubernamental intensiva y exhaustiva, que a la vez se pretende limitada. Y esta es la cuestión que rige las formas de gobierno desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días, la frugalidad como forma de gobierno es una cuestión del liberalismo (Foucault, 2007).

Lo anteriormente expuesto es la forma de gobierno del neoliberalismo, establecida para una intervención generalizada y administrativa del Estado. El neoliberalismo, en términos foucaultianos, “es un gulag a escala insidiosa del capitalismo”, en el cual se trata de “remitir, referir, proyectar en un arte general de gobernar los principios formales de una economía de mercado” (Foucault, 2007, págs. 156-157). Ahora el poder no reside únicamente en cabeza del Estado, sino que también se encuentra en manos de los grandes agentes económicos.

De suerte que la regulación de las conductas no pasa únicamente por la producción normativa del Estado, sino también por la aparición de incentivos que guían las actuaciones de los individuos y tienen la potencialidad de modificar estructuras sociales. A esta nueva forma de gobernar no escapó la institución familiar; la aparición de la industrialización y el desarrollo del sistema económico capitalista transformó la familia en lo referente a la edad requerida (o autorizada) para su conformación, lo que hoy parece ser una preocupación del establecimiento.

El concepto de matrimonio tardío ha sido usado en la doctrina para referirse a la situación en que la edad de quienes se unen para conformar una familia se considera más o menos avanzada. Para varios historiadores sociales existía una relación directa entre el matrimonio tardío y la bastardía —ilegitimidad—, apuntando que en distintas épocas y por diversos motivos, han existido distintas preocupaciones por la edad para conformar familia, sosteniendo que estas formas de matrimonio están directamente ligadas a determinados sistemas

de producción y con ciertas formas de distribución de la propiedad (Goody, 2009).

Existen diferencias entre ciertos patrones en el matrimonio para la Europa occidental y los países en vía de desarrollo —incluida Europa oriental—. Una de las características del modelo europeo occidental del matrimonio es que está marcado por el matrimonio tardío, asociado directamente con una tasa baja de natalidad. Se establece que cuando las mujeres contraen matrimonio a una edad más adulta que en otras sociedades, aumenta la cantidad de mujeres adultas que forman parte de la fuerza de trabajo y adquieren la capacidad de acumular su propio capital² (Hajnal, 1965; citado por Goody, 2009). Hajnal agrega que la aparición de tales características está directamente ligada al desarrollo del capitalismo³ y, en cierta medida, al protestantismo. En el mismo marco, según Goody (2009), existe una línea de pensamiento que considera esta característica como un factor preparatorio para la aparición del sistema económico capitalista.

En el contexto inglés, el matrimonio a una edad avanzada se da después del siglo XIV bajo la idea de un matrimonio maltusiano. A grandes rasgos, en la teoría maltusiana se sostiene que la población humana tiende a aumentar a mayor velocidad que los alimentos necesarios para su subsistencia, basándose en postulados sobre las necesidades materiales y la capacidad sexual y reproductiva. Como consecuencia de lo anterior, debían crearse impedimentos para evitar el desbalance entre población y medios de subsistencia; en esta teoría se afirma que existían dos clases de impedimentos: los positivos y los preventivos; los segundos estaban encaminados a la contención moral; el único impedimento preventivo enfocado en el contexto demográfico que la teoría reconocía, era la postergación del matrimonio con el fin de eludir la procreación (Wrong, 1961).

Esta característica presente en el matrimonio inglés está provista de razones económicas como el costo que implica la procreación; por ello,

2 Esta situación tuvo notable influencia en la estructura de la familia, pues “la incorporación de la mujer al mundo laboral ha resultado decisiva a la hora de proporcionarle una independencia económica (respecto del marido o de la familia) de la que antes carecía en absoluto” (Talavera Fernández, 2001, pág. 17).

3 Hajnal afirma que la aparición de estas pautas sobre la edad matrimonial tuvo su aparición finalizando el siglo XVI, directamente ligado al desarrollo del capitalismo y a la mujer como parte de la fuerza de trabajo.

el sistema anglosajón está basado en un sistema matrimonial de salariado —contrapuesto al sistema del campesino—, pues la sociedad inglesa de la época es una sociedad rica y móvil, donde los sujetos no están atados a la tierra (Segalen, 2006).

Como consecuencia de lo anterior, el sistema matrimonial de Inglaterra se separa del resto de Europa, entre otras cosas, porque su cultura no está marcada por la invasión del imperio romano; se presenta, entonces, como un sistema precoz y prematuramente moderno, dado el carácter individualista en lo económico y en lo político de dicha sociedad (Macfarlane, 1978; citado por Segalen, 2006). Lo dicho llevó a que durante esa época la tasa de natalidad en Inglaterra no fuese muy elevada, ya que las mujeres se casaban entre los veintitrés y los veintisiete años y su edad fértil llegaba hasta cerca de los cuarenta años. Durante este periodo, el tiempo para dar a luz era muy limitado (Stone, 1990).

En 1918, la revolucionaria comunista rusa, Aleksandra Kollantai, exponía que en los años precedentes, en Rusia, y con anterioridad en otros países de Europa, el sistema capitalista obligó a la mujer a buscar trabajo remunerado fuera de la familia; señala que “fue creciendo el número de mujeres pertenecientes a la clase trabajadora que abandonan sus casas para ir a nutrir las filas de las fábricas, para trabajar como obreras [...]” (Kollantai, 2018, pág. 80). De igual forma, denuncia que esta carga se le ha impuesto a la mujer sin liberársele de sus quehaceres domésticos y del cuidado de los hijos, lo que fue generando una disolución de la familia, ya que esta “es cada vez menos necesaria a sus propios miembros y al Estado. Las viejas formas familiares se convierten en un obstáculo” (Kollantai, 2018, pág. 83).

Retomando lo enunciado por Foucault sobre el interés del poder respecto del control de la natalidad y la población a través del control de la edad matrimonial, merece traer de nuevo a colación lo planteado por Kertzer y Barbagli (2003) sobre el descenso de la fertilidad en la Europa del siglo XIX. Según las cifras presentadas por Chesnais (1992) y analizadas por Kertzer y Barbagli (2003),

existían considerables diferencias en los niveles de fertilidad, incluso antes de que se iniciara el descenso. El este y sudeste de Europa, en concreto, registraron un número más elevado de alumbramientos por mujer, hecho vinculado en parte, en este caso, a la más baja edad de las

mujeres a la hora de contraer matrimonio, lo que a su vez significaba que tenían hijos durante un periodo más largo de su vida. (pág. 27).

En las cifras proporcionadas por Chesnais (1992; citado por Kertzer y Barbagli, 2003) sobre los nacimientos anuales por cada mil habitantes, entre 1850 y 1913, puede observarse que en países como Inglaterra, Gales, Francia y Alemania las tasas de natalidad eran más bajas que en países como Hungría, Italia, España, Serbia y Rusia. Este dato puede contrastarse con la industrialización de los países en mención. Como señalan Cameron y Neal (2012), la industrialización del siglo XIX fue un proceso acaecido en el continente europeo, el cual tiene distintos modelos que se ven reflejados en el ámbito nacional y regional.

En el ámbito europeo, los primeros países en industrializarse fueron Gran Bretaña —la primera nación industrializada—, Francia y Alemania. Por otro lado, existían una serie de países rezagados frente a la industrialización donde los procesos industriales fueron mucho más débiles, entre los cuales pueden encontrarse naciones como el Imperio austrohúngaro, sectores como la Europa oriental y mediterránea, el sudeste de Europa, la península ibérica, Italia, y la Rusia Imperial. Este atraso en el proceso de industrialización estuvo marcado por múltiples variables entre las que se encuentran: las dificultades topográficas, los niveles de instrucción y alfabetización de la población, la ausencia de reformas agrarias y la presencia de gobiernos autocráticos. Una de las características principales de los países rezagados, en cuanto a la industrialización, era su alta población agraria y rural (Cameron y Neal, 2012).

Con los datos expuestos sobre la natalidad en Europa, su relación con la edad matrimonial de las mujeres y la información sobre el progreso industrial de determinados países, puede concluirse que la baja tasa de natalidad está, en parte, ligada al nivel de avance industrial de ciertas regiones⁴, en las cuales el ingreso de la mujer a la mano de obra, como parte de un sistema industrial y capitalista en desarrollo, llevó a que la

4 Debe resaltarse, como señala Wrong (1961), que la transición demográfica de la sociedad occidental muestra en cada nación características propias, las cuales se encuentran ligadas a contextos históricos como guerras, revoluciones sociales, periodos de dominación extranjera, explotación económica, diferencias religiosas e ideológicas. Por ejemplo, en Francia, el descenso de la natalidad se halla ligado a la Revolución francesa, ya que aquel fue el primer país en abandonar los conceptos feudales y acoger un nuevo racionalismo, propio de los tiempos modernos.

edad en la que se conforma familia fuera más elevada. Por otro lado, en los países en vía de desarrollo, donde la economía está apostada principalmente sobre el sector agrícola con características feudales, y donde gran parte de su población es campesina, las tasas de natalidad son más altas, consecuencia, entre otras cosas, de que la edad para contraer matrimonio es más baja.

De ahí deriva que en el contexto de una nueva forma de concebir la política a través de la economía, donde la regulación de la conducta humana por parte del sistema está volcada a la reproducción de un régimen económico, en este caso a través del control de la población —índice de natalidad y mano de obra— la edad para la conformación de la familia resulta una variable a tener en cuenta por el sistema, pues a una mayor edad para la conformación de la familia, existe un descenso en la natalidad (preocupación malthusiana para el desarrollo económico); así mismo, se tiene a disposición un nuevo factor para la reproducción del capital: la mano de obra de la mujer adulta, la cual se había visto rezagada a la vida del hogar.

En virtud de lo dicho, y trayendo lo señalado por Foucault (1998), el Estado se preocupa por los límites sobre el mínimo en la edad para conformar familia a través de la unión de pareja y ha optado por una política que propugna por su aumento⁵, lo cual está vinculado a la lógica económica que desarrolló un matrimonio tardío a partir del desarrollo industrial. Sin embargo, por pura lógica demográfica, como lo afirma Segalen (2006), la edad matrimonial no podrá seguir aumentándose indefinidamente.

En otras palabras, la edad para la conformación de la familia es un elemento que reviste algún grado de importancia para el desarrollo de un sistema económico, y se presenta como una preocupación para el establecimiento a partir de su influencia en el control de la población.

Según es presentado por algunos autores, el matrimonio tardío emergió como una condición preparatoria para la aparición del sistema económico

5 Desde hace un tiempo existe una tendencia regulativa que propugna por elevar la edad como un requisito de validez del matrimonio. En este sentido, en Colombia pueden encontrarse intentos legislativos por afianzar esta empresa. Con el Proyecto de Ley 006 de 2015 se intentó prohibir el matrimonio entre menores de dieciocho años. De igual forma, existe un amplio movimiento por parte de organismos internacionales como la Unicef que realizan recomendaciones a los Estados para prohibir los matrimonios a una edad temprana.

capitalista y el desarrollo de la industrialización. Adicionalmente, se puede concluir que una vez puesto en marcha el nuevo sistema económico, de la mano del proceso de industrialización, surgió la necesidad de la integración de la mujer a la mano de obra de las empresas, lo que en cierta medida reñía con el sistema cultural imperante, en el cual las mujeres se dedicaban a las labores del hogar desde una temprana edad, lo que las excluía del nuevo sistema de producción, siendo esta una condición de posibilidad para que se diera el aumento en la edad para la conformación de familia.

De esta forma, como aspectos sociohistóricos que marcan las estructuras familiares modernas, Villa Guardiola y Jiménez (2009) señalan un incremento de la natalidad que se da, principalmente, en los países subdesarrollados; por otro lado, el empleo y las técnicas de planificación, junto a una limitación a la concepción, conlleva a una disminución de la natalidad reportada en países desarrollados.

Con todo, debe tenerse en cuenta que el matrimonio es una institución que, por su marcado carácter contractual y la estricta regulación bajo la que se encuentra por parte del establecimiento, tiene posibilidades de control por parte del Estado a partir de los requisitos establecidos para el despliegue de sus efectos jurídicos, pues solo se está en presencia de un matrimonio cuando el poder así lo determina, ya que se deben superar las barreras impuestas a través de determinados requisitos de existencia y validez. El matrimonio se presenta como un verdadero contrato de adhesión con el Estado.

Caso contrario ocurre con las uniones de pareja no matrimoniales, pues, dado su marcado carácter fáctico, son de difícil control para el Estado. La imposición de determinadas cargas a los convivientes no impide la esencia de su unión, la mera convivencia, alejada de los requisitos que se imputan al matrimonio. No obstante, como se ha venido señalando a lo largo del escrito, el Estado no puede desconocer esta realidad social y no le ha quedado otro camino que asignarle efectos a tales uniones, manteniéndose la dificultad para su regulación en cuanto a requisitos se refiere. Por lo tanto, la imposición de requisitos en lo concerniente a la edad para el matrimonio, no tiene una implicación directa en los requisitos de edad que puedan requerirse para las uniones no matrimoniales. El matrimonio es controlado por el Estado; la convivencia sin contrato matrimonial, en gran medida, escapa a las posibilidades de control.

4.2.2. La capacidad en razón de la edad en el matrimonio como contexto para la capacidad en la conformación de la familia

Como se señaló, el matrimonio es controlado por el Estado a través de la determinación de requisitos de validez o de eficacia, dado su preeminente carácter contractual⁶. En el contexto colombiano, el legislador ha establecido una serie de exigencias que, ante su ausencia, devienen en la nulidad del acto. Esta nulidad, de acuerdo con la calidad de la exigencia, puede ser subsanable o insubsanable. La edad se encuentra dentro de los requisitos que, ante su carencia, derivan en una nulidad subsanable.

El artículo 116 del Código Civil colombiano dispone que pueden contraer matrimonio libremente las personas mayores de dieciocho años, y quienes no han alcanzado esta edad, pueden casarse obteniendo el permiso de sus padres, según lo dispuesto por el artículo 117. Concerniente a la regulación de la nulidad ligada a la edad, el numeral 2° del artículo 140 del Código Civil establece que el matrimonio es nulo “cuando se ha contraído entre un varón de catorce años y una mujer de doce, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad”. Pese a lo descrito, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-507 de 2004, declaró inexecutable la expresión ‘de doce’ contenida en la disposición en comento, equiparando la edad para contraer matrimonio entre hombres y mujeres, la cual es de catorce años.

La Ley 1306 de 2009, como ya se dijo, modificó los aspectos relativos a la edad exigida para la calificación de la nulidad de los actos jurídicos, siendo absolutamente nulos los ejecutados por los impúberes (niños y niñas) entre los cero y los doce años, y relativamente nulos los actos ejecutados por los menores adultos o púberes (adolescentes) entre los doce y los dieciocho años; a pesar de ello, dejó incólume la regulación para la edad matrimonial, al establecer en el párrafo del artículo 53 que “con todo, la edad mínima para contraer matrimonio se mantiene en 14 años tanto para los varones como para las mujeres”.

6 El Código Civil colombiano, en su artículo 113, define el matrimonio como un contrato solemne; empero, la doctrina ha discutido *in extenso* sobre la calificación jurídica de este. Al respecto existen cuatro grandes teorías, a saber: la contractual, la institucional, la mixta y la ecléctica. Al respecto, véanse: Suárez Franco (2006), Parra Benítez (2017), Montoya O. y Montoya P. (2013), entre otros.

La nulidad del matrimonio que carece del requisito de la edad, establece el artículo 143 del Código Civil, no puede declararse si se intenta pasados tres meses desde que los menores llegaron a la pubertad —entiéndase catorce años, pues así también lo dispuso la Sentencia C-507 de 2004—; de lo que se desprende, como se anticipó, que la nulidad es subsanable. Se observa que el régimen de la capacidad matrimonial en razón de la edad, al igual que el régimen de las nulidades, tienen una regulación especial en el ordenamiento jurídico.

Se acotó anteriormente que a los menores de dieciocho años, para contraer matrimonio, se les exige el permiso de sus padres; el cual se caracteriza por ser un derecho subjetivo potestativo de quien lo otorga, es decir, ejercido según el arbitrio del titular (Parra Benítez, 2017), situación frente a la cual cabe preguntarse: ¿cuál es el sentido de esta disposición? Al respecto señala Robert Burt (2000):

En nuestra sociedad [el autor se expresa para la sociedad estadounidense; sin embargo, esta reflexión se adecúa perfectamente al contexto colombiano] existe una arraigada tradición según la cual los deseos de los padres acerca de la crianza de sus hijos deben tener una consideración primordial, la idea de que los padres tienen ‘derechos’ sobre sus hijos es una de las formas de establecer esta tradición. Sin embargo, actualmente esta expresión suena hueca, como si connotara que los niños son propiedades más que personas y que el concepto de los derechos de los padres sobre los hijos fuera equiparable a la idea de posesión de esclavos. (pág. 187).⁷

Frente a las nulidades matrimoniales, pueden enunciarse como algunas de sus características:

7 En este punto debe destacarse lo expuesto por Antione Prost (1990) respecto del contexto francés, quien manifiesta que en la sociedad moderna, con una conquista de la independencia por parte de los jóvenes en relación con su familia y con un nuevo entendimiento de la vida familiar, desde la informalidad, el matrimonio pasa a convertirse en una mera formalidad y deja de ser entendida como una institución. Aparece así lo que los sociólogos llaman la ‘cohabitación juvenil’, que empieza a contar con la aceptación de la sociedad y de los padres de los jóvenes que cohabitan, pues lo entienden como un matrimonio de prueba. Sostiene el francés que “el estado de cohabitación no afecta profundamente el matrimonio como institución. En efecto el matrimonio no cambia nada en la vida de la pareja que cohabitaba antes de su celebración. No le aporta ningún reconocimiento social complementario” (pág. 92).

La relación de los hechos que constituyen los vicios idóneos para anular un matrimonio es siempre taxativa y de la exclusiva competencia del legislador; en consecuencia, no le es dado al intérprete suponer nulidades fuera de los casos expresamente contemplados por la ley; o sea, que las normas jurídicas al respecto son de interpretación restrictiva; subsiguientemente, toda nulidad existe o desaparece del plano normativo en forma expresa. No hay nulidades matrimoniales virtuales [...]; finalmente, si en ocasiones los vicios de nulidad son representativos de ilicitud, esta es puramente civil, e independiente, totalmente, de consideraciones penales. (Parra Benítez, 2017, pág. 256).

Dadas estas características, la ausencia del permiso no mengua la validez del acto jurídico, en desarrollo del aforismo jurídico ‘no hay nulidad sin texto que la consagre’, acogida por el legislador colombiano al establecer en la Ley 57 de 1887 que “fuera de las causales de nulidad de matrimonios civiles, enumeradas en el artículo 140 del Código y en el 13 de esta misma ley, no hay otras que invaliden el acto matrimonial” (Suárez Franco, 2006, pág. 156). En consecuencia, no encontrándose la ausencia de permiso consagrada como una causal de nulidad, el matrimonio celebrado por un menor de dieciocho años, pero mayor de catorce, aun sin el permiso de los padres, es plenamente válido.

Esta situación tiene origen en discusiones planteadas en el Concilio de Trento sobre los matrimonios clandestinos celebrados entre menores, sin el acuerdo de los padres, donde existían dos corrientes encontradas; la una abogaba por la invalidez del acto; la otra, teniendo en cuenta que el consentimiento es la piedra angular del matrimonio, consideraba que la ausencia del permiso o acuerdo entre los padres no podía ser un impedimento dirimente (Lebrun y Burguière, 1988).

Si bien la ausencia del permiso para contraer matrimonio no afecta la validez del acto, tal carencia sí trae consigo la posibilidad de permitir a los padres (o ascendientes, según el caso) ejercer sanciones de orbe patrimonial en contra de los hijos (o descendientes, según el caso) que contrajeron matrimonio sin su permiso, debiendo obtenerlo. En desarrollo del artículo 117 del Código Civil, el artículo 124 de la misma normativa establece que quien no habiendo alcanzado los dieciocho años se case sin el consentimiento debido, puede ser desheredado, situación que se replica en el artículo 1266 del mismo Código, cuando en lo referente a la posibilidad del desheredamiento, en el numeral 4° establece que puede

desheredarse al descendiente “por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, o sin el de la justicia en subsidio, estando obligado a obtenerlo”.

De igual forma, el artículo 125 de tal cuerpo normativo establece que los ascendientes pueden revocar donaciones hechas antes del matrimonio a los descendientes, en razón de haber contraído matrimonio sin el permiso debido. Contrastando lo anterior con lo expuesto por Turlan (1957; citado por Goody, 2009), los intereses familiares solían traducirse en acuerdos a temprana edad, quedando excluida la posibilidad de un verdadero consentimiento de los contrayentes, por cuanto “para asegurar la voluntad de los padres se podía recurrir a la amenaza del desheredamiento” (pág. 179). Por lo visto, esta ha sido una práctica de vieja data para forzar a los menores de edad a seguir la voluntad de sus padres.

La anterior situación ha sido avalada por la jurisprudencia constitucional, ya que en las Sentencias C-344 de 1993 y C-1264 de 2000, las cuales conocieron sobre la constitucionalidad de las disposiciones que contienen la posibilidad de sancionar a los menores de edad que se casaran sin el consentimiento de sus padres, se declararon exequibles las normas acusadas. En sendos pronunciamientos, la Corte Constitucional consideró que no se violaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad y que se estaba en presencia de una herramienta para guiar a los menores de edad en la decisión de contraer matrimonio.

Debe anotarse que en ambas sentencias se presentaron salvamentos de voto. En la C-344 de 1993, los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero elevaron su voz de discordia respecto de la constitucionalidad de las disposiciones acusadas, considerando que no se protege la posición del menor de edad en el seno de la familia y que estas anacrónicas disposiciones favorecen una autoridad desmedida y desprotegen el libre desarrollo de la personalidad. En el fondo de su argumentación resalta una voz que propende por una autonomía progresiva de los menores de edad. En la Sentencia C-1264 de 2000, de nuevo el magistrado Martínez Caballero reitera su discordancia con la constitucionalidad acerca de la posibilidad de ejercer sanciones en el ámbito económico sobre el menor de edad que decide contraer matrimonio sin el permiso debido; y, en esta ocasión, el magistrado Carlos Gaviria Díaz, quien en 1993 había dado su voto favorable a lo expuesto en la Sentencia

C-344, se aparta de la decisión rectificando su anterior posición en pro de una filosofía autonomista que incluye a los menores de edad.

Como señala Borda (1993), en el derecho moderno existe una tendencia generalizada a elevar el mínimo de edad para la validez del acto matrimonial⁸. Esta tendencia no ha sido del todo ajena al ordenamiento jurídico colombiano; un reflejo de esta proyección se dio con el aumento de la edad matrimonial de las mujeres: de doce a catorce años, mediante la Sentencia C-507 de 2004, aunque han existido intentos de reforma legislativa que tratan de aumentar la edad mínima requerida para contraer matrimonio. Ejemplo de esta situación fueron los Proyectos de Ley 103 de 2007 y 006 de 2015 en Senado, por medio de los cuales se intentó prohibir el matrimonio entre menores de dieciocho años.

El matrimonio de menores de edad en Colombia, aunque no como en otras épocas, sigue siendo una práctica común. Según cifras de la Superintendencia de Notariado y Registro presentadas el 30 de noviembre de 2017⁹, durante el año 2016 se presentaron 448 matrimonios en los que al menos uno de los contrayentes era menor de edad; para el año 2017, entre los meses de enero y septiembre, ya se habían presentado 269 matrimonios en esas condiciones. Según señala Jairo Alonso Mesa Guerra, Superintendente de Notariado y Registro para la época “el matrimonio con menor de edad es más común en las áreas rurales donde los padres conceden este permiso con mayor naturalidad”¹⁰.

8 Borda (1993) argumenta que desde el punto de vista social no son deseables los matrimonios contraídos por personas de baja edad dada la inconsciencia de quienes se ven sometidos a situaciones tan complejas como la convivencia conyugal, la crianza de los hijos o el manejo del patrimonio. Esta situación no debe obviarse; es una expectativa plausible la disminución de la uniones familiares por parte de menores de edad, dadas las implicaciones que puede tener esta situación en su proyecto de vida; sin embargo, por lo expuesto en este libro, se sabe, por un lado, que el aumento de la edad matrimonial no obedece únicamente a estas razones de interés social, sino también a razones de carácter económico; y, por otro lado, que una política legislativa que se plantee desde el desconocimiento o la prohibición de estas situaciones, sobre todo las de hecho, no tiene la posibilidad de desincentivar esta práctica.

9 El informe completo y detallado presentado por la Superintendencia puede consultarse en: <https://drive.google.com/file/d/1N-2aig05DSQaDH7BGQDig-egEGIMsYky/view?usp=sharing>

10 Al respecto, véase la nota publicada en el periódico *El Tiempo* el día 30 de marzo de 2017. Puede consultarse en: <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/470-menores-de-edad-se-casaron-en-colombia-73182>.

En Colombia la nulidad matrimonial originada en la edad es subsanable con el paso del tiempo; la ausencia de permiso por parte de los padres no afecta la validez del acto, aunque dota a estos de la posibilidad de ejercer sanciones económicas en contra de los hijos a quienes no concedieron el permiso, yendo así en contra del desarrollo autónomo del menor de edad. Frente a la nulidad, en caso de que llegue a declararse, debe advertirse que, con todo, el matrimonio surtiría efectos patrimoniales, pues según lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 1820 del Código Civil, da lugar a la disolución de la sociedad patrimonial, salvo que esta no se haya formado. Mirado así, aunque se declare nulo el matrimonio contraído por menores de edad, considera el legislador, este debe desplegar efectos patrimoniales. De igual forma, el matrimonio entre menores de edad es una práctica que pervive en Colombia, principalmente en las zonas de escaso desarrollo industrial o económico.

4.3. Aspectos problemáticos de la capacidad en razón de la edad en la unión marital de hecho

El hecho de que el legislador colombiano no hubiese establecido una regulación expresa referida a si se demanda una edad específica para la conformación de la unión marital de hecho, y el despliegue de sus efectos patrimoniales, crea la posibilidad de una amplia discusión interpretativa, la cual, según se concluya, tendría efectos trascendentales en el desarrollo del derecho fundamental a la conformación de la familia. Ante la ausencia de una reglamentación expresa, la doctrina ha planteado una diversidad de esfuerzos interpretativos frente al régimen de capacidad en relación con la edad —si es que se exige—, que debe aplicarse a las uniones maritales de hecho.

Sostiene Blanco Rodríguez (2010) que aunque en la unión marital de hecho no se requiere expresamente una declaración de voluntad como en el matrimonio, sí se exige cierta capacidad de los compañeros permanentes y la clasifica dentro de los requisitos de su esencia. Sin embargo, no ofrece una postura clara respecto a cuál debe ser la capacidad exigida para la tal figura jurídica.

Autores como Sánchez Mercado (1995) utilizan el concepto de capacidad física como un requisito para constituir una unión marital de hecho, junto a la posibilidad de procreación que, sostiene, deben tener quienes se unen

bajo esta figura, pues, según esta autora, no se puede separar lo marital de la procreación. Por una línea similar, Gutiérrez Sarmiento (2001) expresa que la capacidad sexual es un requisito comprendido dentro de la legitimación marital para constituir una unión marital de hecho. En el mismo sentido, Lafont Pianetta (2009) asevera que la capacidad sexual es un requisito para darle carácter marital a la unión, y esta comprende la pubertad, la capacidad física para la ejecución de un acto heterosexual y la aptitud para procrear.

Ante las anteriores posturas debe enunciarse que no ofrecen una solución real a la problemática, en primera medida, porque acuden a criterios estrictamente biológicos como la capacidad sexual, la pubertad o la posibilidad de procreación de los seres humanos, lo que en muchos casos no permite determinar un criterio claro, dado lo incierto de elementos como la pubertad de los individuos. Además, se advierte que estas posturas están orientadas a la capacidad de procreación propia de la heterosexualidad¹¹, lo cual no resulta acertado frente al estado actual de la jurisprudencia, en el que se reconoce claramente a las parejas homosexuales el derecho a conformar familia a través de la unión marital de hecho.

Suárez Franco (2006), al analizar los escenarios en los que se puede declarar la sociedad patrimonial establecidos en el artículo 2° de la Ley 54 de 1990, el cual dispone que ante la existencia de una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años entre quienes no concurra impedimento matrimonial, se presume tal sociedad de bienes, concluye que “la ley se refiere a la unión marital de hecho entre personas solteras, no parientes entre sí, con edad suficiente para contraer matrimonio” (pág. 450).

Es evidente que el autor comprende que la unión marital de hecho solo puede contraerse entre personas mayores de catorce años. No obstante, se considera que este camino no es lógico para arribar a tal conclusión, pues, como ya se expuso en este escrito, el impedimento legal al que hace referencia la disposición normativa es el concerniente al vínculo matrimonial anterior y no a todas las causales de nulidad matrimonial.

11 Así lo expresa directamente Lafont Pianetta (2009), porque la capacidad sexual a la que se refiere hace parte de los requisitos de lo que denomina una heterosexualidad idónea. En igual sentido, Sánchez Mercado (1995) enuncia la capacidad física desde la unión de lo masculino y lo femenino.

Un sector de la doctrina colombiana, en el entendimiento de que las uniones maritales de hecho constituyen un negocio jurídico, sostienen que en estas se deben acreditar todos los requisitos de validez. Postura similar asumen quienes comprenden que la capacidad jurídica es presupuesto de validez de todo acto jurídico, incluyendo la unión marital de hecho, determinando que su ausencia tiene la posibilidad de convertir la unión en nula.

En esta línea de argumentación, Quiroz Monsalvo (2007), quien asume que la unión marital de hecho es un negocio jurídico, refiere que esta debe reunir todos los requisitos de validez, a saber: capacidad, declaración de voluntad, objeto y causa. Respecto de la capacidad, el autor colombiano observa que quienes se unen bajo esta figura deben ser núbiles, es decir, deben contar con la edad de catorce años, arguyendo que esto “se puede deducir de la remisión del artículo 7 de la Ley 54 de 1990 al 1777 y 140, numeral 2 del Código Civil” (pág. 165).

Establece literalmente el artículo 7° de la Ley 54 de 1990 en su primera parte que “a la liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, se aplicarán las normas contenidas en el Libro 4o., Título XXII, Capítulos I al VI del Código Civil”. El libro 4° del Código Civil comprende las obligaciones en general y los contratos, y en el Título XXII se refiere a las capitulaciones matrimoniales y a la sociedad conyugal.

La remisión hecha por la Ley 54 de 1990 a las disposiciones del Código Civil, es realizada únicamente en lo que a la liquidación de la sociedad patrimonial se refiere, pues, en efecto, así lo estipula el artículo 7° de la Ley 54, a lo que se suma el hecho de que el Título XXII del Capítulo 4° contiene reglas exclusivamente de carácter patrimonial. Particularmente, el artículo 1777 del Código Civil contiene las reglas que deben seguirse para las capitulaciones del menor adulto, pero, no existe una remisión particular a las disposiciones que regulan la edad matrimonial como pretende hacerlo ver Quiroz Monsalvo (2007).

De igual forma, esta remisión, incluso en lo que a lo patrimonial se refiere, debe atender a lo que es compatible con la figura jurídica de la unión marital de hecho, ya que no resulta lógico pensar que se requiera otorgar consentimiento a los menores de edad para entablar una unión marital

de hecho por parte de quienes deben otorgarlo en el matrimonio. En consecuencia, no es coherente que de la remisión hecha a las reglas de la liquidación de la sociedad conyugal se desprenda, para la unión marital de hecho, un requisito especial de la capacidad estipulado para el matrimonio.

Por su parte, Reyes Casas y Ochoa Andrade (2010) sostienen que la capacidad es un presupuesto de validez de todo acto jurídico, del que no escapa la unión marital de hecho, y en este sentido apuntan:

La Ley 54 de 1990 y su reforma, no determinaron la edad con la que deben contar el hombre y la mujer que pretendan conformar una comunidad de vida en los términos de la Constitución y la citada ley, como sí lo plantea la ley civil y la jurisprudencia para contraer matrimonio; este vacío jurídico se soluciona, a nuestro parecer, acudiendo analógicamente a lo previsto por el Código Civil en su art. 116, modificado por el Decreto 2820 de 1974, esto es, que la pareja o compañeros permanentes hayan alcanzado cada uno por separado, los 18 años de edad, puesto que las razones de hecho que fundan tal disposición, son las mismas que se dan en la unión libre.

Creemos que con igual analogía ha de aplicarse la norma del art. 117 del Código citado, es decir, que dicha unión pueda materializarse entre personas de sexo opuesto, siempre y cuando se encuentren en plena pubertad, la cual se presume tanto en hombres como en mujeres para efectos matrimoniales, según la Corte Constitucional, a partir de los 14 años. (pág. 54).

De lo expuesto por Reyes y Ochoa (2010), a pesar de su interpretación analógica del artículo 116 del Código Civil, se concluye que en su entender, la unión marital de hecho puede constituirse a partir de la edad de catorce años. Los autores hacen la salvedad de que si bien interpretan analógicamente el artículo 117 del Código Civil, esta forma de interpretación no se extiende a las sanciones dispuestas ante la ausencia del permiso que exige tal disposición, pues, recuerdan, “no es permitido imponer sanciones por vía de analogía”; por lo tanto, concluyen: “cuando la unión libre se conforma entre personas que se consideren incapaces en razón de no haber alcanzado las edades antes mencionadas, deviene la nulidad de ese contrato o relación marital” (pág. 54).

Aun cuando los autores recuerdan que las sanciones no se pueden aplicar de forma análoga, al parecer sí olvidaron que la interpretación de las

nulidades también es restrictiva y estas tampoco pueden aplicarse por vía de analogía. En términos prácticos, lo que Reyes y Ochoa proponen es la extensión de las nulidades matrimoniales a la unión marital de hecho. En consecuencia, se considera que la interpretación que realizan estos autores para llegar a tal conclusión está vedada.

Con un entendimiento similar sobre la calificación jurídica de la unión marital de hecho, Bolaños (2011) —quien sostiene que esta figura origina un contrato o negocio jurídico bilateral— llega a una conclusión distinta. Sosteniendo en igual sentido que las uniones maritales de hecho deben llenar los requisitos generales de la validez, esto es, capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita, concluye que las personas menores de dieciocho años, al no poder celebrar contratos, no pueden conformar una unión marital de hecho, limitación que, indica, en los menores adultos ni siquiera se elude con el permiso paterno, como sí sucede con el matrimonio.

Ante el cuestionamiento en torno a “¿qué sucede si un hombre y una mujer, ambos menores de edad o uno de ellos, conforman unión marital de hecho, y al cabo de dos años de comunidad de vida estable y permanente, surge entre ellos sociedad patrimonial?” el mismo Bolaños (2011) se responde así:

Se puede demandar la nulidad de la unión marital por falta de cualquiera de los requisitos esenciales de validez del contrato [entre ellos la capacidad]. Declarada la nulidad, es lógico que no es viable la declaración de existencia de la sociedad patrimonial, al menos respecto al compañero o compañera permanente, mayor de edad plenamente capaz para obligarse

El contrato de unión marital de hecho, afectado de nulidad relativa, queda saneado por la voluntad tácita de los compañeros permanentes, si cumplida la mayoría de edad, transcurren los dos años exigidos por la Ley 54 de 1990, artículo 2º, para la existencia de la sociedad patrimonial. (pág. 78).

En una línea argumentativa similar, Montoya Pérez (2016), al concebir que la unión marital de hecho es un acto jurídico (el cual concurre con un hecho jurídico) sometido a exigencias de validez, siendo causal de anulación de la unión, entre otras, la falta de capacidad, el autor concluye:

Solo serían válidas las uniones de personas mayores de edad; aquí se abre la discusión frente a la capacidad que tienen los menores adultos para casarse. Se debe afirmar que en razón del carácter de orden público de las normas que regulan la capacidad, las excepciones para admitir la actuación válida de los incapaces tienen que ser expresas y no cabe su aplicación por vía analógica. (pág. 90).

Asumir que la unión marital de hecho requiere de elementos de validez, parece de forma insoslayable llevar a la conclusión de que la misma se puede anular. No obstante, es necesario analizar algunas consecuencias de esta interpretación. Invocando este criterio, se afirma que no debe atenderse a los requisitos de validez y consecuentes causales de anulación que recaen sobre el acto matrimonial, sino que corresponde acudir a las reglas generales de los actos jurídicos, de la capacidad y de las nulidades, lo que conduce a que la distinción entre incapacidad absoluta y relativa en razón de la edad se bifurque en la edad de doce años, y así su consecuente nulidad.

Para el análisis de esta situación merece traerse a colación las distintas formas de declaración de la unión marital de hecho; por un lado, a través sentencia judicial, en la cual puede afirmarse que por regla general no media la voluntariedad de los convivientes; por otro lado, mediante el mutuo acuerdo de las partes, elevado a escritura pública o por acta de conciliación.

En el primer escenario, resultaría lógico pensar que la declaración de nulidad de la unión marital de hecho puede proponerse vía excepción ante la pretensión de declaración de la misma; o eventualmente, solicitar la nulidad en un proceso en el que primero tenga que declararse la unión marital de hecho, una vez acreditados los requisitos legales para la conformación de aquella y, posteriormente, sea declarada la nulidad.

Ahora, para el escenario en el cual media la voluntad de las partes, podría concluirse que debe atacarse la validez del acto constitutivo —si es que se puede hablar de este— de la unión marital de hecho.

Frente a esta última situación, debe tenerse en cuenta la imposibilidad de prohibir la declaración de existencia de una unión marital de hecho a los menores de dieciocho y mayores de doce años, en primera medida, porque solo se está dando fe pública (cuando se trata de escritura pública) de la existencia de una convivencia con características determinantes para

predicar de ella una forma constitutiva de familia; en segundo lugar, porque como lo establece en su artículo 21 el Estatuto de Notariado, Decreto Ley 960 de 1970, modificado por el artículo 35 del Decreto 2163 de 1970,

El notario no autorizará el instrumento cuando quiera que por el contenido de las declaraciones de los otorgantes o con apoyo en pruebas fehacientes o en hechos percibidos directamente por él, llegue a la convicción de que el acto sería absolutamente nulo por razón de lo dispuesto en el artículo 1504 del Código Civil.

En este sentido, el notario solo puede negarse a la constitución de una escritura pública en caso de que considere que el acto que allí se expresa estaría viciado de nulidad absoluta; en los demás casos, debe proceder a la elevación de la escritura. De modo que los menores entre los doce y los dieciocho años de edad pueden constituir una unión marital de hecho a través de escritura pública, incluso sosteniendo la tesis de que se requiere plena capacidad para conformar familia a través de tal figura jurídica.

Como Montoya Pérez (2016) admite, además de un acto jurídico, la unión marital de hecho contiene en sus elementos un hecho jurídico: la convivencia permanente y singular; y como enfáticamente se ha señalado en este libro, la convivencia es un hecho, que por su marcado carácter fáctico, escapa en gran medida al control normativo por parte del Estado. Por tanto, el camino trazado para su regulación, debe ser la asignación de efectos jurídicos favorables a esta figura que es fáctica en su esencia. Así, siendo la característica factual de la esencia de la unión marital de hecho, ¿qué sentido tiene declarar la nulidad de una situación preeminentemente fáctica como la convivencia?, ¿qué efectos tendría?

Según lo expone Montoya Pérez (2016), no se pueden aplicar por analogía las nulidades matrimoniales a las uniones de hecho, lo que conlleva a la aplicación del régimen general de la nulidad de los actos y negocios jurídicos, lo que a su vez conduce a que los efectos de la declaración de la nulidad de esta figura sean retroactivos; es decir, deben deshacerse todos los efectos causados y volver al punto de partida.

En materia matrimonial, la declaración de nulidad del vínculo tiene efectos hacia el futuro; en consecuencia, no deben deshacerse los efectos ni retrotraer las cosas a su estado inicial. Esto se desprende de lo dispuesto en los artículos 148 y 149 del Código Civil, respecto a los efectos de la

declaratoria de nulidad y frente a los hijos habidos durante el vínculo, respectivamente. De igual forma, sin importar que el matrimonio sea declarado nulo, se considera que la sociedad conyugal existió, pues según lo establecido en numeral 4° del artículo 1820 del Código Civil, la sociedad conyugal se disuelve con la declaratoria de la nulidad (exceptuando la nulidad originada en el vínculo matrimonial anterior vigente). En otras palabras, sin importar que en el matrimonio esté presente una causal de nulidad, este tiene plenos efectos patrimoniales.

El sentido de esta disposición es reconocer que si bien existió, al momento de la formación del vínculo matrimonial, un vicio que no permitía su validez, al interior de la vida conyugal se constituyeron patrimonios comunes, con base en los elementos de la conformación de la familia, como lo sería la comunidad de vida, el socorro y la ayuda mutua; es por ello que a pesar de la nulidad del vínculo, este debe desplegar sus efectos patrimoniales.

En el caso de la unión marital de hecho, reconocer que aquella puede estar afectada por la nulidad en consideración a la ausencia de un requisito de validez, y asumir que las cosas deben volver a su estado original, implica desconocer los efectos patrimoniales que la legislación quiere asignar a la convivencia. Así la unión marital de hecho sea declarada nula (si es que esto se puede), no le está dado al Estado imponer la separación a los convivientes; en otras palabras, dentro de las consecuencias de la nulidad no está la posibilidad de hacer finalizar la convivencia; su único efecto podría ser la negación de los efectos patrimoniales de esta. La convivencia tiene la virtualidad de continuar, llevando esta situación a un plano de inseguridad jurídica con eventuales desprotecciones patrimoniales que la ley busca evitar.

Con todo, en caso de acogerse la tesis que supone para la unión marital de hecho requisitos de validez con su consecuente posibilidad de declaratoria de nulidad, debe tenerse en cuenta, como mínimo, la imposibilidad de que su declaratoria haga cesar la convivencia; las consecuencias negativas que podría acarrear la negación de efectos patrimoniales a esa situación de hecho; y quién puede solicitar la anulación del acto. Todo esto para no ir en desmedro de los derechos patrimoniales de sujetos de especial protección como son los incapaces.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia 26.120 del 12 de junio de 2013, resultado de un proceso en el cual se ejerce el medio de control de reparación directa¹², se pronuncia sobre la posibilidad que asiste a los menores de edad de conformar una unión marital de hecho. Según esta jurisprudencia del órgano contencioso administrativo, a los menores de edad les está vedada la posibilidad de conformar este tipo de uniones. La tesis se basa en la expresión “impedimento legal para contraer matrimonio”, contenida en el artículo 2° de la Ley 54 de 1990; no obstante, como ya se ha dicho, la interpretación no resulta adecuada, pues aquella expresión se refiere específicamente al impedimento del vínculo anterior vigente. Pese a lo señalado, considera el Consejo de Estado que este tipo de uniones, en las cuales participan menores de edad, están llamadas a producir efectos de contenido patrimonial.

Debe advertirse que el Consejo de Estado no es el órgano jurisdiccional competente para pronunciarse sobre la declaración de conformación de familia a través de la unión marital de hecho. La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, quien sí es competente para la declaración de estos asuntos, conoció de un recurso en el cual se pretendía casar una sentencia que declaraba la unión marital de hecho entre una pareja del mismo sexo, que dentro de la discusión de sus extremos temporales, existía un lapso en el que uno de los que a la postre fueron confirmados como compañeros permanentes, no había alcanzado la mayoría de edad (Sentencia SC4360-2018 del 09 de octubre de 2018).

A pesar de lo anterior, nunca se discutió como problema jurídico, ni en instancias ni en sede de casación, el tema de la capacidad jurídica relacionada con la edad para conformar familia mediante la unión marital de hecho. El debate se concentró en los extremos temporales de la convivencia; al final decidió el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, que el inicio de la convivencia que generó la unión marital de hecho se dio en un tiempo en el que uno de los compañeros permanentes tenía diecisiete años de edad, casando parcialmente la decisión del Tribunal

12 Tal sentencia es el resultado de un proceso en el que pretendía una reparación directa, donde la persona que ejerce el medio de control convivía con un menor de edad, quien es la víctima directa del daño. Allí el Consejo de Estado analizó la posibilidad que asiste a los menores de edad de conformar familia a través de la unión marital de hecho.

Superior de Cúcuta, que había declarado probada la convivencia más de un año antes (Sentencia SC4360-2018 del 09 de octubre de 2018).

Se reitera que, en tal pronunciamiento, la capacidad jurídica como requisito para la declaración de la unión marital de hecho no fue objeto de discusión por parte de la Corte Suprema, puesto que ni fue controvertido por las partes ni se hace le mención como un elemento relevante al interior del proceso; sin embargo, debe recalarse que al momento del cese de la convivencia por muerte de uno de los compañeros permanentes, quien era menor de edad al momento de iniciar la convivencia, ya descontaba más de veintidós años de edad.

Retomando la discusión doctrinal, García Restrepo (2002), quien califica la unión marital de hecho como un hecho jurídico, sostiene que la capacidad exigida por la ley para la realización de actos jurídicos no es tomada en cuenta para la realización de hechos con consecuencia jurídica; además, señala de forma acertada que a diferencia de actos contractuales o para el contraer matrimonio en los que se debe probar la capacidad establecida en la norma, para iniciar una convivencia no se requiere probar una capacidad; en virtud de ello, pueden encontrarse uniones entre dos incapaces o entre un capaz y un incapaz.

Frente a la posibilidad de exigir determinada capacidad jurídica para la conformación de una unión marital de hecho se señala que

la Ley 54 no tuvo en cuenta la capacidad, por tanto, creemos que si se cumplen los demás requisitos legales, entre ellos surge la sociedad patrimonial así uno o ambos sean incapaces, porque se está regulando un hecho y no un acto jurídico y por lo tanto no podrá aplicarse ninguna nulidad. Los hechos son o no son. (García Restrepo, 2002, pág. 11).

Posición similar tiene Parra Benítez (2017), pues al referirse a la capacidad requerida para la unión marital de hecho, indica que si tal exigencia no está prevista en el ordenamiento jurídico, no puede aceptarse válidamente su requerimiento. Más recientemente, este autor sostiene con mayor énfasis que “el requisito de la edad no está previsto expresamente por el ordenamiento y no puede aceptarse válidamente, por cuanto hacerlo implicaría la interpretación restrictiva de la norma legal y una muy posible infracción de principios de rango superior” (Parra Benítez, 2019, pág. 383).

Los análisis dogmáticos que pretendan hacerse sobre la capacidad relacionada con la edad en la unión marital de hecho, deben estar alumbrados por principios constitucionales y derechos de rango superior. Como se ha señalado, ante la diversidad de modelos familiares que se presentan en la actualidad, el derecho debe optar por protegerlos, evitando privilegiar un modelo de familia; de esta forma, en la Constitución Política de 1991, además de la familia matrimonial, se reconoce otra tipología de familia; por esa razón, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, la unión marital de hecho se erige como una figura de creación familiar que merece protección constitucional.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha señalado que “el derecho a conformar libremente una familia es un derecho constitucional fundamental del cual también son titulares los menores de edad”, señala adicionalmente la Corte que el derecho a conformar una familia por parte de menores de edad no tiene el mismo ámbito de protección que el derecho de los adultos; por ello, el legislador podría establecer condiciones para el ejercicio de este derecho como la fijación de criterios de edad (Sentencia C-507 de 2004).

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la unión marital de hecho es una fuente de conformación de familia que merece protección constitucional y que los menores de edad son titulares del derecho a conformar familia, cualquier interpretación que esté encaminada a cercenar de tajo la posibilidad de conformar una unión marital de hecho por parte de los menores de edad, va en contravía de principios constitucionales y de derechos fundamentales.

Ahora, frente a la posibilidad de que el legislador establezca un límite de edad para la conformación de la familia a través de la unión marital de hecho, sostienen García Restrepo y Roca Betancur (1994) que

No debe la Ley señalar una edad o una capacidad síquica o física para que la unión libre tenga efectos jurídicos o para que sea reconocida, porque exactamente quienes conviven sin casarse se han sustraído a las formalidades del matrimonio y han creado una situación de hecho que es preciso entrar a solucionar o reconocerle efectos, pero *a posteriori*, después de que ya se haya dado.

Nadie en el momento de formar una unión libre estaría dispuesto a preguntar por los requisitos, como sí se hace antes de contraer matrimonio, y al no cumplir el requisito de la capacidad sería necesario dejar por fuera de reconocimiento aquellas uniones que más necesitan de un tratamiento equitativo, por ejemplo cuando un menor o una menor conviven con un adulto, o cualquier incapaz convive con otro incapaz. (pág. 25-26).

El análisis propuesto por García Restrepo y Roca Betancur se encuentra estrechamente vinculado con la postura que aquí se ha sostenido frente a la imposibilidad de control que tiene el Estado en lo que respecta a la convivencia como hecho social, una política prohibitiva o sancionatoria no tiene la virtualidad de hacer cesar situaciones fácticas como la convivencia; de esta manera, la obligación que se le impone al Estado es la de asignar efectos jurídicos favorables a esta realidad social.

Lo anterior, sumado al estudio presentado por Montoya y Vélez (1993) sobre la unión libre en Colombia, en el que al analizar aspectos como la edad concluyen que “las personas inician mucho más temprano una convivencia en unión de hecho que en matrimonio legal” (pág. 81); lo anterior, aunado al hecho de que en Colombia existen zonas de escaso desarrollo industrial, los cuales tienen como característica que la conformación de la familia se presenta a una edad más temprana que en los lugares en los que el desarrollo económico es de mayor impacto, teniendo en cuenta, además, que la disminución de los matrimonios y el alza de las uniones maritales de hecho hacen parte de los aspectos que modifican las estructuras familiares actuales; no se puede desconocer que la convivencia a una temprana edad es un fenómeno que se presenta en Colombia.

En consecuencia, utilizar la capacidad en razón de la edad como un limitante para conformar familia a través de la unión marital de hecho, y sus consecuentes efectos patrimoniales, menoscabaría los derechos de sujetos que deben tener especial protección por parte del legislador. En términos prácticos, tal limitación implicaría volver al estado anterior de desprotección legal de esta forma no matrimonial de conformar familia, pues se desatenderían situaciones de hecho ante el desabrigo de un régimen patrimonial.

Resulta ilógico pensar que el desconocimiento de los efectos patrimoniales que pueden surgir de la convivencia de los menores de edad a través de políticas prohibitivas, tenga como efecto la salvaguarda de sus derechos. La anterior situación podría implicar el desconocimiento del eventual aporte en industria y la ayuda brindada al otro conviviente para la conformación de un capital, pues de entenderse que no les está dado constituir una unión marital de hecho, se impediría el acceso al régimen patrimonial que para esta figura se ha dispuesto.

No debe olvidarse que el régimen de la capacidad es un régimen de protección, el cual debe estar encaminado a la defensa de los derechos de quienes pretende proteger: los incapaces. Aplicar este sistema simplemente como una forma de limitar el acceso a las relaciones jurídicas, implica ir en contravía del ánimo que inspira esta figura, esto es, preservar los derechos, en este caso de los menores de edad.

García Restrepo (2002) expone que no se desconoce la posibilidad de que se puedan presentar abusos por parte de personas que organicen convivencias con menores de edad para aprovecharse de su falta de capacidad y lucrarse de los bienes del incapaz, lo que genera un abuso del derecho. Sostiene, así mismo, que en estos casos es necesario probar la mala fe. En igual sentido, afirman García Restrepo y Roca Betancur (1994) que probándose la mala fe en el abuso del derecho frente a incapaces, la unión marital de hecho no debe surtir efectos patrimoniales, e incluso habría lugar a indemnizar al incapaz y a su familia por los perjuicios que se hubieren causado.

Puede surgir también la inquietud respecto a la eventual tipificación de un delito en contra de la libertad sexual en caso de convivencia con un menor que no haya alcanzado la edad de catorce años. Acerca de este interrogante puede exponerse lo siguiente: en el entendimiento de una independencia entre el derecho de familia y el derecho penal, si se pensara que esta conducta debe ser objeto de sanción penal, esta no debe afectar los efectos patrimoniales de la convivencia, pues

El castigo no haría justicia abandonando al otro que tal vez puso sus esfuerzos en la adquisición de un patrimonio, o sea que sancionado a uno pero no reconociendo derechos al otro en ese patrimonio, trayendo como excusa simplemente su incapacidad, se daría lugar a una gran injusticia. (García Restrepo y Roca Betancur, 1994, pág. 27).

En otras palabras, carece de sentido establecer una sanción de tipo penal para quien conviva por determinado tiempo con un menor de edad entre doce y catorce años, y a su vez dejar un estado de desprotección atinentes a los derechos patrimoniales que surgen de esta unión en razón del capital construido con el apoyo de este en desarrollo de la vida marital. No resulta plausible que bajo el pretexto de la incapacidad se quiera desconocer una situación de hecho como la convivencia, a la cual el ordenamiento ya le ha asignado efectos jurídicos.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-146 de 1994, mediante la cual se declaró exequible la sanción que se contemplaba en los artículos 303 y 305 del Código Penal de 1980 para el delito de acceso carnal abusivo y corrupción que se configuraba con menores de catorce años, aclaró que no había lugar a ilicitud penal si se realizaba con una persona entre los doce y los catorce años con la que se hubiere contraído matrimonio o se haya conformado una familia por vínculos naturales, en desarrollo del artículo 42 constitucional; lo anterior, como consecuencia de que habría una clara justificación del hecho. Esta jurisprudencia fue reiterada por dicha corporación en Sentencia C-1095 de 2003, mediante la cual se resolvió la demanda que acusaba de inconstitucional los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000 que contempla los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales abusivos con menor de catorce años.

Lo anterior permite arribar a la conclusión de que para la Corte Constitucional las uniones maritales de hecho conformadas por menores de edad tienen plenos efectos jurídicos y se constituyen como el desarrollo del derecho fundamental a conformar familia del que estos gozan. Por otro lado, tomando en consideración que en caso de matrimonio (antes de 2004) o unión marital de hecho con un menor de catorce años, no habría lugar a sanción penal por ser un acto permitido por el legislador, ¿no podría llevar lo expuesto al cuestionamiento de que si se entiende permitido para los menores de edad entre doce y catorce años constituir una unión marital, se disiparía la posibilidad de sanción penal por este hecho, sobre todo, en contextos culturales y económicos donde esta práctica es común?

Ahora, dentro de la caracterización del modelo familiar propuesto por la Constitución de 1991, frente a la capacidad para conformar una familia, se requiere una consensualidad responsable, lo cual implica

Capacidad para hacer una elección propia de su pareja, es decir, que el derecho fundamental a casarse o formar una familia requiere la sola condición de que pueda expresarse una decisión libre. Es la autonomía de la voluntad para construir una familia (Lemos Sanmartín, 2007, págs. 99-100).

Es en este punto donde toma relevancia el concepto de capacidad o autonomía progresiva de los menores de edad. La posibilidad de conformar familia a través de la unión marital de hecho que tienen los menores de edad, no puede pensarse únicamente como un régimen de protección; esta puede pensarse también en términos de libertad consciente. En un escenario donde las personas que no han alcanzado la mayoría de edad ya no solo son objetos bajo un complejo tutelar de protección, sino que también son pensados como verdaderos sujetos de derecho, lo que se da en un contexto donde no son concebidos como meros incapaces, el ordenamiento jurídico, a partir de un reconocimiento de la autonomía y desarrollo cognitivo de los menores de edad, debe dotar de plena validez jurídica algunos de los actos que ejecutan.

En consecuencia, si para desarrollar el derecho fundamental a conformar una familia se requiere un ejercicio de autonomía de la voluntad como desarrollo de la expresión de una decisión libre, en una atmósfera de reconocimiento de la titularidad de derechos y autonomía progresiva de los menores de edad, puede pensarse en un ejercicio volitivo libre encaminado a la conformación de la unión marital de hecho, el cual debe ser respetado por el ordenamiento jurídico. La protección de los derechos de los menores de edad debe estar interrelacionada con el respeto por su libertad; de tal suerte, la doctrina ha enunciado mecanismos mediante los cuales se les puede proteger del despliegue de los efectos jurídicos de una unión marital de hecho.

Lo dicho aquí no implica desconocer, como una expectativa plausible, una apuesta por la disminución de las uniones en las que hagan parte menores de edad; esto como desarrollo de una libertad consciente frente a la decisión que se toma para que la conformación de la familia se dé en un escenario reflexivo. Sin embargo, ello no legitima una limitación abrupta de la libertad ni mucho menos el desconocimiento de realidades sociales. Lo expuesto a lo largo del texto demuestra que las políticas prohibitivas o de simple desconocimiento no tienen la cualidad de disminuir una

práctica arraigada; por el contrario, ha generado estados de desprotección de situaciones que deben ser observadas por las políticas legislativas del Estado.

Respecto a la conformación de familia por parte de los menores de edad a través de la unión marital de hecho, deben advertirse algunas diferencias en cuanto a la conformación de familia a través de matrimonio. Para constituir una unión marital de hecho, siendo su elemento principal la mera convivencia, no puede pensarse en la exigencia de un permiso por parte de sus ascendientes; además, la norma no lo exige; en consecuencia, tampoco está dado pensar en eventuales sanciones en el ámbito hereditario que podría implicar la ausencia de tal permiso.

Se considera que la unión marital de hecho conformada por un menor de edad, no da lugar a su emancipación legal, pues en términos del artículo 314 numeral 2° del Código Civil, esta se presenta con ocasión del matrimonio del hijo. Se cree que se incurriría en un error interpretativo al tratar de hacer extensiva esta causal de emancipación. Esta situación puede analizarse desde dos puntos de vista: en primera medida, puede afirmarse que quedar sujeto a patria potestad sería una limitante para el desarrollo efectivo de la conformación de la familia; por otro lado, puede verse en esta situación un blindaje jurídico y patrimonial para el adolescente que conforma una unión marital de hecho.

Ahora, “en cuanto al ejercicio de las acciones encaminadas al reconocimiento de los efectos de dichas uniones, la situación de los incapaces es diferente, pues estos necesariamente deberán intervenir por medio de un representante” (García Restrepo y Roca Betancur, 1994, pág. 28). Esto significa que a pesar de conformar familia, los menores de edad no adquieren capacidad de ejercicio ni procesal¹³.

Ante esta situación, Chacón Jiménez (2008) argumenta que si bien un acceso irrestricto al órgano jurisdiccional puede ir en contra del mejor interés de los menores de edad, sí deben existir escenarios en los que estos puedan gozar de capacidad procesal para intervenir personalmente ante la jurisdicción y no por medio de representante, pues, como el mismo autor indica, “la capacidad procesal en el proceso de familia, debe ser

13 La capacidad para actuar procesalmente no es sino un complemento inseparable de la capacidad para ser sujeto de derecho. Por ello, “la capacidad procesal es la capacidad para actuar por sí mismo en el proceso” (Couture, 2001, pág. 171).

determinada de una manera distinta a la forma en que tradicionalmente se ha realizado en el derecho procesal civil” (pág. 255). Se considera que en un escenario como el del reclamo de los derechos derivados de una unión marital de hecho, debería dotarse a los menores de edad de la posibilidad de acudir por sí mismos al escenario judicial para pretender la vindicación de sus derechos.

* * *

Puede observarse que en la doctrina existen diversas interpretaciones frente a la problemática de la capacidad relacionada con la edad en la unión marital de hecho. Se encuentran autores que por diferentes caminos analíticos concluyen que la capacidad exigida para estas uniones debe ser la requerida para conformar familia a través del vínculo matrimonial. Por otro lado, existen posturas que apuntan a la exigencia de una capacidad jurídica plena para la conformación de familia a través de la unión marital de hecho. De igual forma, un sector doctrinal expresa que no debe existir una limitante frente a la capacidad en razón de la edad para constituir uniones maritales.

En el escenario jurisprudencial, en Consejo de Estado, pese a que asume que a los menores de edad no les está permitido conformar uniones maritales de hecho, plantea que las convivencias en que estos hagan parte deben desplegar efectos de contenido patrimonial. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia no se ha pronunciado expresamente sobre la cuestión objeto de debate. A su vez, la Corte Constitucional ha afirmado que la unión marital de hecho constituye una familia; de igual forma ha establecido que la conformación de familia es un derecho fundamental que asiste también a los menores de edad. Esta corporación, además, tiene pronunciamientos de los cuales permite desprenderse que conformar una unión marital de hecho, con sus consecuentes efectos patrimoniales, es un derecho que tienen los menores de edad.

Con todo, se puede concluir que la convivencia, siendo una situación preeminentemente fáctica, escapa en gran medida al control del Estado; por lo tanto, debe optarse por dar a esta situación efectos jurídicos que vayan en favor de la protección de los convivientes. El ordenamiento jurídico debe estar orientado a darle resguardo a situaciones de hecho que ya están consolidadas. Así, evitar el despliegue de efectos jurídicos a

las convivencias en las que hagan parte los menores de edad puede ir en contravía de los derechos de estos sujetos de especial protección.

Igualmente, la conformación de familia a través de la unión marital de hecho por parte de menores de edad, no debe pensarse solo en términos de protección, en aras de un entendimiento autonomista frente a esta población, que los comprende como sujetos de derecho; la conformación de la unión marital de hecho por parte de estos, también puede pensarse en términos de libertad consciente, en situaciones donde a través de una decisión reflexiva, se decida desarrollar el derecho fundamental a conformar familia.

4.4. Algunos referentes en el derecho extranjero sobre la edad requerida para conformar familia por fuera del matrimonio

En el contexto de algunas legislaciones extranjeras, las disposiciones normativas que regulan las uniones de pareja por fuera del vínculo matrimonial, han determinado una edad específica para acceder a las consecuencias jurídicas que se consagran para esta situación. Por el contrario, otras legislaciones no estatuyen una exigencia referida a la edad para tal efecto y, con los matices del caso, puede decirse que se reproduce la problemática existente en la legislación colombiana. En este acápite se presentan como referentes, de forma muy sucinta, los casos de dos legislaciones suramericanas: la argentina y la uruguaya; y dos casos de naciones europeas: la española y la francesa.

4.4.1. La regulación del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

En la Argentina, a través de lo dispuesto en el literal *a* del artículo 510 del Código Civil y Comercial de la Nación, que empezó a regir en el año 2014, en cuanto a las uniones convivenciales se refiere, se zanjó cualquier posibilidad de discusión referente a la capacidad en razón de la edad, pues señaló en su estatuto Civil y Comercial que uno de los requisitos para el reconocimiento de los efectos jurídicos de las uniones convivenciales es que ambos integrantes sean mayores de edad.

En ese país, para las uniones libres se exige la misma edad requerida en materia matrimonial, aunque Lloveras, Orlandi y Faraoni (2014) dicen que, a diferencia del matrimonio, en las uniones convivenciales no existe la posibilidad de dispensar la minoría de edad, siendo la mayoría de edad un requisito ineludible para que la unión genere efectos. Sostienen estos autores que este requisito se vincula con la madurez física y afectiva que se requiere para la estabilidad de la pareja.

En cuanto a esta situación, debe advertirse que si bien existe claridad normativa respecto de la posibilidad que asiste según la edad para acceder al régimen jurídico establecido para la uniones convivenciales, la exclusión de quienes no han alcanzado la mayoría de edad de las consecuencias jurídicas que genera la convivencia, puede llevar a la desprotección de los mismos, puesto que no podrán acudir al sistema de protección establecido para esta tipología familiar aun cumpliendo los demás requisitos, debido a que, se recalca, la convivencia escapa a la posibilidad de control del Estado.

4.4.2. La interpretación uruguaya

Por su parte, la Ley 18.246 de enero de 2008 de la República Oriental del Uruguay, en la cual se regula lo concerniente a las uniones concubinarias, esta se define como la convivencia ininterrumpida de mínimo cinco años que genera los derechos y obligaciones establecidos en tal ley. Dispone el artículo 2° de la ley en comento, que se requiere “comunidad de vida de dos personas —cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual— que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí” y frente a los impedimentos establece que puede resultar “alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1°, 2°, 4° y 5° del Artículo 91 del Código Civil”.

El numeral 1° del artículo 91 establece como impedimento dirimente para el matrimonio, y por remisión directa para la unión concubinaria, para los varones una edad inferior a catorce años y para las mujeres una edad de doce años. Apuntan Culaciati y Rodríguez Iturburu (2016) que de acreditarse una convivencia entre dos personas menores de esta edad, “la misma no reunirá los caracteres necesarios previstos en la ley para configurar una unión concubinaria” (pág. 498).

4.4.3. El caso español

Por otro lado, en el ordenamiento jurídico español no parece existir claridad legislativa sobre el aspecto de la edad requerida para acceder al régimen de las uniones libres, lo que ha llevado a la posibilidad de obtener varias interpretaciones sobre el particular. Al respecto, advierte Mesa Marrero (2006) que no es usual encontrar en la doctrina española reflexiones sobre este requisito en particular. Existe una interpretación que entiende que para las uniones libres debe aplicarse la edad matrimonial, la cual, previo permiso judicial, es la edad de catorce años¹⁴ (Prosperi, 1980; referenciado por Estrada Alonso, 1991). Por otro lado, “los autores que optan por una regulación contractual de la unión libre entienden que la edad de los convivientes debe corresponderse con el inicio de la capacidad para contratar” (Gazzoni, 1983; referenciado por Estrada Alonso, 1991, pág. 73).

En el sentir de Estrada Alonso (1991), la exigencia de edad para las uniones libres debe estar encaminada al desarrollo de la madurez física y mental, la cual debe coincidir, cuando menos, con la mayoría de edad (dieciocho años) al momento de la convivencia para que sean merecedoras de consecuencias jurídicas. Puesto así, y de acuerdo con las exigencias temporales del derecho español, no se pueden obtener los efectos estipulados para las uniones libres hasta después de los veintitrés años.

Por su parte, Talavera Fernández (2001) expone los que serían una serie de impedimentos para el reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones de hecho, entre las cuales establece que no pueden constituir este tipo de uniones los menores de edad no emancipados, que junto a otros impedimentos, en su opinión, recogen el sentir común de la sociedad española de lo que es aceptable en las relaciones afectivas y que estarían plasmados en los artículos 46 y 47 de su Código Civil.

4.4.4. El Pacto Civil de Solidaridad en Francia

En la legislación francesa existen dos formas no matrimoniales para la conformación de la vida familiar: la unión libre o concubinato, y el Pacto Civil de Solidaridad —en adelante, PaCS—, también llamado unión civil

14 Téngase en cuenta que la edad mínima para contraer matrimonio en España aumentó de catorce a dieciséis años, según lo dispuesto en la Ley 15 de 2015, Ley de la Jurisdicción voluntaria.

registrada. El primero de ellos es definido por la ley como “una unión de hecho, caracterizada por una vida común que presenta un carácter de estabilidad y continuidad, entre dos personas de sexo diferente o del mismo sexo que viven en pareja” (Borrillo, 2014, pág. 523). Por su parte, la segunda forma no matrimonial referenciada es definida como un “contrato celebrado entre dos personas mayores de edad, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común” (Carnaval de Fainguersch, 2009, pág. 211).

Frente a la definición legal de estas figuras, se advierte que sobre el concubinato pesa una característica eminentemente fáctica; y sobre el PaCS, puede afirmarse que es una forma de conformación de familia contractual, mas no matrimonial. En la norma citada, para el concubinato no se exige calidad alguna frente a la edad; no obstante, para el PaCS es requisito la mayoría de edad de los contratantes.

El PaCS no puede ser celebrado por menores de edad, ni siquiera emancipados; por su parte, los mayores de edad bajo curatela pueden acceder a tal contrato con autorización del curador o de un juez (Borrillo, 2014). La legislación francesa adopta para el PaCS los impedimentos establecidos para el matrimonio, incluso con mayor rigor, ya que no se admiten determinadas dispensas que sí son aceptadas para el matrimonio; igualmente, no es un impedimento para formalizar este contrato que alguno o ambos contratantes conviva con otra persona (Carnaval de Fainguersch, 2009).

* * *

Los ejemplos de las legislaciones argentina, uruguaya, española y francesa ponen de presente que existen diversas formas de afrontar el fenómeno objeto de estudio. Por una parte, algunas legislaciones han decidido cerrar cualquier posibilidad de interpretación al estipular una edad específica para el reconocimiento jurídico de las formas de familia no matrimoniales. Por otro lado, en algunas legislaciones se presenta la misma problemática interpretativa que en la legislación colombiana. Por último, la legislación francesa muestra otras formas de regulación de las familias no matrimoniales, basadas en un sistema contractual, en el que se erigen requisitos como el de la mayoría de edad para acceder a su régimen jurídico.

Conclusiones

En distintos contextos históricos, la institución familiar ha sido de interés para el poder, el cual se ha valido de la regulación de esta para la consolidación de sus proyectos sociales, políticos, culturales y económicos. En la Edad Media, la iglesia católica se encumbró en el poder, basándose, entre otras cosas, en el diseño de una arquitectura familiar que separaba lo legítimo de lo ilegítimo, siendo legítimas las familias surgidas bajo el amparo de la institución matrimonial por ella regulada, e ilegítimas las uniones formadas por fuera de su vigilancia y control, lo que tenía como correlato el delineamiento de una variedad de prohibiciones hereditarias que terminaron en la asunción del poder territorial y económico de la iglesia.

Con la llegada de la Revolución francesa, se presentó un cambio en las estructuras de poder con la aparición de la burguesía. En este periodo, en principio, se eliminaron las distinciones imperantes en materia de reconocimiento de las uniones de pareja que surgían tanto de vínculos matrimoniales como de no matrimoniales; sin embargo, la eliminación de estas distinciones no sobrevivió a la codificación napoleónica, donde hubo una exclusión, vía silencio legislativo, por parte de quienes eran los encargados de regular estas relaciones. Posteriormente, la familia se moldeó de acuerdo con los intereses del sistema capitalista e industrial en ascenso, donde la preocupación por la regulación de la institución familiar se basaba en la reproducción del sistema neoliberal; así, se fueron poniendo a la sombra las distintas tipologías de familia que no fueran las funcionales a los proyectos del poder.

El anterior escenario se irradió de manera directa en el contexto colombiano de la regulación de la familia. En virtud de un intenso proceso

de imposición cultural y normativo, los españoles implementaron sus normas sobre el particular, las cuales eran en gran medida producto de la estructura normativa de la iglesia católica, debido que en España regían, por mandato de la realeza, las disposiciones normativas del Concilio de Trento, el mismo en el que se consolidó el matrimonio como la única figura a través de la cual se podía conformar una familia.

Posteriormente, a través del Código Civil de Andrés Bello, ingresó al contexto colombiano el contenido ideológico del Código Civil napoleónico. El Código de Andrés Bello reforzó, en la época Republicana, la exclusión de las tipologías familiares que no surgieran en el seno de un contrato matrimonial avalado por el poder central. Por esa razón, durante mucho tiempo hubo un silencio legislativo sobre lo que era una realidad de facto, la proliferación como realidad social de las uniones no matrimoniales.

Así, se vislumbran los discursos soterrados que permiten establecer los propósitos que determinan el diseño, arquitectura y emergencia de las estructuras familiares que favorecen la consolidación de los proyectos culturales, económicos y sociales del poder. Las tipologías familiares no hacen parte de la naturaleza de determinada institución, sino que obedecen a cambios discursivos y construcciones culturales.

Ahora, precedido por una serie de pronunciamientos jurisprudenciales y legislativos que trataban de forma aislada de dar algunos efectos jurídicos a las uniones de pareja por fuera del matrimonio, el legislador colombiano, a través de la Ley 54 de 1990, reconoció como familia una tipología de relación no matrimonial mediante la denominación ‘unión marital de hecho’, que desarrolla el derecho fundamental a conformar familia alejado de la institución matrimonial que se desprende del artículo 42 constitucional. Este derecho, se resalta, además de tener una regulación legislativa por fuera de las normas matrimoniales, debe eliminar todo tipo de discriminación para el acceso a bienes esenciales que sí le sean dados al matrimonio. Por lo anterior, se concluye que falta recorrer un camino para la efectiva realización de tal derecho fundamental.

La regulación de la unión marital de hecho está comprendida en un cuerpo normativo que reconoce una serie de efectos personales y patrimoniales a quienes conviven por fuera de la institución matrimonial, el cual fue extendido, vía jurisprudencia, a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Dentro de las discusiones presentadas frente a lo dispuesto por

la ley, merece destacarse lo referente al tiempo transcurrido para obtener los efectos del régimen patrimonial surgido como consecuencia de dicha unión, frente a lo cual se concluye, debe optarse por el entendimiento de que se está frente a una prescripción que, por lo expuesto, resulta más beneficiosa y se evitarían eventuales injusticias.

En relación con el régimen económico de la unión marital de hecho, se eleva una voz de discrepancia frente a la exigencia temporal de dos años para un efectivo despliegue de sus efectos, ya que se considera que el carácter contractual del matrimonio no garantiza la estabilidad bajo la que se afianza esta discriminación. Reconociendo que las uniones matrimoniales y no matrimoniales son igualmente válidas para el desarrollo del derecho fundamental a conformar familia, no deben reproducirse este tipo de distinciones frente a los efectos económicos de una y otra.

Debe tenerse en cuenta que la unión marital de hecho es una figura jurídica que abarca situaciones preeminentemente fácticas, a diferencia del matrimonio que es una institución jurídica, principalmente de carácter contractual. Por esta característica, vale advertir al momento de regular estas situaciones, que la imposición de límites excesivos para la constitución de una unión marital de hecho y sus consecuentes efectos jurídicos (principalmente, los de carácter patrimonial), puede resultar nugatoria de derechos de personas que merecen especial protección.

Para el nacimiento del matrimonio a la vida jurídica se necesita un acto constitutivo con ciertas exigencias; no obstante, para la unión marital de hecho, aunque pueda declararse por voluntad de los convivientes, lo que se pretende con su normativización es, principalmente, la regulación de los efectos patrimoniales de quienes se unen sin que medie un contrato matrimonial. La convivencia, aun teniendo asignados efectos de corte patrimonial y personal, difícilmente puede ser regulada o prohibida; es una realidad social.

Ahora, sobre el concepto de persona y el de capacidad jurídica, puede concluirse que son una ficción conceptual creada por la disciplina jurídica para distinguir quién actúa, cómo actúa y qué consecuencias tienen sus actos en el mundo jurídico. La capacidad de las personas naturales ha sido limitada obedeciendo a distintos factores, que históricamente se han relacionado con las aptitudes mentales y con la edad. A partir del advenimiento de la Ley 1996 de 2019, el único criterio usado por el

legislador para graduar la capacidad de las personas naturales es la edad, puesto que se estableció un régimen de capacidad plena para las personas en situación de discapacidad mental. En consecuencia, la ley establece determinados efectos a las situaciones jurídicas en que se vean envueltas las personas a las que se limita la capacidad de ejercicio.

Así las cosas, de quienes se predique incapacidad absoluta, sus actos podrán estar viciados de nulidad absoluta, y de quienes se predique incapacidad relativa, sus actos podrán estar afectados por nulidad relativa. No obstante, no en todas las situaciones, objeto de efectos jurídicos, se puede aplicar esta distinción, pues existen reglas especiales de capacidad y nulidad, por ejemplo, en materia matrimonial. Además, existen otras situaciones jurídicas en las que difícilmente puede someterse la posibilidad de desplegar efectos jurídicos a la capacidad del agente que los realiza.

El tratamiento jurídico y social de quienes no han alcanzado la mayoría de edad ha oscilado entre diversos márgenes de libertad. Si bien históricamente su tratamiento ha sido como incapaces, faltos de madurez o faltos de autonomía, en la actualidad se eleva una voz que propugna por su tratamiento a partir del concepto de capacidad o autonomía progresiva, que adopta una política de tratamiento para los menores de edad como sujetos de derecho y no solo como objetos de protección y de tutela. De lo que se concluye que se requiere la adopción de sistemas jurídicos que permitan la participación de los menores de edad para el ejercicio de sus libertades.

La regulación sobre la unión marital de hecho no consagró disposiciones referentes a la capacidad requerida para conformar familia a través de tal figura jurídica. En lo referente a las personas en situación de discapacidad mental, atendiendo al nuevo referente en el entendimiento del ejercicio de su capacidad, no queda asomo de duda que frente a la posibilidad de conformar una unión marital de hecho, se contempla un completo régimen de libertad para las personas con alguna discapacidad mental, comportamental o cognitiva, desarrollen su derecho a conformar una familia a través de la unión marital de hecho, conclusión a la que también se llega, incluso, en vigencia del régimen jurídico que permitía su interdicción e inhabilitación.

Por otro lado, a partir de su influencia sobre el desarrollo del sistema económico capitalista, de la mano del proceso de industrialización, la edad

a la que se conforma familia se convierte en un elemento de importancia preponderante para el poder, pues, a partir de este dispositivo, se puede influir el control de la población en términos del control de la natalidad y la mano de obra. Los cambios en la edad en la que las personas se unen para conformar una familia, tienen un trasfondo no solo cultural, sino predominantemente económico.

La irrupción del matrimonio tardío puede determinarse como una circunstancia que allana el camino para el asomo del capitalismo y la industrialización, pero también, una vez implementado el sistema y en el auge de la industrialización, se consolida el aumento de la edad a la que se conforma familia; esto por la necesidad de la integración de la mujer al sistema productivo que, en cierta medida, era impedido por la sujeción de esta a una estructura familiar a una temprana edad.

En consonancia con lo anterior, es posible concluir que en zonas con poco desarrollo industrial y con preponderancia del trabajo agrícola, pueden encontrarse de una forma más habitual constituciones de familia a temprana edad, mientras que en economías avanzadas industrialmente o preparándose para el desarrollo de un sistema capitalista, existe una mayor preocupación por el aplazamiento en la edad para la conformación de la familia. No obstante, este control es posible, principalmente, en la institución matrimonial a través de la imposición de requisitos de validez, puesto que, se recalca, la simple convivencia se escapa en gran medida a la posibilidad de control por parte del Estado.

La ausencia de regulación específica por parte del legislador sobre la edad requerida para la conformación de la unión marital de hecho trajo consigo una variedad de opciones interpretativas que han sido expuestas por la doctrina. Por un lado, pueden encontrarse posturas que entienden como requisito para la constitución de la unión marital de hecho la edad exigida para el matrimonio; por otra parte, existe un sector de la doctrina que opta por argumentar que la edad requerida para la conformación de familia a través de la unión marital de hecho, son los dieciocho años, es decir, capacidad jurídica plena. Finalmente, se encuentra a quienes sostienen que para la unión marital no deben erigirse límites de edad.

Ante la imposibilidad de prohibir la convivencia, la ruta que debe trazarse en la regulación de tal situación debe ser la de asignar efectos jurídicos coherentes con esta realidad social. Entendiendo la capacidad como un

régimen de protección, esta no puede utilizarse para la negación de efectos patrimoniales a las convivencias de los menores de edad bajo el pretexto de su incapacidad. Además, bajo el concepto de capacidad o autonomía progresiva, no puede descartarse la posibilidad que asiste a quienes no han alcanzado la mayoría de edad, como sujetos de derecho, de ejercer su derecho fundamental a conformar familia sobre la base de una libertad consciente.

Referencias bibliográficas

Betti, E. (1959). *Teoría general del negocio jurídico* (2a ed.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Blanco Rodríguez, J. (2010). Antecedentes históricos y definición de la unión marital de hecho en Colombia. En: B. Londoño Toro y D. M. Gómez Hoyos (eds. acad.). *Diez años de investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: balances desde la red sociojurídica* (Tomo II) (págs. 385-408). Bogotá: Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario y Universidad de La Sabana.

Bolaños, I. (2011). *Unión Marital de hecho* (3a ed.). Bogotá: Leyer.

Bondfield, Ll. (2003). La familia en la legislación europea. En: D. I. Kertzer y M. Barbagli (comps.) *Historia de la familia europea* (vol II). *La vida familiar desde la Revolución Francesa hasta la Primera Guerra Mundial (1789-1913)* (págs. 181-241). Barcelona: Paidós.

Bonnecase, J. (1997). Tratado elemental de derecho civil (Parte A). En: *Biblioteca Clásicos del Derecho Civil* (Tomo I). México: Harla.

Borda, G. (1993). *Tratado de Derecho Civil. Familia Tomo I* (9a ed.). Buenos Aires: Perrot.

Borrillo, D. (2014). Uniones libres, convivenciales y conyugales en el derecho francés. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Tomo 2014(3). Uniones convivenciales. págs. 523-545.

Bossert, G. (2006). *Régimen jurídico del concubinato* (4a ed.). Buenos Aires: Astrea.

Burt, R. A. (2000). El tratamiento de los menores sin el consentimiento de los padres. En: M. Beloff (comp.) *Derecho, infancia y familia* (págs. 189-197) Barcelona: Gedisa.

Cameron, R. y Neal, L. (2012). *Historia económica mundial* (4a ed.). Madrid: Alianza Editorial.

Cañón Ramírez, P. A. (1995). *Derecho Civil. Familia: legislación jurisprudencia y doctrina 1887-1994* (vol I, tomo II) (2a ed.). Bogotá: Presencia.

- Carnaval de Fainguersch, A. (2009). Una nueva forma de conyugalidad: el pacto civil de solidaridad (PACS). En: A. Kemelmajer de Carlucci (dir.) y M. Herrera (coord.) *La familia en el nuevo derecho* (tomo I). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Castillo Rugeles, J. A. (2000). *Derecho de familia*. Bogotá: Leyer.
- Chacón Jiménez, M. (2008). La capacidad procesal en el Derecho de Familia. En: J. Kielmanovich y D. Benavides (comp.). *Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general* (págs. 231-256). Costa Rica: Jurídica Continental.
- Cillero Bruñol, M. (1999). Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. En: *Unicef: Derecho a tener derechos* (tomo IV). Montevideo: Unicef. Recuperado de www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf
- Coral Borrero, M. C. y Torres Cabrera, F. (2002). *Instituciones de derecho de familia*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Couture, E. J. (2001). Estudios, ensayos y lecciones de Derecho Procesal Civil. En: *Serie Clásicos del Derecho Procesal* (Vol 2). México: Jurídica Universitaria.
- Culaciati, M. y Rodríguez Iturburu, M. (2016). Uniones de hecho en la República Oriental del Uruguay. En: J. Blanco Rodríguez y M. Herrera (coords.). *Las uniones estables de pareja en Latinoamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- D'Antonio, D. H. (2004). *Actividad jurídica de los menores de edad (3a edición)*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- De Asís Roig, R. (2009). Sobre la capacidad. *Papeles el tiempo de derechos*, (4). Recuperado de <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/7828>
- Ehmer, J. (2003). El matrimonio. En: D. I. Kertzer y M. Barbagli (comps.). *Historia de la familia europea, volumen II. La vida familiar desde la Revolución Francesa hasta la Primera Guerra Mundial (1789-1913)* (págs. 411-462). Barcelona: Paidós.
- Engels, F. (2009). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Bogotá: Panamericana Editorial.
- Escudero Alzate, M. C. (2016). *Procedimiento de familia y del menor* (22a ed.). Bogotá: Leyer.
- Estrada Alonso, E. (1991). *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español* (2a ed.). Madrid: Civitas.
- Famá, M. V. (2014). Uniones convivenciales y filiación: presente y futuro tras la reforma al Código Civil. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* Tomo 2014(3). págs. 171-231.
- Fernández Rozas, J. C. (2005). *El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: reflexiones a propósito del Segundo Centenario*. En: C. E. Febres Fajardo (coord.). *El derecho internacional en tiempos de globalización* (págs. 151-190). Mérida:

Universidad de los Andes. Recuperado de <http://www.serbi.ula.ve/serbiula/librose/pva/Libros%20de%20PVA%20para%20libro%20digital/Derecho%20internacional%20I.pdf>

Ferrajoli, L. (2013). *Principia Iuris, Volumen I. Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.

Foucault, M. (1998). *Historia de la sexualidad. Volumen I. La voluntad de saber*. México: Siglo Veintiuno Editores.

___. (2007). *El nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

García Restrepo, Á. F. y Roca Betancur, L. S. (1994). Hacia un justo régimen de bienes entre compañeros permanentes (Tesis de postgrado sin publicar). Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

García Restrepo, Á. F. (2002). *La unión marital de hecho y sociedad patrimonial: necesidad de una reforma*. En: Memorias del Primer Congreso Internacional de Derecho de Familia: Familia, niñez y derechos fundamentales, familia y Estado, y uniones de pareja. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Gelles, R. J. y Levine, A. (2000). *Sociología* (6a ed.). México: McGraw-Hill.

Giddens, A. y Sutton, P. (2014). *Sociología* (7a ed.). Madrid: Alianza Editorial.

Goody, J. (2009). *La evolución de la familia y el matrimonio*. Valencia: Publicacions de la Universitat de València.

Gómez Duque, Á. (2002). *Elementos de derecho de familia*. Bogotá: Leyer.

Grimal, P. (2000). *El amor en la Roma antigua*. Barcelona: Paidós.

Guichard, P. (1988). La Europa bárbara. En: A. Burguière, Ch. Klapisch-Zuber, M. Segalen y F. Zonabend (dirs.). *Historia de la familia, tomo I. Mundos lejanos, mundos antiguos* (págs. 287-344). Madrid: Alianza Editorial.

Gutiérrez de Pineda, V. (1996). *Familia y cultura en Colombia. Tipologías, funciones y dinámica de la familia. Manifestaciones múltiples a través del mosaico cultural y sus estructuras sociales* (4a ed.). Medellín: Universidad de Antioquia.

Gutiérrez Sarmiento, C. E. (2001). La unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales. *Revista de Derecho Privado*, (7), págs. 147-166.

Herrera, M. (2014). Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: más contexto que texto. *Revista de Derecho Privado y Comunitario Tomo 2014(3)*. Uniones convivenciales, págs. 11-57.

Hinestrosa, F. (2006a). El Código Civil de Bello en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (10), págs. 5-29.

- ___ (2006b). *La prescripción extintiva* (2a ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Iglesias, J. (2002). *Derecho romano* (14a ed.). Barcelona: Ariel.
- Jaramillo Sierra, I. C. (2013). *Derecho y familia en Colombia. Historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Jaramillo Pérez, J. F., García Villegas, M., Rodríguez Villabona, A. y Uprimny, R. (2018). *El Derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Jaurès, J. (1979). *Causas de la Revolución Francesa*. Barcelona: Crítica.
- Josserand, L. (1952a). *Derecho civil. Teorías generales del derecho y de los derechos. Las personas* (tomo I, volumen I). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y Cía. Editores.
- ___ (1952b). *Derecho civil. La familia* (tomo I, volumen II). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y Cía. Editores.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría pura del derecho*. Madrid: Trotta.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Capítulo introductorio. En: A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera y N. Lloveras (dirs.). *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014* (tomo I) (págs. 9-94). Santa fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Kemelmajer de Carlucci, A y Boretto, M. (2017). *Manual de derecho privado* (tomo I). Buenos Aires: Eudeba; Rubinzal Culzoni.
- Kertzer, D. I. y Barbagli, M. (Comps.). (2003). Introducción. En: *Historia de la familia europea, volumen II. La vida familiar desde la Revolución Francesa hasta la Primera Guerra Mundial (1789-1913)* (págs. 4-45) Barcelona: Paidós.
- Kollantai, A. (2018). *El comunismo y la familia. Las relaciones sexuales y la lucha de clases*. Bogotá: Ediciones Desde Abajo.
- Lafont Pianetta, P. (1992). *Derecho de familia. Unión marital de hecho*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- ___ (2009). *Derecho de familia. Derecho marital-filial-funcional* (4a ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Lebrun, F. y Burguière, A. (1988). *El cura, el príncipe y la familia. En: A. Burguière, Ch. Klapisch-Zuber, M. Segalen y F. Zonabend (dirs.). Historia de la familia, tomo II. El impacto de la modernidad* (págs. 97-160). Madrid: Alianza Editorial.
- Lemos Sanmartín, M. (2007). *La familia de hecho ¿hacia la igualdad familiar?* Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.

- Lloveras, N., Orlandi, O. y Faraoni, F. (2014). Uniones convivenciales. En: A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera y N. Lloveras (dirs.). *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014* (tomo II) (págs. 9-236). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Masset, C. (1988). Prehistoria de la familia. En: A. Burguière, Ch. Klapisch-Zuber, M. Segalen y F. Zonabend (dirs). *Historia de la familia, tomo I. Mundos lejanos, mundos antiguos* (págs. 83-101). Madrid: Alianza Editorial.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Mazeaud, J. (1959a). *Lecciones de derecho civil. (Volumen III, parte primera). La familia. Constitución de la familia.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- __. (1959b). *Lecciones de derecho civil. (Volumen IV, parte primera). La familia. Organización de la familia. Disolución y disgregación de la familia.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Medina Pabón, J. E. (2011). *Derecho civil. Derecho de familia* (3a ed.). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Merton, R. K. (1964). *Teoría y estructuras sociales.* México: Fondo de Cultura Económica.
- Mesa Marrero, C. (2006). *Uniones de hecho* (3a ed.). Barcelona: Aranzadi.
- Monroy Cabra, M. G. (2014). *Derecho de familia, infancia y adolescencia* (15a ed.). Bogotá. Librería Ediciones del Profesional.
- Montejo Rivero, J. M. (2015). *La capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes.* Bogotá: Temis.
- Montoya, J. y Vélez, A. (1993). *Crece la unión libre en Colombia.* Medellín: Centro de Investigaciones Sociales.
- Montoya Osorio, M. E. y Montoya Pérez, G. (2010). *Las personas en el derecho civil* (3a ed.). Bogotá: Leyer.
- __. (2013). *Derecho de familia, tomo I. Relaciones matrimoniales.* Medellín: Librería Jurídica Dikaia.
- Montoya Pérez, G. (2016). *Uniones maritales de hecho: la Ley 54 de 1990. Veinte años después de su promulgación.* Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT.
- Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta, E. (2009). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (7a ed.). Bogotá: Temis.

- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo Editorial Cinca.
- Parra Benítez, J. (2010). *Derecho Civil General y de las personas* (2a ed.). Bogotá: Leyer.
- ___. (2016). *Actos y negocios jurídicos de los incapaces*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- ___. (2017). *Derecho de familia* (2a ed.). Bogotá: Temis.
- ___. (2019). *Derecho de familia* (tomo I) (3a ed.). Bogotá: Temis.
- Pastor, R. (1997). Estrategias de los poderes feudales: matrimonio y parentesco. En: M. V. López Cordón, y M. Carbonell Esteller (eds.). *Historia de la mujer e historia del matrimonio* (págs. 26-33). Murcia: Universidad de Murcia.
- Perrot, M. (1990a). La familia triunfante. En: P. Ariès y G. Duby (dirs.). *Historia de la vida privada, tomo VII. La Revolución francesa y el asentamiento de la sociedad burguesa*. (págs. 99-109). Buenos Aires: Taurus.
- ___. (1990b). Funciones de la familia. En: P. Ariès y G. Duby (dirs.). *Historia de la vida privada, tomo VII. La Revolución francesa y el asentamiento de la sociedad burguesa* (págs. 111-124). Buenos Aires: Taurus.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1946). *Tratado práctico de Derecho civil francés* (vol II). La Habana: Cultural.
- ___. (1997). *Derecho civil* (Parte A). En: Biblioteca Clásicos del Derecho Civil (tomo III). México: Harla.
- Prieto Sanchís, L. (2005). *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta.
- Prost, A. (1990). Fronteras y espacio de lo privado. En: P. Ariès y G. Duby (dirs.). *Historia de la vida privada, tomo IX. La vida privada en el siglo XX* (págs. 13-153). Buenos Aires: Taurus.
- Quiceno Franco, G. I. y Rodríguez López, R. (2012). *Las relaciones familiares en el siglo XXI*. Bogotá: Universidad La Gran Colombia.
- Quiroz Monsalvo, A. (2007). *Manual Civil Familia: sociedad conyugal y patrimonial de hecho* (3a ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Reyes Casas, L. M. y Ochoa Andrade, N. J. (2010). *La unión marital de hecho y su evolución jurisprudencial a partir de 1991: una visión elemental de esa institución a la luz del derecho vigente* (2a ed.). Barranquilla: Universidad Autónoma del Caribe.
- Rodríguez, P. (2004). La familia en Colombia. En: P. Rodríguez (coord.) *La familia en Iberoamérica, 1550-1980* (págs. 247-289). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Sánchez Mercado, C. (1995). *Unión marital de hecho*. Cali: Jurídica Equidad.
- Schiro, M. V. (2014). Uniones convivenciales y familias ensambladas. Hacia una ampliación de los límites de la ciudadanía en las relaciones familiares. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Tomo 2014 (3). Uniones convivenciales, págs. 133-169.
- Segalen, M. (2006). *Antropología histórica de la familia* (6a ed.). Madrid: Taurus Universitaria.
- Soboul, A. (1985). *La Revolución Francesa* (2a ed.). Barcelona: Ediciones Orbis.
- Somarriva Undurraga, M. (1946). *Derecho de familia*. Santiago de Chile: Nascimento.
- Stone, L. (1990). *Familia, sexo y matrimonio en Inglaterra 1500-1800*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Suárez Franco, R. (2006). *Derecho de familia* (tomo I, 9a ed.). Bogotá: Temis.
- . (2014). *Derecho de familia* (tomo II, 4a ed.). Bogotá: Temis.
- Tánacs, É. (2002). El Concilio de Trento y las iglesias de la América española: la problemática de su falta de representación. *Fronteras de la historia*, (7), págs. 117-140.
- Talavera Fernández, P. (2001). *La unión de hecho y el derecho a no casarse*. Granada: Editorial Comares.
- Torrado, H. A. (2016). *Derecho de familia. Unión marital del hecho. De la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes* (5a ed.). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Valencia Zea, A. (1987). *Derecho de Civil (Tomo I). Parte general y personas* (11a edición). Bogotá: Temis.
- Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, Á. (1995). *Derecho de Civil (Tomo V). Derecho de la familia* (7a edición). Bogotá: Temis.
- Vallejo Tobón, J. Á., Echeverry Ceballos, J. C. y Palacio Laverde, R. L. (2001). *La unión marital de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes*. Medellín: Biblioteca Jurídica Díké.
- Van Caenegem, R. C. (2011). *Jueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea*. Lima: Palestra Editores.
- Velásquez Gómez, H. D. (2010). *Estudio sobre las obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Villa Guardiola, V. J. y Jiménez González, R. (2009). *Aspectos históricos y jurídicos de la institución familiar*. Barranquilla: Editorial Universitaria de la Costa.

Viola, S. (2012). *Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente*. Cuestión de derechos (3) págs. 82-99. Recuperado de http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad2/obligatoria/autonomia_progresiva_ni%F1os_new.pdf

Von Ihering, R. (2001). *El espíritu del derecho romano (tomo I)*. México: Oxford University Press.

Von Tuhr, A. (1999) *Derecho Civil. Teoría general del derecho civil alemán. Volumen I, Libro II: Las personas*. Madrid: Marcial Pons.

Wiesner-Hanks, M. E. (2001). *Cristianismo y sexualidad en la Edad Moderna. La regulación del deseo, la reforma de la práctica*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.

Wrong, D. H. (1961). *La población*. Buenos Aires: Paidós.

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Colombia. Sentencia con radicación 500012331000199905889-01 (26.120) del 12 de junio de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-344 de 1993 Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-146 de 1994. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-114 de 1996. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-1264 de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-983 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-1095 de 2003. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-507 de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-075 de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-238 de 2012. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-700 de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-257 de 2015. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-193 de 2016. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Colombia. Sentencia SU-214 de 2016. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Colombia. Sentencia 5883 del 20 de abril de 2001. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Colombia. Sentencia 6721 del 12 de diciembre de 2001. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Colombia. Sentencia 7603 del 10 de septiembre de 2003. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Colombia. Sentencia del 28 de octubre de 2005. Radicado: 08001-31-10-004-2000-00591-01. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Colombia. Sentencia 7756 del 19 de diciembre de 2005. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Colombia. Sentencia del 11 de marzo de 2009. Radicado: 85001-3184-001-2002-00197-01. Magistrado Ponente: William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Colombia. Sentencia SC 4499-2015 del 20 de abril de 2015. Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Colombia. Sentencia SC 15173-2016 del 24 de octubre de 2016. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Colombia. Sentencia SC 128-2018 del 12 de febrero de 2018. Magistrado Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Colombia. Sentencia STC 7194-2018 del 05 de junio de 2018. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Colombia. Sentencia SC 4360-2018 del 09 de octubre de 2018. Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Colombia. Sentencia SC 5324-2019 del 12 de julio de 2019. Magistrado Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Colombia. Sentencia STC 16821-2019 del 12 de diciembre de 2019. Magistrado Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Normativa

Asamblea General, Uruguay. (2008). Ley 18.256. Unión Concubinaría: Diario Oficial N° 27402.

Congreso de la República, Colombia. (1887). Ley 57. Código Civil de Colombia: Diario Oficial N° 7.019.

Congreso de la República, Colombia. (1946). Ley 90. Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales: Diario Oficial N° 26.322.

Congreso de la República, Colombia. (1977). Ley 27. Por la cual se fija la mayoría de edad a los 18 años: Diario Oficial N° 34.902.

Congreso de la República, Colombia. (1990). Ley 54. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes: Diario Oficial N° 39.615.

Congreso de la República, Colombia. (2000). Ley 599. Por la cual se expide el Código Penal: Diario Oficial N° 44.097.

Congreso de la República, Colombia. (2002). Ley 721. Por la cual se modifica la Ley 75 de 1968. Diario Oficial N° 44.661.

Congreso de la República, Colombia. (2005). Ley 979. Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes: Diario Oficial N° 45.982.

Congreso de la República, Colombia. (2006). Ley 1098. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia: Diario Oficial N° 46.446.

Congreso de la República, Colombia. (2009). Ley 1306. Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados: Diario Oficial N° 47.371.

Congreso de la República, Colombia. (2009). Ley 1346. Por la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Diario Oficial N° 47.427.

Congreso de la República, Colombia. (2019). Ley 1996. Por la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad: Diario Oficial N° 51.057.

Congreso de la República, Cámara de Representantes, Colombia. (2017). Proyecto de Ley 027. Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad.

Congreso de la República, Senado, Colombia. (2007). Proyecto de Ley 049. Por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Congreso de la República, Senado, Colombia. (2007). Proyecto de Ley 103. Por la cual se prohíbe el matrimonio de los menores de edad (18 años).

Congreso de la República, Senado, Colombia. (2015). Proyecto de Ley 006. Por la cual se modifican los artículos 116, 117 y el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil.

Jefatura del Estado, España. (2015). Ley 15. De jurisdicción voluntaria: BOE N° 158.

Presidencia de la República, Colombia. (1970). Decreto Ley 960. Por el cual se expide el Estatuto del Notariado: Diario Oficial N° 33.118.

Presidencia de la República, Colombia. (1970). Decreto 2163. Por el cual se oficializa el servicio de notariado: Diario Oficial N° 33.233.



El lector encontrará en este libro valiosos fundamentos teóricos (apoyados también en importante jurisprudencia de órganos colombianos que van a la cabeza del derecho constitucional latinoamericano) para solucionar problemas prácticos de un fenómeno social muy difundido en el continente, el cual es el de las uniones convivenciales de personas menores de edad, la mayoría de ellas en situación de extrema vulnerabilidad.

Aída Kemelmajer de Carlucci



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

