

**LA REGULACIÓN SOLEMNE DEL MATRIMONIO COMO FACTOR
LIMITANTE DE LA EXPANSIÓN DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL EN
COLOMBIA**

PAOLA MARCELA GÓMEZ MOLINA

Directora: ISABEL CRISTINA JARAMILLO, Ph.D.

28 de noviembre 2008

Bogotá, D.C.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1. LOS LÍMITES DE LA LEY 54 DE 1990 COMO REFLEJO DE LA NECESIDAD DE UN RÉGIMEN MATRIMONIAL MÁS AMPLIO.....	5
1.1. Primeros alcances de la Ley 54 de 1990.....	6
1.2. Las nuevas interpretaciones de las Cortes frente a la ley 54 de 1990.....	11
1.3. Necesidad de un régimen matrimonial colombiano más amplio.....	18
2. EL MATRIMONIO DE HECHO.....	24
2.1. Matrimonio de hecho.....	26
2.2. Matrimonio solemne.....	35
2.3. La inexistencia del acuerdo matrimonial de hecho.....	42
2.4. El matrimonio es un estado jurídico de casado.....	45
3. LA REGULACIÓN CATÓLICA DE LA UNIÓN SEXUAL COMO FUENTE DE LA IDEA MARCADA DE LA SOLEMNIDAD.....	50

INTRODUCCIÓN

En el año 2005 la Corte Suprema de Justicia profirió un fallo mediante el cual le otorgó efectos retrospectivos a la ley 54 de 1990 (por la cual se definieron las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes) con la finalidad de lograr que los concubinatos iniciados antes del año 1991 también tuvieran una regulación legal como esa misma norma lo había establecido para los nacidos con posterioridad a su promulgación¹. Con tal decisión, muchos abogados a quienes nos preocupaba la falta de protección legal de las concubinas frente a sus compañeros, cuando su convivencia marital cesaba, creímos que Colombia había dado un gran paso en esta materia.

En el año 2006, el ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor Jorge Salcedo Segura, en su libro Teoría General del Derecho Civil - Tomo I, mostró que ya había una regulación previa para los concubinatos consagrada en el Código Civil desde el año 1887, la que había permanecido invisible para los estudiosos del derecho civil colombiano². A partir de lo anterior me surgió la siguiente inquietud: si desde el año 1887 estaba consagrada la regulación del matrimonio de hecho (entonces también conocido como concubinato) ¿por qué sólo fue vista hasta el año 2006?, ¿sería un simple descuido de los tratadistas o habría razones de fondo que generaron este desconocimiento?

En la búsqueda inicial de las respuestas a estas preguntas, encontré que tal desconocimiento del tema respondía en gran parte a la marcada idea de solemnidad matrimonial con que nuestras normas sobre la materia habían sido interpretadas. En consecuencia, hice una revisión sobre las solemnidades matrimoniales encontrando que el origen de las mismas no era civil, sino que se encontraba en los cánones cristianos de la edad media europea, en los que

¹ Sentencia del 28 de octubre de 2005, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Corte Suprema de Justicia – Sala Civil.

² SALCEDO SEGURA, Jorge. Teoría General del Derecho Civil, Tomo I. Bogotá: Doctrina y Ley, 2006. p. 432 a 434 y 577 a 579.

el matrimonio fue elevado a sacramento y por lo tanto, estrictamente reglamentado.

Tales regulaciones impregnaron el derecho romano y desde entonces las solemnidades matrimoniales han permanecido incrustadas en la normatividad civil llegando intactas hasta nuestros días. La evidencia de vivir en la actualidad bajo normas cuyo espíritu reposan en tiempos medievales muy distintos a los actuales, me motivó para colaborar en la formación de un nuevo régimen matrimonial que repose en la realidad de nuestra sociedad y satisfaga sus necesidades.

En ese sentido, este trabajo se dirige a buscar algunas vías jurídicas que ayuden a la elaboración de un régimen matrimonial más completo y autónomo, en donde la potestad civil sea independiente a la canónica y en consecuencia no haya restricción al progreso normativo en materia matrimonial. En el primer capítulo se presenta la necesidad que justifica la creación de un régimen matrimonial más amplio; en el segundo se presenta una vía jurídica que colabora con la construcción de dicho régimen y finalmente en el tercero se muestra por qué la influencia canónica ha detenido por más de ciento cincuenta años el movimiento de la normatividad matrimonial en Colombia.

En el contexto socio jurídico actual en donde el debate sobre la igualdad de derechos y libertades sexuales está latente, y todavía se encuentran oposiciones fuertes a la posibilidad de permitir opciones como, por ejemplo, la de los matrimonios no formales o entre personas del mismo sexo, esta tesis espera ser parte constructiva del debate, aportando reflexiones que ayuden a encaminar la lucha por superar los obstáculos interpretativos de la clásica y conservadora visión de las normas sobre el matrimonio.

1. LOS LÍMITES DE LA LEY 54 DE 1990 COMO REFLEJO DE LA NECESIDAD DE UN RÉGIMEN MATRIMONIAL MÁS AMPLIO

En la mira del debate actual sobre el reconocimiento jurídico de los hechos que constituyen lo que usualmente se conoce como “uniones libres” se encuentra la Ley 54 de 1990, que fue expedida el 28 de diciembre de 1990 y promulgada a partir del 1º de enero de 1991. Desde entonces existe en Colombia otro marco legal, paralelo al del matrimonio de hecho, que regula jurídicamente la convivencia permanente y singular sostenida entre dos personas, que por impedimento legal o por su propia voluntad, no han celebrado matrimonio solemne. Aunque la figura jurídica del matrimonio de hecho es objeto del segundo capítulo de esta tesis, es pertinente señalar desde ahora que con ello hago referencia al matrimonio que el legislador consagró implícitamente en el numeral 4º del artículo 140 del Código Civil desde 1887, pero que desde aquél entonces no ha sido visible por nuestra tradición jurídica, por cuanto se trata del matrimonio celebrado sin la solemnidad que obliga la presencia del juez (o una autoridad competente designada por la ley que haga sus veces) y la de testigos en el acto de su celebración, al que también se le ha denominado matrimonio no formal. Por tal razón (esto es, que el matrimonio de hecho figura en nuestro ordenamiento legal desde 1887, pero que el mismo no ha sido advertido por nuestra tradición jurídica), la Ley 54 se desarrollo sin la observancia del mismo.

Dicha ley entonces tuvo como finalidad establecer los derechos y deberes tanto de orden personal como patrimonial de los ahora llamados compañero y compañera permanentes, para llenar un supuesto vacío legal existente en materia de matrimonios no formales. En ese marco, el legislador orientó su espíritu hacia el desarrollo de un punto del artículo 42 de la Constitución Nacional que consagra la equidad e igualdad entre las familias nacidas por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio y las nacidas por la voluntad responsable de conformarla.

No obstante lo anterior, las altas Cortes, desde sus primeros fallos³ respecto a la ley 54, sostuvieron que en ningún caso esta ley consagraba la igualdad absoluta entre el matrimonio solemne y la unión marital de hecho, manteniendo así, durante un largo periodo de tiempo, una larga y marcada distancia entre los efectos jurídicos producidos por cada figura.

Con el ánimo de superar ese marco en el que se pretendió mantener la unión marital de hecho lejos del matrimonio celebrado solemnemente, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han venido desarrollando paulatinamente una línea jurisprudencial que desdibuja profundas diferencias entre ambas figuras jurídicas, aumentando así el alcance de la ley 54 hacia la regulación de otros hechos jurídicos que en un principio se pensó que no contemplaba. Así han venido dejando atrás la primera jurisprudencia que reducía a la norma a una estricta interpretación taxativa, de la cual paso a dar cuenta.

1.1. Primeros alcances de la Ley 54 de 1990

La interpretación cerrada de las Cortes sobre la ley 54 de 1990 giró básicamente sobre tres aspectos, a saber: los efectos que el legislador quiso establecer cuando se definió la figura de la unión marital de hecho y quienes eran sus integrantes; la aplicabilidad en el tiempo de la misma y si con ella se violaba el derecho constitucional a la libre opción sexual y se discriminaba a las parejas homosexuales.

Frente al primer aspecto, la Corte Suprema de Justicia estableció, para ese entonces, que los efectos que producía la definición de la figura de la unión marital eran sustituir términos antiguos como el concubinato o

³ Sentencia C-239 del 19 de mayo de 1994, M. P.: Jorge Arango Mejía, Corte Constitucional; Sentencia C-114 del 21 de marzo de 1996, M.P.: Jorge Arango Mejía, Corte Constitucional; Sentencia C-102 del 10 de febrero de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional; Sentencia C-239 de 1994, M.P.: Jorge Arango Mejía, Corte Constitucional; Sentencia C-114 de 1996, M.P.: Jorge Arango Mejía, Corte Constitucional; Sentencia C-533 de 2000, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa., Corte Constitucional; Sentencia C-1033 del 27 de noviembre de 2002, M.P.: Jaime Córdoba Treviño, Corte Constitucional; Sentencia S-072 del 20 de abril de 2001. M. P.: Silvio Fernando Trejos Bueno, Corte Suprema de Justicia –Sala Civil.

amancebamiento, que por lo peyorativos, aparecían como discriminatorios⁴. De conformidad con esa primera interpretación, había que entenderse entonces que a partir del año 1991 las parejas que convivían permanente y singulamente podían ser denominadas como esposos, o como compañeros permanentes, o como concubinos, ya que, según la Corte, las uniones maritales formadas antes del año 1991 no quedaron reguladas con la mencionada ley 54.

Por lo tanto, con el fin de garantizar el derecho a no seguir recibiendo tratos discriminatorios por la forma en que eran denominados los concubinos, la Corte concluyó que la voluntad del legislador, frente a los efectos que producía la definición de que trata la ley 54, fue el señalamiento de un estatus jurídico más digno a las nuevas uniones que se formaran a partir de 1991, pero que con ello en ningún momento estaba creando algún régimen legal para las nacidas previo a dicha normatividad.

Frente al segundo aspecto señalado, la Corte Suprema se pronunció porque se vio enfrentada a resolver un problema que se desprende de la interpretación del segundo artículo de la ley, que dice:

Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

- a) 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, y
- b) 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 ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades

⁴ Sentencia S-072 del 20 de abril de 2001. M. P.: Silvio Fernando Trejos Bueno, Corte Suprema de Justicia – Sala Civil.

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.

El problema surgió en el momento en que los jueces de familia tuvieron que establecer a partir de cuándo se contaban los dos años de que trata dicho artículo para declarar las uniones maritales de hecho demandadas, problema que llegó a la Corte Suprema por la variedad de interpretaciones que aquellos hicieron sobre el ámbito de aplicación temporal de la ley. Se plantearon tres situaciones posibles: primero, que la ley 54 regiría para todas las uniones maritales inducidas las expiradas antes de dicha ley; segundo, que regiría sólo para las uniones maritales iniciadas después su expedición y tercero, que regiría para las uniones maritales formadas antes de la ley pero que sin solución de continuidad permanecieron después de que se expidió la misma.

La Corte Suprema⁵ frente a cada situación advertida estableció lo siguiente: para el primer caso, que no había dificultad con el ámbito de aplicación temporal de la ley porque simplemente a estas uniones no las cobijó la ley 54 y por lo tanto seguirían siendo inexistentes. Para el segundo caso, que tampoco ofrecía discusión alguna porque dichas uniones de hecho eran precisamente las uniones que reconocía la ley 54, esto eran, las formadas y consolidadas bajo su vigencia, por lo tanto era evidente que sobre ellas regía la misma. Y frente al tercer caso, que había que entenderse que el bienio de que trata el artículo segundo debía ser contado necesariamente desde la promulgación de la ley 54 y hacia el futuro, esto era, a partir del 1º de enero de 1991 hacia adelante.

Así pues, aplicando la hermenéutica taxativa y con el fin de garantizar los derechos adquiridos de aquellos quienes, para la entrada en vigencia de la ley 54, ya habían iniciado una unión permanente y singular con la plena certeza de que el otro concubino no tendría por efecto de su concubinato derecho alguno sobre su patrimonio, la Corte Suprema de Justicia manifestó en reiterados

⁵ Sentencia C-019 del 29 de mayo de 1997, expediente No. 4845, M.P.: Jorge A. Castillo Rugeles, Corte Suprema de Justicia – Sala Civil.

fallos⁶ que la ley 54 cumplía el principio de irretroactividad. Dijo la Corte que, en cumplimiento del principio general de irretroactividad para la aplicación de las leyes en el tiempo, todas las normas rigen a partir de su promulgación y hacia el futuro. Pero que, de conformidad con la Ley 153 de 1887, puede suceder que al aplicar la norma en el tiempo ésta vaya al pasado a regular hechos jurídicos anteriores desconociendo derechos adquiridos (que es la retroactividad de la ley), o que vaya al pasado en las mismas condiciones mencionadas pero sin desconocer derechos adquiridos (que es la retrospectividad de la ley), o simplemente que permita la supervivencia de la ley antigua (que es la ultractividad de la ley), casos en los cuales la misma ley debe advertir que así sucederá y debe consagrar entonces la excepción⁷.

Expuesta la anterior teoría, entró la Corte a pronunciarse sobre la aplicabilidad en el tiempo de la ley 54 de 1990 estableciendo que, por cuanto claramente en su artículo 9º se había consagrado que regiría a partir de la fecha de su promulgación, no cabía duda alguna de que la misma no podía ir hacia el pasado y que en ausencia de oscuridad en la redacción de dicho artículo, no podía entrar la Corte a interpretar que la voluntad del legislador había sido regular también los hechos hacia el pasado. En consecuencia unificó la jurisprudencia sentando que el ámbito temporal de aplicación de la ley 54 era desde su promulgación y hacia el futuro.

Finalmente, frente al tercer aspecto, la Corte Constitucional, en sus primeros fallos frente a la constitucionalidad o no del artículo primero de la ley 54, reivindicó el desconocimiento legal de que venían siendo objeto las uniones maritales formadas entre dos personas del mismo sexo⁸. Evitando dar una batalla frente a los conservadores y tradicionales principios que han

⁶ Sentencia S-072 del 20 de abril de 2001, expediente No. 5883, M.P.: Silvio Fernando Trejos Bueno, Corte Suprema de Justicia – Sala Civil; Sentencia C-019 del 29 de mayo de 1997, expediente No. 4845, M.P.: Jorge A. Castillo Rugeles, Corte Suprema de Justicia – Sala Civil; Sentencia C-030 del 20 de marzo de 2003, expediente No. 6726, M.P.: Manuel Isidro Ardila Velásquez, Corte Suprema de Justicia – Sala Civil; Sentencia del 9 de marzo de 2004, expediente No. 6984, M.P.: Silvio Fernando Trejos Bueno. Corte Suprema de Justicia – Sala Civil.

⁷ Sentencia S – 072 del 20 de abril de 2001. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, Corte Suprema de Justicia – Sala Civil.

⁸ Sentencia C-098 del 7 de marzo de 1996. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Corte Constitucional; Sentencia C-1043 del 6 de diciembre de 2006, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.

influenciado la forma de entender e interpretar la normatividad matrimonial dijo, en esa oportunidad, que no era cierto que la Ley 54 de 1990 pretendiera coartar el derecho constitucional a la libre opción sexual, porque dicha ley no impedía en modo alguno que se constituyeran parejas homosexuales, ni obligaba a rechazar la condición u orientación sexual de algún individuo y mucho menos sancionaba la homosexualidad. Además, que no veía cómo con esta ley se estuvieran discriminando las parejas homosexuales, pues la sociedad patrimonial en sí misma no era un presupuesto necesario para ejercer la orientación sexual que a bien cada individuo quisiera elegir, sino que simplemente esta norma se había limitado a tratar los aspectos patrimoniales de un determinado tipo de relación para reivindicar y proteger la desigualdad ocurrida entre el hombre y la mujer que la constituyen, en desarrollo de los principios constitucionales en donde la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades, lo que no ocurría en las relaciones de parejas homosexuales por ser precisamente relaciones entre personas del mismo sexo. En consecuencia, declaró la constitucionalidad del artículo primero de la ley 54 de 1990 basada en que la definición legal de la unión marital de hecho dada por la ley 54 en ningún momento fue crear un privilegio hacia un tipo de relación que desmejorara a otro de igual estructura.

De conformidad con lo anterior, se puede afirmar sin temor a equivocarse, que aunque el legislador con la ley 54 de 1990 hizo un gran aporte al régimen marital colombiano, en tanto que enriqueció la legislación existente sobre la materia, al mismo tiempo, introdujo con aquella varias violaciones al derecho de igualdad entre las diferentes parejas que constituían, para ese entonces, una unión de vida permanente y singular. Además, que con la taxativa interpretación con que las Cortes profirieron sus primeros fallos, la ley no alcanzó a brindar remedio satisfactorio a todos los asuntos jurídicos de orden patrimonial por los que atravesaban las mujeres que vivía en las llamadas uniones libres cuya convivencia cesaba, ni tampoco la de los homosexuales, quienes ya estaban en la lucha por la defensa y reconocimiento de sus derechos constitucionales.

En consecuencia, los debates sobre los alcances de la ley 54 se han venido reabriendo permanentemente desde su expedición. En efecto, mientras las Cortes fueron cambiando de integrantes por el cumplimiento de sus periodos de tiempo en el cargo, llegando con ellos ideas menos conservadoras que las anteriores o viceversa, lentamente las interpretaciones sobre la ley 54 han venido dado vuelta a las posiciones iniciales, lo cual ha resultado favorable para quienes quedaron desprotegidos con su expedición. Sin embargo, en esa lucha por atender todos los aspectos jurídicos de que carece nuestro régimen matrimonial, las Cortes se pasaron al lado opuesto de la interpretación restrictiva de la ley y han venido profiriendo fallos que exceden los alcances de la misma, como paso a exponer.

1.2. Las nuevas interpretaciones de las Cortes frente a la ley 54 de 1990

Las interpretaciones que dieron poco alcance a la ley 54 de 1990, expuestas anteriormente, fueron cambiadas radicalmente con el fallo de la Corte Suprema de Justicia del 28 de octubre de 2005⁹ y el de la Corte Constitucional del 7 de febrero de 2007¹⁰. El primero de éstos volviendo sobre el tema de la aplicabilidad de la ley 54 hacia el pasado y el segundo sobre el tema de los efectos patrimoniales de la misma aplicados a las parejas homosexuales.

Después de casi quince años que la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia¹¹ había manifestado que, de conformidad con lo previsto en sus artículos 1º y 9º, la ley 54 de 1990 regía a partir de su promulgación y hacia el futuro, con el fallo del 28 de octubre de 2005 cambió completamente su posición e interpretó que la misma efectivamente no era irretroactiva sino retrospectiva. Esto es, que la ley 54 regía hacia al pasado reconociendo y regulando hechos anteriores a su promulgación.

⁹ Sentencia del 28 de octubre de 2005, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Corte Suprema de Justicia – Sala Civil.

¹⁰ Sentencia C-075 del 7 de febrero de 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.

¹¹ Sentencia S-072 del 20 de abril de 2001, expediente No. 5883, M.P.: Silvio Fernando Trejos Bueno, Corte Suprema de Justicia – Sala Civil; Sentencia C-019 del 29 de mayo de 1997, expediente No. 4845, M.P.: Jorge A. Castillo Rugeles, Corte Suprema de Justicia – Sala Civil; Sentencia C-030 del 20 de marzo de 2003, expediente No. 6726, M.P.: Manuel Isidro Ardila Velásquez, Corte Suprema de Justicia – Sala Civil; Sentencia del 9 de marzo de 2004, expediente No. 6984, M.P.: Silvio Fernando Trejos Bueno. Corte Suprema de Justicia – Sala Civil.

El objetivo de esta nueva tesis era que los concubinatos constituidos antes del 1º de enero de 1991 también quedaran sujetos a la regulación patrimonial de que trataba la ley 54 para así otorgarle protección a las concubinas que se encontraban en situación de desventaja frente a sus compañeros por cuanto sus uniones de hecho no producían efectos patrimoniales. Ese fallo básicamente se sustentó en cinco argumentos, a saber:

- 1) La Corte Suprema manifestó que a partir de la Carta Política, que es de adaptación inmediata en lo que a derechos y garantías se refiere, y que en la misma (artículo 42) el Estado y la sociedad garantizan la protección a la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos, no cabían interpretaciones que generaran algún tipo de privilegios para determinada tipología especial de familia. Por ello resultó claro para la Corte Suprema del año 2005 que el reconocimiento que la Ley 54 brindó a las uniones de hecho, no podía brindarse únicamente a las que nacieron desde el 1º de enero de 1991 hacia adelante, sino que la norma debía regir para todas las que coexistían al momento de entrar en vigencia la tan mencionada ley.
- 2) Que por regla general la promulgación de leyes en las que existe un innegable interés general para un sector de la sociedad, como lo era la ley 54 de 1990, tenían el propósito de brindar pronta y cumplida tutela a cierto grupo de personas que reciben una protección precaria o nula, por lo que como quedó redactado en la ponencia para el primer debate ante la Cámara de Representantes, antecedente de la ley mencionada, aquella pretendía impedir una grave injusticia generada por existir un vacío en la legislación acerca de un hecho social cada vez más extendido. Por lo tanto, debía entenderse que con la definición que hacía en su artículo primero de las uniones maritales de hecho, no sólo se pretendía eliminar odiosos términos como el concubinato o el amancebamiento, como se afirmó en un comienzo, sino también el de resaltar el principio de vigencia inmediata de la ley. Si no hubiera sido así, explica la Corte, sería tanto como afirmar que el único beneficio

adquirido por las uniones nacidas antes del 31 de diciembre de 1990 y que no tuvieron solución de continuidad y siguieron desarrollándose con posterioridad, fue el de recibir una más adecuada denominación, como si eso fuera de mayor importancia que el efecto patrimonial deseado. Advirtió además que interpretarlo en éste último sentido era un absurdo porque precisamente lo que el legislador quiso fue acabar con la grave injusticia de la falta de efectos patrimoniales y no con el simple nombre del concubinato.

- 3) Que tener en cuenta el término de convivencia anterior a la promulgación de la ley 54 no traducía una aplicación retroactiva de la misma. Pues como reiteradamente lo ha dicho esa misma Corporación, si no se están desconociendo derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas en el pasado, y la nueva ley no está yendo hacia atrás a derogar o modificar cualquier otra ley anterior, no se puede hablar de efectos retroactivos. Además, que como el tema regulador de la ley 54 de 1990 no tenía legislación previa (afirmación que como vimos resulta errada), entonces no se puede afirmar que al sumar el tiempo de convivencia precedente a su expedición para declarar la unión marital de hecho, se le están otorgando efectos retroactivos a la ley.
- 4) Que a pesar de que el legislador descartó en principio que fuera retroactiva (artículo 9º), no descartó en la misma el postulado de vigencia inmediata de la ley (artículo 1º), el cual, dice la Corte, significa que rige hacia el futuro cobijando necesariamente las situaciones jurídicas en curso, esto es, las uniones de hecho que iniciaron antes de su promulgación y se consagran bajo su imperio. Ello significa en otras palabras, que le dio efectos retrospectivos.
- 5) Y por último, que como dicha normatividad consagra una presunción (la sociedad patrimonial) debe apartarse de la regla general de irretroactividad (consagrada en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887) para tener vigencia inmediata, y por lo tanto, producir efectos retrospectivos, más no retroactivos, que le permitan a los antes llamados

concubinos recibir el beneficio probatorio que se prevé para a la unión de hecho a partir de 1991.

Por otra parte, y habiendo pasado también varios años desde la interpretación de constitucionalidad del artículo primero de la ley 54 en materia de derechos de las parejas homosexuales¹², la Corte Constitucional profirió la sentencia C-075 de 2007, a través de la cual también cambió por completo su posición inicial de negar el reconocimiento de los derechos patrimoniales a las parejas homosexuales quienes, al igual que los mal llamados concubinos, vivían en comunidad de vida permanente y singular, para decir que sí los tenían. En el mismo sentido en que la Corte Suprema de Justicia pretendió proteger a las mujeres que se encontraban en una situación patrimonial de desventaja frente a su compañero, la Corte Constitucional quiso proteger al homosexual que se encontraba dentro de una convivencia permanente y singular en esa misma situación.

El fallo proferido se sustentó principalmente en que la Corte Constitucional encontró contrario a la Constitución que se previera un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales, pues ello violaba los derechos fundamentales de los homosexuales a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de la personalidad y además, porque comportaba una forma de discriminación hacia ellos prohibida por el ordenamiento superior. Además, que como no existía razón que justificara someter a las parejas homosexuales a un régimen de ausencia legislativo, cuando la misma ley 54 había establecido un régimen que servía para regular su situación patrimonial en caso de que por cualquier causa cesara la cohabitación, debían entonces incluirse a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho.

No obstante y sin negar que el reconocimiento de efectos jurídicos de las uniones de hecho tanto heterosexuales como homosexuales ha procurado beneficios a un sector amplio de la sociedad, con estos fallos las altas Cortes

¹² Sentencia C-098 del 7 de marzo de 1996. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Corte Constitucional; Sentencia C-1043 del 6 de diciembre de 2006, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.

han sobrepasado el alcance que el legislador del 90 le dio a la ley 54, valiéndose para ello no sólo de justificaciones sagaces, sino también de la inobservancia de algunos conceptos pertinentes que influyen directamente en la armonización de las normas que pretenden interpretar, a saber:

Por un lado, para la tesis de la retrospectividad de la ley 54¹³, la Corte Suprema de Justicia del año 2005 se sirvió de una interpretación, más que amplia, del principio general de irretroactividad de las leyes y, así mismo, de un supuesto vacío normativo en donde no lo hay.

Los artículos sobre los que se basa la interpretación de la Corte Suprema para justificar tal retrospectividad dicen:

“ART. 1º - A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles...

“ART. 9º - La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.” (Subrayados fuera de texto).

De la lectura de estas normas, se desprende claramente que la voluntad del legislador no fue ninguna otra diferente a que la ley rigiera desde su promulgación y hacia el futuro. De haber querido que fuera hacia el pasado con seguridad no hubiera dejado explícito en su numeral noveno que regía “a partir de la fecha de su promulgación”. Sin embargo, la Corte Suprema consideró, en su afán de restablecer el derecho a la igualdad violado por la ley, que para que se formara la unión marital de hecho la pareja debía llevar por lo menos dos años de convivencia permanente y singular, lo que sumando a lo dicho en el artículo primero, de que era a partir de la vigencia de la ley que las uniones de hecho se creaban, generaba necesariamente que la misma debía ir hacia el pasado, por lo menos dos años a partir de su expedición. Con ello le otorgó a la norma un régimen temporal más amplio de lo que la misma había establecido

¹³ Sentencia del 28 de octubre de 2005, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Corte Suprema de Justicia – Sala Civil.

ya que lo que el legislador dijo era que las uniones maritales de hecho nacían sin más requisitos que los previstos en el aparte pertinente de su artículo primero, para lo cual no es necesario que se cuente ningún periodo de tiempo específico.

En efecto, cuando la norma en su artículo primero establece que su vigencia era inmediata, lo que consagró fue que las uniones de hecho nacían a partir del 1º de enero de 1991 sin más requisitos que el de convivencia permanente y singular, esto es, sin necesidad de que deban pasar dos años para que su sociedad patrimonial se dedare. Diferente es que la pareja quiera liquidar su sociedad patrimonial para lo cual sí necesitan declararla y por lo tanto esperar a que pasen por lo menos dos años de convivencia, pues como la ley misma lo diferencia: una cosa es la unión marital de hecho que se crea bajo los términos del artículo primero (efectos personales) y otra, la sociedad patrimonial que se presumen a partir de la existencia por más de dos años de la unión marital (efectos patrimoniales).

Afirmar además que la Ley 54 de 1990 es retrospectiva, significa que la misma va hacia el pasado a regular las uniones de hecho formadas con anterioridad a la promulgación de dicha ley, presumiendo que no existe ninguna regulación sobre las mismas. Sin embargo, algunas uniones maritales de hecho que se iniciaron previamente a la promulgación de la mencionada Ley 54, correspondían a los matrimonios de hecho, que como se dijo en un principio, son los celebrados sin la presencia de una autoridad y testigos competentes y cuya existencia debe probarse a través de la posesión notoria del estado de casado de que trata el artículo 396 del Código Civil. Por lo tanto, no ha sido tan grande el vacío normativo en el que se basó la Corte para sustentar su tesis de retrospectividad.

De conformidad con lo anterior, resulta un poco apretada la argumentación de la Corte Suprema para conducir que lo que el legislador quiso no fue solamente regular los concubinatos nacidos a partir del 1º de enero de 1991, sino la de regular los ya existentes al momento de su promulgación.

Por otro lado, para darle efectos patrimoniales a las uniones de hecho entre homosexuales la Corte Constitucional también se vio en la necesidad de acudir a interpretaciones bastante amplias de principios, que para otros casos había desestimado, pero que trajo a esta interpretación para poder otorgar una regulación legal necesaria a la población homosexual colombiana.

En efecto, la Corte acudiendo a su deber impuesto constitucionalmente de “adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, entre los cuales se cuentan, la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar, y ciertas condiciones materiales de existencia”¹⁴ que estaban siendo violados a los homosexuales por la ausencia de legislación respecto de su protección legal en caso de que la convivencia con su pareja cesara, declaró la exequibilidad de la ley 54 de 1990 en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales, excediendo así el límite interpretativo de la ley.

En la ley 54 de 1990 se encuentra claramente que la voluntad del legislador del año 90 era solamente reconocer efectos personales y patrimoniales a las uniones de hecho que se formaran entre un hombre y una mujer. Así fue como estableció los efectos personales de la unión marital en el artículo primero y señaló que sólo en consecuencia de la existencia de éstos nacerían los patrimoniales, razón por la cual los consagró en el artículo segundo.

De los dos artículos se desprende que los compañeros permanentes son solamente el hombre y la mujer que conforman la unión marital de hecho y que sólo una vez que exista la unión entre compañeros permanentes es que se presume la sociedad patrimonial. Por lo tanto, los efectos patrimoniales son consecuencia directa de la formación de la unión marital de hecho entre un hombre y una mujer. Así pues, no puede presumirse una sociedad patrimonial entre homosexuales sin que la fuente de la misma se forme, esto es, sin que la unión marital de hecho exista, la que, se repite, sólo se predica de la formada

¹⁴ Sentencia C-075 del 7 de febrero de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.

entre un hombre y una mujer. En otros términos, no puede haber efecto sin causa. Sin embargo, la Corte Constitucional desarticuló la ley interpretándola separadamente del primer artículo para darle efectos patrimoniales a una unión que no está reconocida en ninguna norma, pero que esta enmarcada dentro de un contexto social frente al cual no puede el Estado dar la espalda, llevando así los alcances de la norma mucho más allá de lo que la misma puede alcanzar.

1.3. Necesidad de un régimen matrimonial colombiano más amplio

Teniendo en cuenta todo lo anterior, resulta imprescindible reconocer un régimen matrimonial más amplio que el pretendido por el sólo matrimonio solemne, pues en Colombia no existe únicamente éste matrimonio ya que a su lado siempre se ha encontrado el matrimonio de hecho y, además, a partir del año 1991 se creó la unión marital de hecho. Tres figuras que regulan una misma situación jurídica: la convivencia permanente y singular de dos individuos. Tal tarea no implica arduas jornadas para una legislación nueva sino únicamente el reconocimiento por parte de la comunidad jurídica de dicha necesidad, ya que tales figuras pueden compartir la normatividad existente por contener preceptos comunes, a saber:

Tanto el matrimonio de hecho como el solemne son contratos celebrados entre dos personas con el fin de convivir permanente y singularmente. Ambos acuerdos se pactan a través de la manifestación de la voluntad, que para el primero puede ser expresa o tácita¹⁵ y para el segundo, debe ser necesariamente expresa y recogida en documento público¹⁶. Así mismo, la unión marital de hecho, que aunque no necesita de acordarse contractualmente sino que puede ser producto del paso del tiempo, es consecuencia de la convivencia singular y permanente de dos individuos¹⁷.

¹⁵ SALCEDO SEGURA, Jorge. Teoría General del Derecho Civil, Tomo I. Bogotá: Doctrina y Ley, 2006. p. 432.

¹⁶ CASTILLO RUGELES, José Antonio. Derecho de Familia. Bogotá: Editorial Leyer, 2000, p. 67.

¹⁷ LAFONT PIANETT, Pedro. Derecho de Familia: Unión Marital de Hecho. Segunda Edición. Bogotá Ediciones Librería del Profesional, 1984, p. 51.

Las tres figuras cumplen con la finalidad de ayuda y auxilio mutuo, que es la finalidad principal que permite diferenciar aquella comunidad de vida con fines de convivencia permanente y singular, de otras convivencias casuales y esporádicas, que no sirven de fuente para la formación de la familia¹⁸.

Así mismo, de ellas puede sobrevenir la procreación, pues la comunidad de vida que se predica de las tres figuras conlleva en sí la unión sexual exclusiva y satisfactoria entre las partes. Sin querer afirmar con ello que la falta de interés en la descendencia o la imposibilidad física de crearla, deslegitimen la posibilidad de formar una comunidad de vida permanente y singular¹⁹. Para lo cual hay que tener en cuenta que la descendencia en Colombia puede lograrse también a través de la adopción, que crea vínculos civiles de parentesco²⁰.

Sin embargo, no son figuras iguales. Aunque en la vida diaria se puedan confundir por cuanto en últimas las tres parten de la convivencia permanente entre dos personas que se prestan mutuamente a ayudarse, a serse fieles, a tener descendencia (por vínculos sanguíneos o civiles) y a satisfacer sus necesidades sexuales, entre otras, al momento de formarse y de establecer la prueba de su existencia se evidencian las diferencias.

Para que el matrimonio solemne nazca, el Código Civil consigna un número elevado de solemnidades matrimoniales²¹ mediante las cuales el acuerdo produce efectos jurídicos, excluyendo así de su regulación muchas uniones sexuales con fines de convivencia permanente y singular. Para el matrimonio de hecho el mismo Código establece la falta de solemnidades para su formación²², de tal modo que sólo requiere los requisitos de la esencia de cualquier contrato civil, estos son, la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita. Ello casi en oposición al matrimonio solemne, recogiendo

¹⁸ VALENCIA ZEA, Arturo y MONSALVE ORTIZ, Álvaro. Derecho Civil: Derecho de Familia. Tomo V. Séptima Edición Actualizada. Bogotá: Editorial Temis, 1996, p. 156.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 159.

²⁰ VALENCIA ZEA, Arturo y MONSALVE ORTIZ, Álvaro. Derecho Civil: Parte General y Personas. Tomo I. Séptima Edición Actualizada. Bogotá: Editorial Temis, 1996, p. 112.

²¹ Las solemnidades matrimoniales se encuentran consagradas en el artículo 13 y siguientes del Código Civil y son objeto del siguiente capítulo.

²² El numeral 4º del artículo 140 del Código Civil establece el matrimonio de hecho el que es objeto del siguiente capítulo.

así en su regulación los matrimonios que precisamente no entran dentro de éste tales como el de las parejas homosexuales, el de los antes denominados concubinos, el de los no divorciados, el de quienes hayan cometido conyugicidio, el que no constan en prueba solemne, etc. Y para la unión marital de hecho la ley 54 de 1990 estableció que la misma se formaba y cobraba vigencia en el mismo momento en que un hombre y una mujer, que sin estar casados entre si, hacen una comunidad de vida permanente y singular, a quienes se les denominará compañero y compañera permanente.

Por su parte, a la hora de constituir la prueba del estado civil que crea cada matrimonio y la unión marital de hecho, encontramos la otra diferencia entre tales figuras. Como el matrimonio y la unión marital de hecho son situaciones jurídicas que se adquieren frente a la familia²³, afectan el estado civil de las personas, por lo que, de conformidad con el Decreto 1260 de 1970, deben estar sujetas a registro. Para el caso del matrimonio solemne, el contrato solemne celebrado, que es el acto fuente del estado civil de casado, debe asentarse en la notaría competente para que se inscriba en el registro civil de matrimonio cuya copia auténtica constituye la prueba del mismo. Para el caso del matrimonio de hecho debe iniciarse acción judicial de reclamación del estado civil de casado, cuya sentencia, que es la fuente del estado civil de casado, habrá que inscribirse también en la notaría competente, en el registro civil de matrimonio cuya copia auténtica es prueba de su matrimonio. Y para la unión marital de hecho, una vez declarada ya sea a través de un proceso judicial ordinario, o de mutuo acuerdo ante notario público o conciliador competente, o mediante escritura pública, el acta que la recoja que es la fuente de su estado civil de unidos, deberá inscribirse igualmente en la notaría competente. Situación que, se advierte, aún hoy en día todavía no se haya clara respecto del libro de registro que habrá de utilizarse.

No quiere decir esto último, que sin la prueba del estado civil la situación jurídica reconocida y calificada por la ley, que es al mismo tiempo la fuente del estado jurídico, no exista o sea inválida. Sino que el acto, hecho o sentencia

²³ VALENCIA ZEA, Arturo y MONSALVE ORTIZ, Álvaro. Derecho Civil: Parte General y Personas. Tomo I. Séptima Edición Actualizada. Bogotá: Editorial Temis, 1996, p. 123.

constitutivos de tal estado quedan sujetos a su anotación frente al notario. En efecto, una cosa es la fuente del estado civil y otra su prueba. Así lo manifestó la Corte Constitucional²⁴, citando la sentencia de marzo 22 de 1979 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en la que señaló:

"Una cosa es el estado civil de las personas y otra su prueba. Los hechos, actos o providencias que determinan el estado civil, otorgan a la persona a quien se refieren, una precisa situación jurídica en la familia y la sociedad y la capacitan para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones. El estado civil, pues, surge una vez se realicen los hechos constitutivos del mismo, como nacer de padres casados, o inmediatamente ocurre el acto que lo constituye como el celebrar matrimonio, o, en fin cuando queda en firme la sentencia que lo determina, como en el caso de la declaración judicial de paternidad natural. (...) Pero estos hechos, actos o providencias que son la fuente del estado civil, sin embargo no son prueba del mismo, porque de manera expresa el legislador dispuso que 'el estado civil debe constar en el registro del estado civil. (...) De consiguiente, el estado civil de hijo natural no se demuestra con copia de la escritura pública en que el padre reconoció al hijo, ni en su caso, con copia de la sentencia judicial que declare la paternidad natural; este estado civil se demuestra con la copia del acta del estado civil que, una vez definida legalmente la paternidad natural, debe asentar el notario, de la manera como se indica en el artículo 60 del decreto (1260 de 1970) precitado".

En este orden de ideas, la importancia de determinar el estado civil de una persona, radica en que hasta que ello no suceda, la situación jurídica que la misma ostenta ante la familia y la sociedad no es reconocida²⁵. Esto es, que sólo hasta que la autoridad competente registre el estado civil de casado o de unido, da fe pública del mismo y por ello, sólo hasta ese momento se puede probar en procesos o ante alguna autoridad, empleado o funcionario público la

²⁴ Sentencia C-401 del 2 de junio de 1999, M.P.: Fabio Morón Díaz, Corte Constitucional.

²⁵ VALENCIA ZEA, Arturo y MONSALVE ORTIZ, Álvaro. Derecho Civil: Parte General y Personas. Tomo I. Séptima Edición Actualizada. Bogotá: Editorial Temis, 1996, p. 125.

situación jurídica en la que se encuentra el esposo o esposa o el compañero o compañera permanente. Además, a partir de tal registro es el estado civil es oponible a la sociedad y a la ley, quienes están obligadas a reconocer y respetar todos los derechos que ostenta el poseedor del estado civil reconocido²⁶.

Lo anterior cobra importancia a la hora de diferenciar el matrimonio solemne, del de hecho y de la unión marital de hecho, solamente porque es evidente que al momento de materializar la defensa o reclamación de los derechos que se adquieren, es menos laborioso para el matrimonio solemne que para los otros dos. Sin embargo, no es motivo determinante a la hora de formar una u otra figura, pues es asunto meramente probatorio.

Así pues, ante la falta de distancia inconciliable entre las tres figuras jurídicas procede entonces contemplar en conjunto toda la normatividad señalada, que por supuesto debe incluir la unión marital de hecho, en un sólo gran régimen matrimonial. Y no sólo por sus normas, sino porque también ya hemos llegado al límite del alcance de la ley 54, con lo cual nos encontramos nuevamente ante nuevos vacíos normativos, que no pueden depender de más legislación, sino de la interpretación en conjunto de la vigente.

En efecto, la ley 54 no pretendía llenar los vacíos que en uso de la jurisprudencia sobre la misma se están llenando²⁷. Según su articulado, es claro que la ley sólo quería crear un nuevo estatus jurídico personal y patrimonial a la pareja de diferente sexo que sin estar casados convivían permanente y singularmente, y además, que sólo quería reconocerlo a partir de su expedición. Por lo tanto, aunque fue un gran avance para nuestra legislación matrimonial, no fue suficiente para completarla armoniosamente.

De reconocerse el matrimonio de hecho en los términos en que lo expondré en el siguiente capítulo, no sólo se abriría el marco de regulación matrimonial

²⁶ Decreto 1260 de 1970, artículo 106.

²⁷ Sentencia del 28 de octubre de 2005, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Corte Suprema de Justicia – Sala Civil y Sentencia C-075 del 7 de febrero de 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.

hacia un régimen más amplio sino que con ello se daría cabida a una regulación legal armoniosa de los nuevos conceptos matrimoniales que en la realidad se sigan generando, pues estaríamos hablando de un régimen matrimonial que regula toda forma de unión con fines de convivencia singular y permanente.

2. EL MATRIMONIO DE HECHO

En el año 1887 en Colombia fue adoptado el Código Civil de Andrés Bello, el que hasta hoy sigue rigiendo. Durante todo este periodo de tiempo en su artículo 396 ha estado redactada la figura de la posesión notoria del estado de casado. Sin embargo, nunca nadie ha probado su estado civil de casado a través de la misma. ¿Por qué ha pasado tanto tiempo y para ningún doctrinante, juez, abogado litigante e inclusive, para la Corte Suprema de Justicia, ha sido visible tal figura jurídica?

La tradición jurídica que ha rodeado e influenciado la interpretación de textos legales en nuestro país, ha negado un camino diferente al del artículo 113 del Código Civil para la formación de un acuerdo matrimonial que produzca efectos jurídicos²⁸. Durante más de un siglo y medio la interpretación de normas en materia de familia, ha mantenido presente una línea conservadora y respetuosa de la idea de solemnidad matrimonial, heredada del concepto cristiano del matrimonio como un sacramento. En efecto, la interpretación exegética de las normas matrimoniales, especialmente la del artículo 113 mencionado, responde más a la idea del matrimonio como un acuerdo sagrado al que sólo

²⁸ En esta tesis se estudiaron como parte de la doctrina que en Colombia integra la tradición jurídica sobre materia matrimonial los siguientes libros: CLARO SOLAR, Luís. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Santiago de Chile: Editorial Nacimiento, 1987. SAMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Chile: Editorial Nacimiento, 1946. PARADA HERNÁNDEZ, B. Sinopsis de Derecho de Familia. Santiago de Chile: Editorial Nacimiento, 1944. MAZEAUD, Henri y Lron y MAZEAUD, Jean. Lecciones de Derecho Civil: Parte Primera, Volumen III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1976. CARBONNIER, Jean. Derecho Civil: Situaciones Familiares y Cuasi-familiares. Tomo I. Volumen II. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1961. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho de Civil: Divorcio, Filiación e Incapacidades. México: Cárdenas Editor y Distribuidos, 1981. VALENCIA ZEA, Arturo y MONSALVE ORTIZ, Álvaro. Derecho Civil: Parte General y Personas. Tomo I. Séptima Edición Actualizada. Bogotá: Editorial Temis, 1996. VALENCIA ZEA, Arturo y MONSALVE ORTIZ, Álvaro. Derecho Civil: Derecho de Familia. Tomo V. Séptima Edición Actualizada. Bogotá: Editorial Temis, 1996. LAFONT PIANETT, Pedro. Derecho de Familia: Unión Marital de Hecho. Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1984. CASTILLO RUGELES, José Antonio. Derecho de Familia. Bogotá: Editorial Leyer, 2000. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Matrimonio Civil y Divorcio en la Legislación Colombiana. Segunda Edición Aumentada y Corregida. Bogotá: Editorial Temis, 1979. SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo I – Régimen de las Personas. Bogotá: Editorial Temis, 1999. SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II – Filiación, régimen de los Incapaces. Bogotá: Editorial Temis, 1999. SALCEDO SEGURA, Jorge. Teoría General del Derecho Civil, Tomo I. Bogotá: Doctrina y Ley, 2006.

se puede llegar por medio del cumplimiento de varios requisitos, que a la idea jurídica de un contrato civil entre dos personas que pretenden una comunidad de vida protegida por la ley.

No obstante, aunque los preceptos canónicos de la Iglesia Católica hayan marcado fuertemente una influencia sobre la interpretación normativa en materia de matrimonio en Colombia, la verdad es que el legislador de 1887 estableció a través de la ley 57 un camino alternativo al del artículo 113 del Código Civil para la formación del acuerdo matrimonial. A través de la subrogación del numeral 4º del artículo 140 del Código Civil consagró el matrimonio de hecho como otra forma de matrimonio para que aquellas parejas cuyo acuerdo matrimonial no fuese celebrado con las múltiples y detalladas formalidades de que trata el matrimonio solemne, pudieran hacer valer sus derechos como esposos²⁹.

Pero como desde los primeros doctrinantes³⁰, quienes comentaron la codificación civil de Bello y luego la adoptada por nuestro legislador, se preservó intacta la idea del matrimonio contractual solemne como la única forma establecida por el legislador para la formación del matrimonio, en consecuencia, el matrimonio de hecho creado en el numeral 4º del artículo 140, cuya prueba se constituye a través del artículo 396, fue inobservado por los intérpretes y estudiosos del derecho.

Sin embargo, es innegable la voluntad del legislador plasmada en el mencionado artículo 140. En realidad y a diferencia de la interpretación jurídica tradicional, nuestro estatuto civil contiene desde 1887 un espíritu más amplio en materia matrimonial de lo que usualmente hemos pensado. Pero ha sido el intérprete quien ha redefinido lo que aquél legislador previó al conducir la visión del matrimonio hacia un único propósito de solemnidad, marcando así una gran diferencia entre el matrimonio solemne y el de hecho al punto de que el

²⁹ SALCEDO SEGURA, op. cit., p. 432

³⁰ CLARO SOLAR, Luís. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Santiago de Chile: Editorial Nacimiento, 1987. SAMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Chile: Editorial Nacimiento, 1946. PARADA HERNÁNDEZ, B. Sinopsis de Derecho de Familia. Santiago de Chile: Editorial Nacimiento, 1944.

segundo quedó catalogado como un contrato inexistente. A pesar de esto, lo cierto es que el matrimonio de hecho sigue vigente aún y con todo el peso de la tradición jurídica conservadora de nuestro país en los términos en que paso a explicar.

2.1. Matrimonio de hecho

El Código Civil colombiano ha tratado paralelamente tanto al matrimonio solemne como al de hecho, el primero en su artículo 113 y el segundo en su artículo 140. No obstante y aunque el matrimonio en general ha sido materia de mucho estudio en nuestro país³¹, el de hecho, como ya se dijo, ha permanecido oculto y sin que se le reconozca la verdadera importancia jurídica que contiene. Tal situación se ha debido a la gran influencia jurídica que ha tenido la idea de solemnidad matrimonial durante toda nuestra historia normativa matrimonial, que ha hecho impensable la idea de un matrimonio válido sin el cumplimiento de las mismas. Idea que se refleja en las múltiples interpretaciones que desde los primeros doctrinantes se han venido repitiendo.

Desde el año 1857 fue advertida por primera vez una interpretación del artículo 396 del Código Civil, que marcó el punto de partida en dirección hacia el establecimiento del matrimonio de hecho. Sin embargo, la interpretación novedosa no llegó muy lejos. En su tratado de *“Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”*³², en el que el jurista Luís Claro Solar comentó e interpretó todos los artículos del Código Civil (libro que ha sido base de consulta tanto para los estudiosos del derecho chileno como para los del colombiano), aparece tímidamente tal tesis.

El artículo legal citado dice así: “POSESIÓN DEL ESTADO DE CASADO. “ART. 396. – La posesión notoria del estado de matrimonio consiste,

³¹ VALENCIA ZEA, Arturo y MONSALVE ORTIZ, Álvaro. Derecho Civil: Derecho de Familia. Tomo V. Séptima Edición Actualizada. Bogotá: Editorial Temis, 1996. CASTILLO RUGELES, José Antonio. Derecho de Familia. Bogotá: Editorial Leyer, 2000. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Matrimonio Civil y Divorcio en la Legislación Colombiana. Segunda Edición Aumentada y Corregida. Bogotá: Editorial Temis, 1979. SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo I – Régimen de las Personas. Bogotá: Editorial Temis, 1999. SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II – Filiación, régimen de los Incapaces. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

³² CLARO SOLAR, op. cit.

principalmente, en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas sociales; y en haber sido la mujer recibida en ese carácter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio general.”

Según la redacción de este artículo, el estado civil que se adquiere a través del matrimonio de hecho, esto es, el estado civil de casado que otorga el estatus de esposo, puede probarse principalmente a través de la posesión notoria del estado de casado.

La interpretación que dio Claro Solar al mencionado artículo estableció que el mismo era un mecanismo de ley para adquirir una prueba del estado civil de casado, en el caso único en que la prueba principal se hubiere perdido o destruido. Señaló el autor reiteradamente en su texto que tal artículo sólo procedía en defecto de todos los otros medios probatorios que admitió la ley para probar el estado civil de una persona. Los otros medios probatorios eran: las *partidas o certificados* del registro civil, otros *documentos auténticos* referentes a dicho estado civil y las *declaraciones* de personas que hayan presenciado los hechos que los constituyen. Advirtió entonces el autor que éstos tenían el carácter de pruebas supletorias los unos de los otros y que debía hacerse uso de ellos en el orden en que los artículos lo indicaban. Quedó entonces el artículo 396 interpretado como el cuarto y último medio probatorio que la ley admitió para acreditar el estado civil de casado, sin que pudiera anteponerse a ninguno de los ya mencionados³³.

La advertencia que se observa en el texto de Solar, de interpretar el artículo como lo manifestó, tenía la finalidad de inclinar al intérprete hacia la idea de que el legislador al redactarlo se había cuidado de no dejar vacío alguno que permitiera interpretar la norma en otro sentido. Sin embargo, el mismo jurista anotó en sus escritos que el legislador sí había dejado abierta tal posibilidad legal. Señaló Solar que en una ciudad grande, en donde no todos los vecinos se conocieran entre sí, podía ser fácil o posible que dos personas que vivieran

³³ CLARO SOLAR, *op. cit.*, p. 76 y 77.

en concubinato se hicieran pasar por marido y mujer ante quienes no los conocían antes, y tomar la figura de la posesión notoria del estado de casado como medio para constituir su prueba. Sin embargo, pensó que si ello sucedía sería un caso excepcional, por lo que consideró que esa posibilidad de interpretación no era “motivo suficiente para privar de un medio de prueba tan poderoso a los legítimos cónyuges que se hallan en la imposibilidad de presentar la prueba directa de su matrimonio y que dan explicaciones satisfactorias de la falta de la respectiva partida o de la pérdida, extravío, mutilación y otro defecto del libro o registro en que debiera encontrarse”.³⁴

Resulta así indudable para el citado jurista que el artículo 310 chileno, que corresponde al 396 colombiano, establece un medio probatorio que ha de invocarse para constituir la prueba del estado civil de casado únicamente cuando son ausentes la partida o certificado de matrimonio, otros documentos auténticos o testigos presenciales que den fe de la celebración de un matrimonio solemne. Más no para que los denominados concubinos, quienes contrajeron matrimonio sin las formalidades de ley, pudieran probar su posesión notoria del estado de casados.

No obstante y con la interpretación anterior, desde que Claro Solar publicó su texto jurídico previendo que los concubinos pudieran pasar por esposos, se señaló, aunque temerosa y superficialmente, el establecimiento por parte del legislador del matrimonio de hecho. Pero adviértase que al mismo tiempo, con tal anuncio jurídico, también se desconoció que el matrimonio no solemne podía ser válido, sin que en la misma norma se precisara que así fuera. Esta situación de advertir un camino para el reconocimiento del matrimonio no formal y al mismo tiempo negarlo, refleja precisamente la idea marcada de solemnidad matrimonial sobre los intérpretes del derecho, pues aunque la norma no niega la formación del mismo el intérprete sí lo observa y lo descalifica sin mayor justificación.

³⁴ *Ibíd.*, p. 101.

Para el año 1887 el legislador colombiano unificó la legislación nacional que regiría a partir de entonces en nuestro país. Con la ley 57 no solamente se adoptó un sólo Código Civil nacional, sino que al mismo tiempo dictó otras disposiciones respecto al mismo. Así fue que a partir de 1887 se estableció implícitamente en el numeral 4º del artículo 140 del Código Civil el matrimonio de hecho.

Sin embargo, la doctrina desarrollada con posterioridad a tal reforma, reprodujo intacta la interpretación que Luís Claro Solar había emitido sobre el artículo 310 chileno, que, como se dijo, en el Código Civil colombiano quedó establecido en el artículo 396 después de la adopción de una sola codificación nacional. Fue tan así que ni aún después de la reforma hecha por el legislador del numeral 4º del artículo 140, en el que implícitamente se estableció el matrimonio de hecho, alguien probó su estado civil de casado a través de tal norma.

Entre los doctrinantes que vinieron después de Claro Solar y que fueron influyentes en la interpretación normativa colombiana, se encuentran los chilenos Manuel Samarriva Undurraga³⁵ y B. Parada Hemández³⁶. En el mismo sentido en que lo hizo Claro Solar, éstos afirmaron que la posesión notoria del estado de casado operaba en defecto de las pruebas documentales o testimoniales tendientes a establecer un estado civil ya adquirido. Ratificaron que en ningún caso tal artículo establecía que a través de la posesión del estado de casado se pudiera constituir un estado civil que no se tenía, sino que lo único que hacía dicha posesión notoria era acreditar un estado civil existente.

Posteriormente, ya en Colombia, algunos doctrinantes especializados en el área de Familia como José Antonio Castillo Rugeles y Marco Gerardo Monroy Cabra, no hacen ni siquiera referencia al artículo 396 del Código Civil. Otros, como Roberto Suárez Franco³⁷ y Arturo Valencia Zea³⁸, aunque no dicen nada de su interpretación en conjunto con otras normas del Código, sí llegan a

³⁵ SAMARRIVA UNDURRAGA, op. cit., p. 503 a 509.

³⁶ PARADA HERNÁNDEZ, B. op. cit., p. 200 y 2001.

³⁷ SUÁREZ FRANCO, op. cit., p. 229 a 224.

³⁸ VALENCIA ZEA, op. cit., p. 90

plantear una definición de lo que ha de entenderse por la posesión notoria del estado civil de casado: afirman que consiste en la situación en que se encuentra una persona por razón del tratamiento social que recibe de su familia y de la sociedad como esposo, y señalan que ha de entenderse como la manifestación exterior de ese estado. Pero nada niegan o contradicen de lo planteado por el citado doctrinante Luís Claro Solar. Implica esto que la interpretación dada por el jurista chileno prevaleció hasta nuestros días, sin que saliera a la luz otra vía de aplicación para tal artículo y sin que su advertencia fuera puesta a prueba.

Finalmente, para el año 2006 es replanteada la interpretación citada y, al mismo tiempo, retomado el interés del legislador de 1887. El doctor Jorge Salcedo Segura en su libro *Teoría General del Derecho Civil*, vio una interpretación diferente a la dada por el chileno Solar sobre el mencionado artículo 396 del Código Civil. Prácticamente Salcedo Segura argumentó como verídico lo que Claro Solar había advertido como una excepción poco probable.

Plantea Salcedo Segura³⁹ que el tan citado artículo 396 tiene la finalidad inequívoca de establecer un medio probatorio del estado civil de casado, como Claro Solar lo había previsto. Pero que precisamente es éste el mecanismo establecido por la ley para probar el matrimonio de hecho, y no una excepción poco probable como fue interpretado en un principio. Afirma que la posesión notoria del estado de casado es justamente el medio probatorio al que deben acogerse los esposos quienes celebraron un matrimonio de hecho, que el acuerdo manifestado sin la presencia del juez competente, o sin testigos hábiles, o sin uno o los otros. Es decir, que aquella es la figura jurídica a la que deben acudir los cónyuges cuyo matrimonio fue celebrado sin solemnidades, refiriéndose con ello a quienes eran llamados para aquél entonces concubinos.

La interpretación de Salcedo Segura se basa en el análisis en conjunto de los artículos 140 y 396 del Código Civil. Inicia haciendo una reflexión de la subrogación que sufrió el numeral 4º del artículo 140 del Código Civil, por el

³⁹ SALCEDO SEGURA, op. cit., p. 577.

numeral 1º del artículo 13 de la ley 57 de 1887. El texto de la norma originalmente decía:

“Artículo 140: El matrimonio es nulo y sin efectos:

(...)

4. Cuando no se ha celebrado ante el juez y los testigos.”

Y el texto del artículo 13 de la Ley 57 de 1887 que subrogó el artículo citado dice:

“Artículo 13: El matrimonio civil es nulo:

1. Cuando no se ha celebrado ante el juez y los testigos (...).”

Comparando los textos de los numerales de ambos artículos, se encuentra el doctrinante con que no existe diferencia alguna, pues el numeral había sido subrogado por otro exactamente igual. Advierte entonces que la diferencia entre el artículo original y su reforma está en su enunciado más no en sus numerales. Así es que al enunciado final (esto es, el enunciado del artículo 13 de la ley 57 de 1887) se le agregó la palabra “civil” y se le suprimió la frase “y sin efectos”.

Argumenta Salcedo Segura⁴⁰, primero respecto a la palabra “civil” agregada, que era pertinente y necesaria por cuanto el Código de Bello no contenía claramente en su articulado una división entre el matrimonio civil y el canónico. Por lo tanto, considera que el legislador de 1887 consagró correctamente con el artículo 13 de la ley 57, que la nulidad matrimonial de que trataba el artículo 140 del Código era sólo con respecto a los matrimonios civiles y no a los católicos.

Seguidamente, respecto de la expresión suprimida “y sin efectos”, señal que es el establecimiento intrínseco del matrimonio de hecho en la normatividad colombiana. En tanto el Código de Bello no contenía tampoco un capítulo especial sobre la nulidad del matrimonio, en consecuencia todas las nulidades

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 432

respecto al mismo estaban sujetas a las reglas civiles de la nulidad en general. Por lo tanto, dice que la expresión “nulo y sin efectos” señala que el matrimonio es nulo, pero con implicaciones de inexistencia. Explica que en el concepto de nulidad y rescisión de Bello, un contrato nulo o rescindido produce efectos como si fuera válido hasta que una autoridad competente lo invalide. Es decir, que el contrato nace a la vida jurídica y aunque está viciado de nulidad produce plenos efectos y es válido sólo hasta que sea declarado nulo por un juez en sentencia ejecutoriada. En consecuencia, la expresión “nulo y sin efectos” la da la ley a aquel contrato que es nulo y que no requiere declaración judicial de nulidad, porque por no nacer a la vida jurídica no produce efectos, lo que en otras palabras significa que es un negocio jurídico inexistente.

Entonces concluye el autor, que un contrato es “nulo” cuando ha de tenerse por válido y produce efectos hasta que se le declare nulo. Mientras que un contrato es “nulo y sin efectos” cuando no requiere declaración de nulidad, pues el acto jurídico no ha producido efectos y por lo tanto no la necesita, porque es un acto inexistente.

Para fortalecer su tesis, el autor se remite a la teoría de la inexistencia de los contratos jurídicos que se encuentra consignada en los artículos 1500 y 1501 del Código Civil. Señala el primer artículo, que para que los negocios jurídicos produzcan efectos civiles, deben estar sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales. En el mismo sentido, señala el segundo artículo que los elementos esenciales de los negocios jurídicos son aquellos sin los cuales el acto jurídico, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente. Entonces, según estas normas, que un negocio jurídico no produzca efecto alguno significa que es inexistente. Y lo es porque se celebró sin los elementos esenciales para que todo negocio jurídico produzca efectos. La inexistencia entonces es la misma nulidad de pleno derecho que no necesita declaración judicial de nulidad porque el negocio jurídico celebrado, por mandato de la ley, no nace a la vida jurídica. Otra cosa es la nulidad absoluta de los negocios jurídicos, figura contenida en el artículo 1741, según el cual la falta de solemnidades tipifica la nulidad absoluta. Hace referencia la norma a la falta de las solemnidades establecidas en la ley para algunos negocios

jurídicos específicos, que no son los mismos elementos esenciales de que trata el artículo 1501 mencionado. La nulidad absoluta entonces sí permite que el acto jurídico nazca y produzca efectos hasta que se declare judicialmente nulo.

En concordancia con lo anterior, concluye el doctrinante Salcedo Segura que antes de su reforma, el numeral 4º del artículo 140 declaraba a los matrimonios de hecho que son los celebrados sin la presencia del juez ni los testigos como nulos y sin efectos, esto es, inexistentes. Y que, mediante el artículo 13 de la ley 57, lo que quiso el legislador del 87 fue someter a las consecuencias propias de la figura de la nulidad al matrimonio de hecho, lo que significa que un matrimonio celebrado sin solemnidades es nulo y, en consecuencia, produce efectos jurídicos hasta tanto un juez no lo declare como tal.

Siendo así, continúa el autor⁴¹, entonces los matrimonios de hecho celebrados después de la entrada en vigencia de la Ley 57 de 1887 producen efectos jurídicos como cualquier otro contrato a saber: a) que los hijos habidos en ese matrimonio nulo se reputan legítimos, pues según el artículo 149 del Código Civil “Los hijos procreados en un matrimonio que se declare nulo, son legítimos...” y b) que ese matrimonio crea una sociedad conyugal, pues según el artículo 1820 “la sociedad conyugal se disuelve: (...) 4. Por la declaratoria de nulidad del matrimonio”.

Finalmente y de conformidad con esto último, advierte Jorge Salcedo Segura que para poder obtener la nulidad de un matrimonio viciado, lo primero es probar que existe. Y que como el matrimonio constituye un estado civil, de conformidad con el Decreto 1260 de 1970, está sujeto a un régimen probatorio para su existencia que el mismo Código Civil consagró en el artículo 396 bajo la figura de la posesión notoria del estado civil de casado.

Para la constitución de la prueba del estado civil de casado, explica que la posesión es una figura jurídica mediante la cual se presume que es titular de un derecho subjetivo quien se comporta como si realmente lo fuera, aunque en el

⁴¹ *Ibíd.*, p. 434

fondo no lo es. Por ejemplo, cuando la posesión hace referencia al derecho de propiedad se refiere a que hay un poseedor dueño y otro poseedor que no es dueño, pero ambos son poseedores porque ambos se comportan como dueños. En igual sentido, de conformidad con el artículo 396 del Código Civil, la posesión del estado de casado también implica que la pareja que se presume esposos puede o no estar realmente casada, pero si se comporta como tal eso la convierte en poseedora de tal estado. Así la posesión les otorga la situación jurídica de casados, que por ser una situación que afecta el estado civil debe registrarse, constituyendo al mismo tiempo la prueba de su matrimonio.

Una vez obtenido el registro civil de casado, los esposos que celebraron su matrimonio sin juez o sin testigos, o sin ambos, deberán alegar la nulidad matrimonial del numeral 4º del artículo 140 con el fin de liquidar la sociedad conyugal nacida de su matrimonio nulo que, de conformidad con el artículo 15 de la ley 57 de 1887, corresponde a una nulidad relativa o subsanable. Ya que según el mencionado artículo 15 son nulidades absolutas o insubsanables las contenidas en los numerales 7º, 8º, 9º, 11º y 12º del artículo 140 del Código Civil, entonces la del numeral 4º que contiene la nulidad en caso de celebrarse matrimonio con ausencia de juez y testigos, es subsanable. Y se subsana como el resto de nulidades de que trata dicho artículo: por el paso de un tiempo determinado después del cual el matrimonio de hecho celebrado es completamente válido. Además, por ser subsanable es una nulidad que no se puede decretar de oficio sino sólo a petición de parte, de conformidad con el artículo 144 del Código Civil.

Por lo tanto, bajo toda esta normatividad, el matrimonio de hecho celebrado y que no es demandado por una de sus partes para que un juez lo declare nulo, cobra completa existencia y validez jurídica, como cualquier otro negocio jurídico reconocido por la ley.

Una vez expuesta la interpretación dada a la formación del matrimonio de hecho en 1887 del jurista Claro Solar y la interpretación considerada en el año 2006 del doctor Salcedo Segura, observamos un periodo de tiempo entre ambas en el que se mantuvo estática y predominante la primera interpretación

por el resto de autores. Aún y con la entrada en vigencia de nuestra codificación civil, con los cambios que el legislador colombiano de 1887 estableció respecto al Código de Andrés Bello, vemos cómo el matrimonio de hecho se mantuvo oculto durante todo este periodo y cómo la normatividad establecida en el mencionado Código sobre la formación del matrimonio se interpretó hacia un solo fin: el matrimonio solemne, por obra de la doctrina que lo calificó como único contrato capaz de ser fuente del estado civil de casado, cerrando así la posibilidad jurídica del reconocimiento de la formación y vigencia del matrimonio de hecho.

Entonces, ésta inclinación doctrinaria hacia la idea marcada de solemnidad matrimonial no es producto de una falta de legislación al respecto. En efecto, la evolución de que dan cuenta los textos jurídicos de consulta citados, muestra que las normas de que trata el matrimonio de hecho existen desde 1887 pero que en su interpretación fueron inadvertidas periodo tras periodo por los juristas. En otras palabras, los intérpretes encontraron un sólo camino para la formación del matrimonio y en él se quedaron.

Ciertamente, ello se debió no sólo a la inclinación jurídica de la idea de solemnidad matrimonial como único medio legal para formar un matrimonio, sino que dicha idea se reflejó específicamente en la inexactitud interpretativa que tanto la doctrina como la jurisprudencia hicieron del artículo 140 del Código Civil. Tal artículo trata sobre las nulidades matrimoniales cuando el contrato matrimonial nace viciado por la ausencia de algún requisito de forma o solemnidad de que tratan los artículos 113 y siguientes del Código Civil. Por ello, previo a la exposición de la interpretación de las nulidades matrimoniales, es imprescindible conocer los requisitos y solemnidades del contrato solemne matrimonial.

2.2. Matrimonio solemne

El matrimonio solemne de conformidad con lo establecido en el artículo 113 del Código Civil, es el contrato rigurosamente celebrado entre un hombre y una mujer con tres finalidades específicas: vivir juntos, procrear, y auxiliarse y

ayudarse mutuamente. Su rigurosidad es producto de una suma de requerimientos exigidos por la ley en el acto de su formación. Por ser antes que nada un contrato, jurídicamente en principio implicaría que es un acuerdo de voluntades, pero lo cierto es que en el contrato solemne matrimonial no se acuerda sino únicamente el hecho de que el mismo se va a celebrar. Las demás manifestaciones que lo componen, son cláusulas escritas de orden público que redactan los derechos y obligaciones a que se someten los cónyuges a partir de la celebración del contrato, las que no están sujetas a discusión, cambio o renuncia y, por tanto, cualquier acuerdo que vaya en su contra, se tiene por no escrito.

La finalidad de la convivencia permanente de los cónyuges que asigna el citado artículo 113, es una finalidad intrínseca del matrimonio que conlleva a que la unión sexual de los esposos cumpla dos propósitos: la obligación de copular en la forma y términos en que las necesidades sexuales de ambos se satisfagan y la obligación de copular únicamente con el otro, por lo menos durante el periodo de tiempo en que esté vigente el acuerdo de convivencia. Estos propósitos descartan en su totalidad toda posibilidad de contacto sexual de uno de los esposos con un tercero, situación que es soporte de la estabilidad del matrimonio porque en ella se sienta la confianza mutua entre la pareja para mantenerse en convivencia continua⁴².

Por su parte, la finalidad matrimonial concierne a la reproducción dentro del mismo, es el reflejo de la imposición a la que la ley somete al matrimonio solemne de celebrarlo entre un hombre y una mujer para mantener relaciones sexuales que conduzcan a la concepción⁴³. Por ello se ha interpretado que el acto íntimo homosexual que por sí mismo es incapaz de producir una prole es también incapaz de producir un matrimonio solemne. En Colombia, hasta hace sólo unos pocos años, la unión homosexual comenzó a producir algunos efectos jurídicos. Sin embargo, aún se conserva gran distancia entre la regulación jurídica de la unión homosexual y la heterosexual frente al

⁴² VALENCIA ZEA y ORTIZ MONSALVE, op. cit., 156.

⁴³ *Ibíd.*, p. 157.

matrimonio⁴⁴. Sin embargo, no significa lo anterior que por ser la reproducción una finalidad del matrimonio sea, al mismo tiempo, un requisito esencial para su formación. Una cosa son las finalidades que el artículo 113 señala para el matrimonio solemne y otra los numerosos requisitos que la ley señala para que el contrato que lo forma nazca a la vida jurídica y produzca efectos jurídicos. Por lo tanto, a pesar de que concebir es una finalidad matrimonial, la incapacidad de la pareja para hacerlo, o su resistencia a ello, no significa que el matrimonio deja de existir o que no se ha celebrado.

Por último, la ayuda y el auxilio mutuos son finalidades del matrimonio, porque el hecho que entre los esposos haya un trato de cooperación y apoyo mutuo en pro del desarrollo de sus necesidades psicológicas, emocionales y económicas, muestran ante la sociedad signos de estabilidad y permanencia que diferencia ésta relación de cualquier otro tipo de uniones sexuales ocasionales. No es lo mismo una unión con fines netamente sexuales a aquella que se hace con fines de cooperación mutua, pues esta última señala una real intensión de convivencia permanente que da lugar a reconocer un matrimonio⁴⁵.

Al lado de las finalidades del matrimonio se encuentran las solemnidades que la ley impone al contrato matrimonial para que éste nazca a la vida jurídica y produzca efectos, que, como ya se dijo, son diferentes. Las finalidades son los propósitos con los que se contrae matrimonio y las solemnidades son los múltiples requisitos de más que la ley exige para que el contrato matrimonial nazca a la vida jurídica.

Por haber establecido el Código Civil una gran cantidad de requisitos matrimoniales tanto para la validez como la existencia del acuerdo matrimonial, la doctrina colombiana ha creado una clasificación sistematizada de los mismos para su mejor comprensión y observancia. Sin embargo, se advierte que esta clasificación no incluye los otros requisitos de que tratan los matrimonios

⁴⁴ En Colombia actualmente no existe jurídicamente el matrimonio entre homosexuales, según las disposiciones 113 del Código Civil y 1ª de la Ley 54 de 1990, que determinan que tanto el matrimonio como la unión marital de hecho se celebra entre un hombre y una mujer o un compañero y su compañera permanente. Diferente ha sido con los efectos patrimoniales de las uniones maritales de hecho que sí se les han reconocido a las parejas homosexuales.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 159.

religiosos o los notariales. Ya que de conformidad con la ley 25 de 1992 la celebración de matrimonios religiosos producen efectos civiles y, en el mismo sentido, a partir del Decreto 2668 de 1988 los acuerdos matrimoniales se pueden celebrar ante notario público, existen otros requisitos de más para la celebración del acuerdo matrimonial según sea el caso. No obstante aunque éstos no se celebran con presencia del juez, sí deben cumplir todos los otros requisitos que a continuación se mencionan y debe entenderse que la autoridad del juez es tomada por la de quien según la orden religiosa representa su autoridad o por el notario, dependiendo del caso.

El doctor Arturo Valencia Zea⁴⁶ frente a los requisitos matrimoniales ha considerado que se dividen en dos grandes ramas: requisitos de fondo y requisitos de forma, los que a su vez se dividen y subdividen en otros requisitos más.

Requisitos de fondo: Se dividen en requisitos generales y en requisitos especiales:

- Requisitos Generales: los que corresponden a los requisitos previstos en el artículo 1502 y siguientes del Código Civil:
 - Capacidad: prevé la ley que toda persona es legalmente capaz excepto aquellas que la ley misma declara incapaces. Además que son absolutamente incapaces los dementes y los impúberes que no pueden darse a entender, y que son relativamente incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción.
 - Consentimiento: Es la exteriorización de la voluntad. Este es el elemento fundamental del matrimonio, pues el mismo no es sólo la mera comunidad de vida, sino que surge del pacto conyugal. Debe estar libre de vicios, por lo menos de la fuerza y el error, pues no se contempla el dolo ya que se presume que el matrimonio por sí mismo no puede contener intenciones dolosas.

⁴⁶ *Ibíd.*, p 134 a 148

- Objeto lícito: El matrimonio tiene por objeto la creación de un conjunto de obligaciones todas de orden normativo, como la ayuda, cohabitación, dirección del hogar y nacimiento de la sociedad conyugal, entre otros.
- Causa lícita: Se confunde o mezcla con el objeto del matrimonio, ya que tanto el objeto como la causa del mismo son los fines del matrimonio, a saber: la convivencia, la procreación y la ayuda y auxilio mutuos.
- Requisitos Especiales: son los requisitos propios del matrimonio para su perfeccionamiento. Pueden ser positivos o negativos:
 - Positivos: Son las calidades reunidas por las personas de los contrayentes y que deben estar presentes al momento de la celebración del matrimonio:
 - Diferencia de sexos: de conformidad con el artículo 113 del C.C. el contrato matrimonial debe celebrarse entre un hombre y una mujer, por lo tanto los matrimonios de homosexuales están afectados de inexistencia.
 - Capacidad: como norma especial para el matrimonio, de conformidad con el artículo 117 del C.C. se le otorga capacidad a los contrayentes menores de 18 años y mayores de 14 años para otorgar el consentimiento en casarse, siempre y cuando medie el permiso expreso de sus padres o curador. La razón es de carácter biológico ya que los hombres y mujeres en la pubertad ya son capaces de concebir. Así mismo, como excepción a las normas generales del derecho civil sobre la capacidad para contratar, son capaces para celebrar matrimonio los sordomudos, analfabetas y los interdictos por disipación siempre y cuando su voluntad se haya manifestado claramente, ya que el matrimonio no es solamente de contenido patrimonial.
 - Juez competente: el matrimonio debe celebrarse ante el juez civil municipal de la vecindad de los contrayentes de conformidad el artículo 128 del C.C.

- Testigos hábiles: son los testigos que no se encuentran descritos en el artículo 127 del C.C.
- Negativos: son las calidades que no deben estar presentes en la celebración del matrimonio en ninguno de los cónyuges, de conformidad con el artículo 140 del C.C.:
 - Complicidad en el homicidio del cónyuge: llamado también conyugicidio que se constituye como impedimento para el matrimonio cuando uno de los cónyuges ha sido declarado culpable de homicidio doloso del otro cónyuge en sentencia ejecutoriada y que, además, éste hecho haya sido cometido con la complicidad de con quien pretende celebrar nuevas nupcias. (Numeral 8º art. 140 C.C.)
 - Vínculo de parentesco: no pueden casarse los contrayentes que está en línea directa ascendiente o descendiente consanguínea cualquiera que sea el grado, ni en línea colateral consanguínea hasta el segundo grado (numeral 9º art. 140 C.C.) o el primero de afinidad (art. 13 ley 57 de 1887); tampoco pueden casarse entre adoptantes y adoptivos (numeral 11 art. 140 C.C.)
 - Matrimonio anterior: No puede contraer nuevas nupcias quien haya contraído matrimonio anterior y el mismo no se haya disuelto (numeral 12 art. 140 C.C.)

Requisitos de forma: son requisitos procedimentales para llevar a cabo el matrimonio, previstos en los artículos 128 a 138 del Código Civil. Éstos se requieren: previamente al matrimonio, coetáneos al mismo, en el momento de la celebración y posteriores a la celebración:

- Previos al matrimonio: Para celebrar el acuerdo matrimonial debe mediar:
 - Aviso al juez: es la solicitud presentada al juez por los contrayentes de su deseo de casarse, pidiéndole a aquél que lo realice. Debe aparecer en ella el nombre de los contrayentes, el de sus padres, los de dos testigos y la dirección de sus domicilios (artículo 128 C.C.) El juez llamará a los testigos y deberá

interrogarlos para verificar los requisitos de fondo especiales (artículo 129 C.C.)

- Publicación del edicto: debe publicarse un edicto emplazatorio en el despacho del juez por quince días y con los requisitos de que trata el artículo 130 del C.C. Así mismo, en el edicto se emplaza a quienes se puedan oponer, caso en el cual la oposición se presentará dentro el término de fijación del edicto, al cabo de los cuales el juez tiene 8 días para practicar las pruebas pertinentes y 3 días más para fallar (art. 132 C.C.) Si prospera la oposición no hay celebración del matrimonio. De no haber oposición o resuelta ésta desfavorablemente, se fijará fecha para la celebración del matrimonio a los 8 días siguientes.
- Coetáneos a la celebración del matrimonio: El acuerdo matrimonial debe concertarse: (artículo 135 del Código Civil)
 - En el despacho del juez.
 - En presencia del juez.
 - En presencia de los contrayentes o sus apoderados, según el caso.
 - En presencia del secretario.
 - En presencia de dos testigos.
 - En audiencia pública.
- En la celebración: En la audiencia pública mediante la cual se acuerda el matrimonio solemne: (artículos 135 y 138 del Código Civil)
 - Deben leerse las normas o cláusulas a que se comprometen los contrayentes, las que definen las obligaciones y fines de los cónyuges.
 - Debe mediar la prestación del consentimiento en voz perceptible, sin equivocación y por ambas partes o manifestarse por señales que no dejen duda.
 - Debe ocurrir la declaratoria del juez como cónyuges.
 - Debe levantarse un acta en la que se recoge todo lo sucedido, la que es firmada por el juez, el secretario, los cónyuges y por último los testigos.
- Requisito ulterior: (artículo 137 del Código Civil)

- El auto que recoge el matrimonio celebrado ante el juez, o el acta de matrimonio que recoge el matrimonio celebrado religiosamente o la escritura que recoge el matrimonio celebrado ante notario público, según sea el caso, debe protocolizarse en una notaría para constituir el registro civil correspondiente, y posteriormente, éste debe anotarse en el registro civil de nacimiento de cada uno de los cónyuges.

Una vez expuestos los requisitos y solemnidades matrimoniales en la forma sistematizada que la doctrina aportó, es procedente la exposición de las nulidades matrimoniales, en donde se evidencia concretamente la relevancia de la solemnidad sobre los hechos matrimoniales. Interpretación que no hace plena justicia a lo que la norma establece y en consecuencia, oculta a la voluntad del legislador de 1887.

2.3. La inexistencia del acuerdo matrimonial de hecho

Ya que sólo hasta que se cumplan las anteriores solemnidades señaladas el matrimonio solemne contractual nace y tiene plenos efectos jurídicos, por el incumplimiento de alguno o varios de aquellos puede sobrevenirle al mismo las sanciones de ley que se le imponen a todos aquellos contratos que se pactan sin formalidades, esto es, la inexistencia del negocio jurídico o su nulidad.

Para el caso de la inobservancia de las cuatro solemnidades clasificadas anteriormente como requisitos especiales positivos, se ha establecido que le sobreviene al contrato matrimonial la inexistencia. Y para el caso del incumplimiento de las demás solemnidades le sobreviene la nulidad, que de conformidad con el artículo 15 de la ley 57 de 1887 puede ser subsanable (nulidad relativa) o insubsanable (nulidad absoluta), dependiendo del requisito pasado por alto.

Es aquí en donde específicamente tanto la doctrina como la jurisprudencia han interpretado el numeral 4º del artículo 140 del Código Civil forjando el ocultamiento del matrimonio de hecho, por cuanto ambos han señalado al

contrato matrimonial de hecho efectos de inexistencia en donde hay una nulidad.

Por una parte, la Corte en pronunciamiento del 9 de diciembre de 1975⁴⁷, señaló que la nulidad del matrimonio era absoluta cuando únicamente el mismo se había celebrado ante un juez que no era competente. Y que si se celebraba sin juez, o sin testigos, no había nulidad absoluta sino inexistencia del matrimonio. Según esto, en palabras del doctrinante Jorge Salcedo Segura⁴⁸, la Corte interpretó el numeral 4º del artículo 140 mencionado, como si dijera que el mismo es nulo y sin efectos cuando se ha celebrado ante un juez y unos testigos que no son los competentes. Interpretación que, como quedó dicho en páginas anteriores, es inexacta ya que lo que dice el artículo 140 en su enunciado no es que el matrimonio es nulo y sin efectos, sino solamente nulo, esto es, existente y válido hasta que mediante sentencia ejecutoriada se le declare nulo. En otras palabras, la Corte Suprema de Justicia de 1975 señaló que el matrimonio de hecho, que es precisamente aquél negocio jurídico celebrado sin las múltiples solemnidades de que trata el matrimonio solemne, es inexistente, cuando la verdad es que es otro tipo de matrimonio regido por sus propias normas probatorias y lejano a lo que el matrimonio solemne requiere, y para el que su máxima sanción se encuentra en la nulidad absoluta y no en la inexistencia.

Por otra parte, pero en el mismo sentido hacia el que se dirigió la Corte, la doctrina colombiana reiteradamente ha explicado que la existencia del contrato matrimonial está sujeta a que se cumplan cuatro requisitos específicos, a saber: a) la diferencia de sexos entre los contrayentes, b) la presencia del juez, c) la de los testigos y d) el consentimiento mutuo en casarse. El doctrinante Arturo Valencia Zea⁴⁹ sostiene que la ausencia de uno o todos los requisitos citados son causales de inexistencia del matrimonio porque: a) el matrimonio celebrado por contrayentes del mismo sexo (o entre homosexuales) va en contravía de lo establecido en el artículo 113 del Código Civil, el que define el

⁴⁷ Sentencia del 9 de diciembre de 1975. M.P.: Germán Giraldo Zuluaga. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil.

⁴⁸ SALCEDO SEGURA, op. cit., p. 434.

⁴⁹ VALENCIA ZEA, op. cit., p. 201 a 210.

matrimonio como un contrato celebrado entre un hombre y una mujer, b) la ausencia absoluta del juez y los testigos en la celebración del matrimonio impiden que alguna autoridad corrobore o de fe de que efectivamente los contrayentes manifestaron su voluntad de contraer matrimonio y c) la falta de consentimiento implica que no hay acuerdo y por lo tanto, no hay contrato.

En consecuencia, únicamente hasta que se haya cumplido con tales requisitos propios del acuerdo matrimonial se puede decir que el matrimonio existe, que nace a la vida jurídica y que por lo tanto produce efectos jurídicos. Por el contrario mientras falte alguno de ellos, se interpreta que el acuerdo matrimonial se ha acordado en secreto, a espaldas del Estado, lo que en otras palabras significa que el acto realizado es inexistente y por ello no produce efectos jurídicos. Así pues: los hijos procreados dentro del matrimonio serán extramatrimoniales, no surge la sociedad conyugal, no procede la legitimación de hijos y, como se dijo, la inexistencia no necesita la declaración judicial.

En resumen, la jurisprudencia y la doctrina en Colombia han interpretado tradicionalmente desde la ley 57 de 1887, que el matrimonio de hecho es inexistente por celebrarse con la ausencia absoluta de testigos y de autoridad competente como el juez, el notario o un delegado religioso. Como estos requisitos hacen parte de las solemnidades matrimoniales, se ha entendido que sin su observancia el acuerdo matrimonial no puede nacer. Expuesto así éste argumento se convierte en el punto de derecho que más claramente refleja la influencia heredada de los cánones patrísticos y medievales de la cristiandad sobre nuestra tradición jurídica, pues sin más justificaciones en derecho estableció que no son suficientes para la existencia del acuerdo matrimonial los requisitos esenciales de los contratos civiles con los cuales cualquier contrato nace a la vida jurídica, sino que dicho acuerdo queda sujeto a cuatro requisitos más.

Adviértase cómo dentro de ésta interpretación la doctrina y la jurisprudencia han confundido el matrimonio de hecho con el solemne, clasificando al primero como inexistente y al segundo nulo subsanable o insubsanable, según el requisito pasado por alto. Cuando lo que el legislador de 1887 quiso fue poner

al matrimonio en general bajo las normas de la nulidad civil, consagrando intrínsecamente con ello un régimen matrimonial que no corresponde ni al simple contrato ni a los solos hechos, sino como un estado jurídico que, según se haya convenido, debe ser regulado y reconocido legalmente.

2.4. El matrimonio es un estado jurídico de casado

Como ha quedado expuesto, el matrimonio siempre ha sido definido como un contrato. Sin embargo, ésta es una definición que sólo hace referencia al matrimonio solemne. Además, a pesar de que sólo hace referencia a un único tipo de matrimonio, la misma es insuficiente.

En este sentido, la definición del matrimonio ha sido objeto de una importante discusión entre los estudiosos del derecho. En efecto, para establecerla, la doctrina se ha encontrado con dos posiciones, una más restrictiva que la otra:

Por una parte, se ha considerado que el matrimonio es un contrato solemne. Ya que el Código Civil lo ha definido como tal, se ha entendido que el matrimonio es un acuerdo de voluntades mediante el cual se establecen obligaciones patrimoniales entre los contratantes. Así, todo el significado del matrimonio recae sobre el aspecto consensual para su celebración, de tal modo que si no hay acuerdo no hay matrimonio.

Los juristas Henri y León Mazeaud y Jean Mazeaud⁵⁰ explican que al considerar al matrimonio como un contrato se le está dando el alcance que tiene un acto jurídico nacido del acuerdo de dos o más voluntades, que crea obligaciones y un vínculo de derecho entre los contratantes. Por lo tanto, en estricta lógica las voluntades de los contrayentes serían suficientes para regular a su antojo las modalidades de su matrimonio y además, tendrían el poder para ponerle término o modificarlo, pues esa es la esencia de los contratos. En consecuencia, afirmar que el matrimonio es un contrato resulta una definición limitada, que no encierra los múltiples alcances o efectos que el contrato matrimonial conlleva.

⁵⁰ MAZEAUD y MAZEAUD, op. cit., p. 63.

En la misma forma, Arturo Valencia Zea⁵¹ advierte que de considerar al matrimonio como un mero contrato, tendríamos que aceptar, entre otros, que los cónyuges o contratantes pueden dejar sin efectos (disolver) lo acordado por mutuo disenso e imponer términos o condiciones a las mutuas obligaciones que contraen, con el único límite del orden público y las buenas costumbres. No obstante, éstos derechos no están en cabeza de los contrayentes sino previstos en las normas, de tal forma que cualquier acuerdo que vaya en su contra se tiene por no escrito. Por lo tanto, de entenderse el matrimonio como un contrato civil no sólo se limita su alcance sino que se genera una pugna entre su esencia de carácter consensual y las normas que lo rigen.

En consecuencia, la doctrina en general ha abierto el significado del matrimonio hacia otro concepto que pretende describir satisfactoriamente lo que el mismo conlleva. Se ha dicho entonces que el matrimonio no es sólo un contrato, porque como tal no encierra todo su contenido, sino que va más allá y debe ser considerado como una institución.

Argumenta Valencia Zea⁵² que el matrimonio se trata de una situación jurídica cuyo marco está fijado anticipadamente por el legislador, y no por la voluntad de los interesados. Por ello, como primera medida, no es suficiente hablar del matrimonio como un mero contrato ya que el modelo del mismo no permite que las partes acuerden libremente las obligaciones a que se someten cada uno de los contrayentes, sino que estas obligaciones están previamente definidas por el legislador y nada tienen que decir los contrayentes al respecto, salvo dar su consentimiento. Así mismo, dice que el acuerdo de voluntades para el matrimonio no genera obligaciones netamente patrimoniales sino también deberes jurídicos que no pueden evaluarse en dinero, como el débito conyugal, la fidelidad, el socorro, etc., razón por la cual afirmar que es un simple contrato deja por fuera tales situaciones que son propias del matrimonio. Además, expone que tampoco puede imponérsele términos ni condiciones al matrimonio como si ocurre en el caso de cualquier otro acuerdo contractual, que es otra

⁵¹ VALENCIA ZEA, op. cit., p. 125.

⁵² *Ibíd.*, p. 125.

razón por la que no puede ser un mero contrato. Y por último, afirma que el matrimonio no sólo atañe a quienes lo celebran, sino que sus efectos recaen sobre terceros, como por ejemplo los hijos, quienes después de nacidos no pueden quedar sin un piso jurídico que los proteja. Por todo lo anterior, indica el autor, el matrimonio debe adquirir un carácter más grande como el de una institución y abandonar el de meramente contractual, pues al igual que otras instituciones que se imponen al individuo, el matrimonio se impone a los cónyuges, una vez éstos manifiesten su voluntad de aceptarlo, sin poder modificar las reglas que lo rigen.

En el mismo sentido el profesor Jean Carbonnier⁵³ afirma que el matrimonio no sólo es fuente de obligaciones recíprocas, sino que es la fuente de la familia, del estado de los esposos y de la legitimidad de la filiación. Y precisamente para darles cabida a todas estas funciones es que ha de entenderse el matrimonio como una institución que, según su decir, es un todo orgánico, algo así como un cuerpo social que desborda la esfera de las voluntades individuales. Así mismo Henri y León Mazeaud y Jean Mazeaud⁵⁴ sostienen que una institución es algo muy superior a un acuerdo de voluntades por sus efectos, ya que los efectos no se pueden acordar voluntariamente, lo que resulta ser una característica principal del acuerdo matrimonial.

A pesar de que la definición del matrimonio como institución amplía el marco jurídico dentro del cual el régimen matrimonial colombiano puede entenderse, no alcanza a explicar cómo interviene en el mismo el matrimonio de hecho, como otra alternativa al matrimonio solemne establecida por el legislador de 1887. Y aún menos si pensamos que nuestro régimen matrimonial debe empezar a contemplar la unión marital de hecho como parte del mismo, pues como quedó sentado en el capítulo anterior, la unión marital de que trata la Ley 54 de 1990 en muchos de sus aspectos es regulada por las normas matrimoniales.

⁵³ CARBONNIER, op. cit., p. 16.

⁵⁴ MAZEAUD y MAZEAUD, op. cit., p. 63.

Por lo tanto, ya que se han advertido las herramientas jurídicas que el Código Civil nos da para llevar a la práctica el reconocimiento del matrimonio de hecho, debemos superar la idea cerrada de que el matrimonio es sólo un contrato jurídico al que se le interpreta como una institución, pues aún en éste sentido sólo se hace referencia al matrimonio solemne desconociendo la existencia de otros tipos de matrimonio. En su lugar, hay que comenzar a repensar un régimen matrimonial más amplio que debe partir de modificar la definición de matrimonio, pues el mismo debe corresponder a un estado jurídico de casado y no a un contrato, porque ya que existen diferentes formas de celebrar y probar un acuerdo matrimonial (como celebrar un contrato solemne, o celebrar un contrato no solemne, o celebrarlo tácitamente), es innegable que el matrimonio es un estado que afecta la posición de un individuo frente a la sociedad y la familia.

Sin embargo, salvo llevar al límite el concepto de matrimonio solemne, no ha sido posible que la doctrina comience a ver más ampliamente el régimen matrimonial. Creo que ya que la problemática no es un supuesto vacío normativo sino que la estática del concepto de matrimonio se debe a otros factores que, aunque no son propiamente jurídicos, sí afectan a la hora de interpretar la formación del matrimonio. Al mismo tiempo, dichos factores también se reflejan en el apaciguamiento y temor de poner en marcha la vigencia del matrimonio de hecho haciendo uso de las normas e interpretaciones expuestas en páginas anteriores.

Como vimos, el matrimonio de hecho o no solemne es una figura jurídica prevista en nuestras normas desde hace más de un siglo y medio. Sin embargo, pienso que en todo este tiempo, y aún ahora, se ha visto sometido a una invisibilidad legal por la interpretación que de las normas matrimoniales se ha venido haciendo bajo la sombra de la tradición jurídica cristiana que, por considerar el matrimonio como un sacramento, lo enmarcó dentro de un gran número de formalidades, ritos y requisitos para su celebración.

Así es que aunque la Constitución Nacional de 1991, en sus artículos 16, 18 y 19 estableció el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y la

libertad de cultos, se encuentran todavía en la hermenéutica civil del matrimonio esos principios canónicos cristianos, que son producto de una época medieval desde la cual el sexo se ha venido considerando como un mal que conduce al pecado. Por lo tanto, creo que la influencia de los cánones cristianos, como veremos a continuación, mantiene viva la tradicional y conservadora forma de ver el matrimonio como una figura jurídica incuestionable, y que por ello se ha detenido el progreso en ésta área del derecho, como no sucede con las demás.

3. LA REGULACIÓN CATÓLICA DE LA UNIÓN SEXUAL COMO FUENTE DE LA IDEA MARCADA DE LA SOLEMNIDAD

A través de una larga influencia de la doctrina de la Iglesia Católica sobre el pensamiento jurídico de los intérpretes del derecho, la formación del matrimonio se ha visto sometida a múltiples solemnidades. La relevancia que éstas lograron lentamente durante todo el periodo de formación de las normas en materia matrimonial, corresponde al establecimiento que la Iglesia Católica hizo de su credo durante el medioevo, el que consideraba al sexo como fuente de pecado y su práctica como una causa que contaminaba el espíritu, evitando así el intento de salvación del alma. Tal convicción frente al sexo trajo consigo el control excesivo de la unión sexual y con ella la del matrimonio, creando así las múltiples solemnidades matrimoniales que se mantienen hoy vigentes en nuestro sistema normativo.

Aquellos dogmas católicos de cuya influencia todavía no nos hemos librado, fueron traídos a Colombia por los españoles tras el descubrimiento de América en las normas que difundieron a las culturas que, antes de su llegada, poblaban el territorio descubierto. La normatividad matrimonial, que se estaba consolidando en España tras la reivindicación de la Iglesia Católica en el Concilio de Trento como única heredera de la cristiandad, específicamente fue traída e impuesta por los sacerdotes católicos, quienes se encargaron principalmente del proceso de aculturación de que fueron objeto los nativos con la conquista española.

En el proceso de evangelización la Iglesia no solamente se concentró en transmitir sus valores y creencias religiosas, sino también las costumbres y estructuras sociales españolas. Sin embargo, esta tarea no resultó fácil para dicha institución religiosa, puesto que se vio enfrentada a la gran dificultad de construir nuevos conceptos en la mentalidad de los indígenas, que por su naturaleza compleja y poco accesible, resultaron muy extraños para ellos y además, porque dicha tarea no sólo cobijaba crear tales conceptos sino que al

mismo tiempo la Iglesia debía luchar por romper y destruir los propios de cada cultura con la que se encontraban⁵⁵.

Fue así como el clero católico en su proceso de cristianización tuvo una de sus mayores dificultades en la transmisión del tipo de matrimonio que España tenía. El problema radicó principalmente en que se trataba de un matrimonio considerado como sacramento. Esto implicó, por un lado, que como el mismo se basaba en nociones abstractas propias del dogma católico, como por ejemplo la idea de la santísima trinidad, el nuevo modelo de matrimonio resultó ajeno para las creencias de los indios. Y por el otro, que como su formación correspondía a normas diferentes y conductas sexuales a las que los nativos no estaban acostumbrados, el clero tuvo que valerse de un proceso violento de enseñanza de los principios básicos y mandamientos del catolicismo, antes de permitir que alguno de los nativos se casara. Además, había que tener en cuenta que una vez aprehendidas las nociones del dogma católico y las normas y conductas sexuales, los indígenas debían ser sometidos primero al bautismo pues, por ir todos los sacramentos de la mano, no podían casarse sin estar evangelizados.

Precisamente por la necesidad del cambio en las costumbres con que los indígenas se unían en matrimonio, esta institución se llevó mayor tiempo que el resto en imponerse. Ya que las normas que lo regulaban contenían al mismo tiempo un control implícito del comportamiento sexual, su aceptación implicaba un cambio radical en la forma en que los indígenas (quienes entre otras cosas no conocían conceptos tales como la virginidad, el parentesco por consanguinidad y afinidad y la indisolubilidad del matrimonio) entendían su sexualidad. Por ejemplo no era fácil para una indígena entender la idea de doncella. Los indios tenían libertad sexual desde la pubertad y en la mayoría de sus culturas la desfloración se hacía en la infancia de la india. Por lo tanto, los sacerdotes españoles debían hacer que las indígenas suprimieran tales prácticas y que llegaran a juzgar que la entrega de su cuerpo a un individuo antes del matrimonio era pecado y que añadía subvaloración a la novia india,

⁵⁵ GUTIÉRREZ de Pineda, Virginia. La Familia en Colombia: Trasfondo Histórico. Segunda Edición. Colombia: Editorial Universidad de Antioquia, 1997, p 218.

conceptos que tampoco figuraban en sus pautas de comportamiento. Así mismo, era muy difícil para todos los indígenas entender el nuevo sistema de parentesco. España traía un sistema de parentesco bilateral en tanto que América lo tenía unilateral. En otras palabras, mientras que el parentesco entre los españoles se tenía por consanguinidad y afinidad, en los americanos el parentesco era uterino. El indio entonces no tenía parentesco con su padre biológico sino con su madre biológica y su tío materno, mientras que el español tenía parentesco de consanguinidad con su madre y padre biológicos y de afinidad con la familia de su esposa⁵⁶.

Por todo esto, la eliminación del modelo del matrimonio que tenían los aborígenes y la implantación del nuevo traído por los españoles fue un proceso arduo y violento. Sin embargo, la Iglesia no se detuvo hasta que finalmente logró el proceso completo de evangelización de los indígenas, quienes finalmente aceptaron y se convirtieron al catolicismo. Dicha evangelización católica fue tan exitosamente conseguida que aún después de la liberación del yugo español, tras la independencia de América, se han mantenido vivos y muy arraigados, tanto en nuestra cultura como en nuestras normas, los conceptos católicos.

Dichos conceptos católicos, como he dejado expuesto en los capítulos anteriores, se reflejan claramente en nuestra normatividad con las solemnidades matrimoniales que privilegian la idea de las formas sobre los hechos, dificultándole al intérprete del derecho colombiano ver otros tipos de matrimonio. Por lo tanto, la idea marcada de solemnidad tiene su justificación histórica en el desarrollo de los preceptos católicos y no en la normatividad civil, pues fue la antigua actitud de rechazo que los patristicos tomaron frente a la unión sexual el punto de partida de la regulación solemne del matrimonio.

La historia de la unión sexual regulada por los católicos comienza en el cristianismo primitivo. Antes de este periodo, en la Roma Antigua (hasta el siglo I d.c.), los hebreos prácticamente no tenían regulación alguna del sexo. Tan

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 228

solo seguían el mandato religioso otorgado a su pueblo de multiplicarse y poblar la tierra. En consecuencia, su comportamiento sexual se dirigía a procurar muchas uniones matrimoniales con el fin de concebir numerosos hijos y se practicaba e incentivaba la poligamia masculina, en tanto que con una sola mujer el hombre no podía tener los hijos necesarios para la población de la tierra.

Por la falta de regulación del comportamiento sexual el matrimonio era simplemente el reconocimiento social de “la unión de un hombre y de una mujer para toda la vida, según la ley divina y humana.”⁵⁷ Por lo tanto, su formación se basaba únicamente en el hecho de la convivencia reconocida socialmente y en consecuencia no existía ningún requisito previo para que se formalizara la unión. Para que fuera reconocida la unión como un matrimonio únicamente debían mediar tres elementos: a) que el hecho de la convivencia fuera entre un hombre y una mujer, b) que tanto las partes como sus respectivos padres hubieran manifestado, tácita (con el intercambio de la dote) o expresamente, el consentimiento de la convivencia de la pareja y c) la presencia del *affectio maritalis* y el *honor matrimonii*.

El *affectio maritalis* era el sentimiento que unía a marido y mujer y el *honor matrimonii* era el decoro con que un marido trataba a su mujer y, al mismo tiempo, la dignidad social o el respeto que ambos le daban al matrimonio. El decoro entonces era el signo visible del sentimiento interno que constituía el *affectio maritalis*⁵⁸. Ambos términos se relacionaban entre sí y reflejaban la importancia legal que se le daba a los sentimientos y a las intenciones de los esposos, pues eran los elementos decisivos a la hora de determinar si entre dos personas que vivían juntas existía o no matrimonio. Tanto así que en caso de que el *affectio maritalis* desapareciera el matrimonio también terminaba.

Así pues, ante la falta de regulación restrictiva de la unión sexual en la Roma Antigua, el matrimonio era simplemente un hecho socialmente reconocido que,

⁵⁷ BRUNDAGE, James. La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval. Primera edición en español. México, D.F.: Fondo de cultura económica, 2000, p. 33.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 50.

aunque nacía del acuerdo de voluntades de los novios, carecía de requisitos. El hecho de que, para diferenciarlo de otras uniones que no eran matrimonios, se valieran de identificar elementos cuya presencia era más que necesaria para la convivencia como tal, no significaba que la formación del matrimonio estuviera sujeta a los mismos. Una unión permanente que carecía del consentimiento de alguna de sus partes no podía reconocerse como un matrimonio, pues la falta de voluntad generaba que esa unión se convirtiera en otra cosa. Por lo tanto el elemento del consentimiento no fue entendido como un requisito sino que era la forma en que naturalmente dos personas terminaban conviviendo juntas. Así mismo, la heterosexualidad de los esposos fue un elemento del matrimonio producto de la costumbre que reflejaba una organización familiar nacida de un hombre y una mujer. Más no un requisito establecido formalmente para el nacimiento del matrimonio.

Entonces, fue a partir del periodo del cristianismo primitivo (siglos II y III d.c.), con los escritores post apostólicos llamados también patrísticos y considerados los Padres de la Iglesia, que surgieron las primeras regulaciones de la unión sexual. Antes de que el cristianismo se convirtiera en la religión oficial de toda Roma, los patrísticos se vieron en la necesidad de exaltar sus preceptos religiosos como elementos de una alta moral propia sólo de su religión, para atraer mayor número de creyentes y extenderse así hacia todo el territorio romano. La vía que consideraron lograría tal fin fue volcar todos sus esfuerzos en exaltar la virginidad como una virtud y acusar al sexo como fuente de pecado. El argumento era que, ya que la virginidad era un estado que va en contravía de la naturaleza humana, su mantenimiento proclamaba implícitamente la superioridad moral de quien la practicaba. Para sustentar esta idea se dieron a la tarea de buscar de dónde partirían para justificar que la práctica del celibato había sido parte del legado de Jesucristo y sus apóstoles. Pero el hecho de que Jesucristo guardara silencio frente al comportamiento sexual que debían seguir los cristianos, seguido también del silencio en los Evangelios, produjo que los patrísticos tuvieran que basarse en las epístolas de San Pablo para lograr tal fin.

San Pablo fue el único apóstol que hizo referencia a la unión sexual. Escribió que el sexo era la gran fuente de todos los pecados y un frecuente impedimento para llevar una vida cristiana. Por lo tanto, la abstinencia sexual era una virtud que los cristianos debían alcanzar y mantener para contemplar la salvación de sus almas⁵⁹. Aprovechando de las epístolas de San Pablo, los escritores patristicos entonces comenzaron por primera vez a ocuparse de la tarea de regular en cánones el comportamiento sexual y con ello divulgar la idea de alta moral que su clero profesaba y así difundir entre los romanos el cristianismo.

Sin embargo, a finales del siglo V el cristianismo pasó a ser definitivamente por ley la religión oficial del Estado Romano. Por lo tanto los canonistas ya no se vieron obligados sólo a mostrarse como un clero moralmente incuestionable para atraer mayores creyentes, sino que tuvieron que entrar a dar mayores explicaciones sobre sus dogmas y principios. Esto conllevó por un lado a que el comportamiento sexual fuera mayormente regulado (lo que no se vio reflejado en el derecho romano, pero que no significó que no existiera dicha regulación), y por el otro, a que se enfrentaran a varias inconsistencias y contradicciones a la hora de justificar su idea más antigua frente al sexo como fuente de todos los pecados. Tarea que desde entonces no ha sido fácil ni materia de acuerdo.

Las múltiples regulaciones del comportamiento sexual incluían por ejemplo la prohibición de la poligamia y la condena moral de la prostitución, la homosexualidad, el incesto y la fornicación. También se establecieron cuáles eran las posiciones en que podían los cristianos tener relaciones sexuales y las fechas o periodos del año en que se podía copular sin pecar. Además, se dispuso que el único fin de la unión sexual debiera ser la reproducción y por lo tanto la búsqueda del placer fue objeto de repulsión.

Por su parte la mayor de las inconsistencias a la que se tuvieron que enfrentar los canonistas cristianos, fue explicar cómo los cristianos podrían concebir hijos sin pecar. Como según las enseñanzas de San Pablo el sexo era la fuente de

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 101.

todos los pecados, los primeros cánones de los patristicos se dirigieron a estipular que el sexo era malo, sucio y causa de corrupción, por lo que lo declararon como un grave peligro moral. Por supuesto, ello condujo a que todas las relaciones sexuales fueran consideradas como pecado, aún las ocurridas con el fin de procrear y dentro del matrimonio, que había sido considerado por Pablo como el medio salvador de los impulsos sexuales incontenibles de los débiles de espíritu.

El recurso encontrado para apaciguar tal contradicción fue diferenciar las relaciones sexuales entre las que eran fuente de pecado y las que no. Tenían los canonistas, por un lado, que todas las relaciones sexuales, incluso las que se sostenían con el fin de concebir, habían sido señaladas como pecaminosas y, por el otro, que la concepción sólo era producto de una unión sexual. Ante esto, armonizaron los dos puntos estableciendo que las relaciones sexuales precedidas de la bendición de un cura no tenían por qué ser fuente de pecado⁶⁰. Eso significó, en otras palabras, que únicamente la relación sexual mantenida con fines de procreación y después del matrimonio no era fuente de pecado.

En consecuencia, con esta tesis el matrimonio se convirtió en el acto mediante el cual se purificaba el sexo y por ello su celebración tomó gran importancia, ya que marcaría la diferencia entre el pecado y la salvación. Por lo tanto, la formación del mismo, cuya base era principalmente el hecho de la convivencia socialmente reconocida y mediada por los sentimientos de amor y respeto entre la pareja, se vio modificada. Se dispuso por parte de los canonistas que los cristianos que quisieran convivir juntos con fines sexuales deberían contraer matrimonio. Ello implicaba además, que el pacto mediante el cual acordaban su convivencia debía efectuarse mediante una ceremonia presidida por el obispo quien, dentro de la misma, debía otorgar una bendición a la pareja. De esta forma las uniones sexuales de la pareja bendecida, que fueran posteriores a dicha ceremonia y sólo las que se sostuvieran con el fin de concebir, quedaron

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 102.

libres de ser fuente de pecado⁶¹. El resto continuaron siendo rechazadas y consideradas impuras, máxime si mediaba en ellas el placer.

En concordancia con la idea cristiana de salvar el alma del pecado cuya fuente era el sexo, los sacerdotes comenzaron a exigir los ritos dispuestos por los canonistas para otorgar la bendición al matrimonio. Por lo tanto su celebración se vio sujeta a cuatro requisitos mínimos: que fuera entre un hombre y una mujer; que no estuvieran casados con anterioridad; que manifestaran durante la ceremonia su voluntad de contraer matrimonio y que fuera ante el obispo quien otorgaba la bendición y ante otros testigos. Requisitos que en nuestras normas actuales figuran como elementos sin los cuales el matrimonio no existe o nace viciado de nulidad y que se identifican como: la heterosexualidad, la ausencia de un vínculo previo, el consentimiento y ante autoridad competente.

No obstante, paralelos a los matrimonios formales se comenzaron a celebrar matrimonios en secreto, por cuanto los territorios de Europa ajenos al cristianismo siguieron manteniendo matrimonios nacidos sólo de la manifestación del consentimiento de las partes. Así fue hasta finales del siglo XI y comienzos del XII d.c. en los que la Iglesia Cristiana logró por fin el establecimiento definitivo de los Tribunales Eclesiásticos con jurisdicción en toda Europa. Con ello obtuvo además la jurisdicción exclusiva sobre los litigios matrimoniales y fue así que la normatividad matrimonial de los canonistas cristianos se extendió.

Para responder a las demandas litigiosas los canonistas de este periodo propusieron un modelo eclesiástico de matrimonio basado en siete principios: 1) la monogamia, 2) la indisolubilidad, 3) las uniones matrimoniales debían ser libremente contraídas por las propias partes, y no por sus padres o familias, 4) el matrimonio representaba el único tipo legalmente protegido de relación sexual y, por consiguiente, se debía eliminar el concubinato aún entre los laicos, 5) toda actividad sexual extraconyugal debía ser castigada con sanciones legales, 6) toda actividad sexual, fuese conyugal o no, caía

⁶¹ *Ibíd.*, p. 104.

exclusivamente dentro de la jurisdicción eclesiástica y 7) el matrimonio debía volverse exógamo, por lo tanto, debía eliminarse el matrimonio dentro de grupos familiares relacionados⁶².

La nueva propuesta del modelo eclesiástico no fue bien recibida por los laicos. La oposición que éstos presentaron a los nuevos principios fue persistente y se extendió hasta el siglo XV. Sin embargo, para finales de éste siglo los matrimonios y sus ritos finalmente habían cambiado y se habían establecido como requisitos de validez y formación legal del matrimonio: la capacidad para casarse y el consentimiento. La primera se componía de cuatro exigencias: 1) respetar el cuarto grado de consanguinidad, norma adoptada en el Cuarto Concilio de Letrán, 2) la edad mínima que no dependía de los años cumplidos sino de la capacidad sexual de los contrayentes para concebir, 3) no tener un matrimonio anterior y 4) no haber dado votos religiosos. Por su parte el consentimiento se componía de tres exigencias: 1) que fuera libre de dolo y engaño, 2) otorgado sin coerción de los padres y 3) que los contrayentes no sufrieran de locura. Y como requisitos de forma se determinó que el acto matrimonial debía cumplir: 1) el intercambio de consentimientos mutuamente, 2) que fuera frente a testigos y 3) que mediara una bendición nupcial.

Con ese nuevo modelo de matrimonio ya no se necesitaba observar el comportamiento en la vida diaria de los que se presumían esposos para determinar si entre ellos existía un matrimonio o no, sino que su comprobación se remitía a la verificación del cumplimiento de los requisitos de formación de que trataba la ley. Así el matrimonio dejó de ser definitivamente un hecho reconocido socialmente para finalmente convertirse en un acto solemne celebrado con el cumplimiento de los requisitos y ritos nupciales establecidos en la ley canónica. Igualmente con la observancia de tales requisitos, se invalidó por completo el matrimonio celebrado en secreto y clandestinamente. En otras palabras, la Iglesia logró finalmente consagrar sus formalidades matrimoniales, las que habían surgido en su afán de explicar la vieja idea de considerar el sexo como fuente de todos los pecados.

⁶² *Ibíd.*, p. 196.

Sin embargo, la jurisdicción que la Iglesia detentaba con los Tribunales Eclesiásticos por toda Europa, generó varias inconsistencias y vacíos a la hora de aplicar sus normas. No había una sola línea normativa que encaminaran todos sus fallos. Por la falta de organización al interior de la Iglesia la aplicación normativa se vio abandonada a la voluntad de la autoridad competente del momento. En consecuencia, no existió una doctrina clara que señalara una sola normatividad matrimonial, de tal forma que dentro de tal desbarajuste, las solemnidades matrimoniales a veces se cumplían y otras no.

Para el siglo XVI las doctrinas cristianas fueron fuertemente criticadas por un grupo de estudiosos del derecho canónico al que se les denominó los reformadores. La Iglesia entonces cruzaba por una época en que varios de sus integrantes veían la necesidad de una reforma al interior de la misma. La corrupción de los dirigentes eclesiásticos con la venta de “las indulgencias” fue el principal problema que los reformadores vieron. Luego, también consideraron otros problemas tales como que el poder del Papa se había extralimitado; que no existía justificación a la distinción establecida por el catolicismo entre el clero y los laicos; que tampoco existía justificación en las Escrituras para el celibato de los curas; que el número de los sacramentos era muy alto; criticaron la ley matrimonial de la Iglesia y rechazaron gran parte de las enseñanzas de la Iglesia medieval sobre la función del sexo en el matrimonio, entre otros. En resumen, sentaron una serie de protestas contra muchos cánones a los que, principalmente, no vieron fundamentados en las Escrituras Sagradas⁶³.

Estos reformadores hicieron críticas tan fuertes y tan bien sustentadas en lo que consideraban la palabra de Cristo en contra de los más corruptos cánones establecidos por la Iglesia, que se hicieron populares por todo el territorio cristiano. Sus mayores exponentes fueron el alemán Martín Lutero y el francés Juan Calvino a quienes, junto con sus seguidores y afines, posteriormente se

⁶³ FERRARA, Orestes. Felipe II. Única edición en español. México, D.F.: Editorial Herrero, 1962, p 123.

les atribuyó el nombre de reformadores protestantes o simplemente protestantes.

Frente al sexo conyugal, rechazaron la idea de que su finalidad era la procreación para que no fuera pecaminoso. Afirmaron que el sexo era parte necesaria de todo matrimonio y que simbolizaba y a la vez encarnaba el afecto conyugal. Además, consideraron que la virtud del sexo en el matrimonio no era conducir a la procreación, sino a expresar e intensificar el amor mutuo de la pareja, ya que era la relación afectuosa y amante entre las personas casadas la que constituía el bien del matrimonio y se hallaba en el meollo mismo del estado conyugal⁶⁴.

Ante la gran acogida de las ideas planteadas por los reformadores protestantes entre los fieles de la Iglesia, ésta se vio obligada finalmente a llevar a cabo una reforma para contrarrestar los efectos que tales ideas estaban produciendo. A dicha reforma se le llamó la contrarreforma católica, porque fue la forma en que reaccionó la Iglesia y contraatacó a los reformadores protestantes. Con tal reacción la Iglesia cristiana se dividió en dos: Por una parte estaban los reformadores protestantes, quienes iban ganando mayor número de seguidores, a quienes se les identificó después como convertidos al protestantismo. Este grupo se caracterizó por rechazar la herencia cristiana de la edad media y buscar la restauración de un cristianismo primitivo no corrupto. Además, sus ideas se fundamentaron principalmente en la negación de la autoridad de la Iglesia romana por derecho divino, negando el reconocimiento del Papa como suprema autoridad cristiana y dieron primordial importancia a la Biblia como única regla de fe y conducta. Por otra parte estaban los contrareformadores, quienes a pesar de que reconocieron la corrupción de la Iglesia romana y el papado, dirigieron su atención precisamente a salvaguardar ese papado y la doctrina romana contra sus críticos reformadores. Este grupo tras el concilio de Trento se reivindicó como Iglesia Católica Romana y se declaró como la única heredera válida de la cristiandad occidental, expulsando a cualquier disidente y sujetándose por completo al dominio del Papa. Así

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 131

mismo, se reafirmó en su idea de considerar que la Sagrada Tradición Apostólica y el Magisterio de la Iglesia Católica tenían igual importancia que la Biblia como depósitos de la fe y por ello sus doctrinas podían justificarse en todas las anteriores y no solamente en las Sagradas Escrituras.

El concilio de Trento realizado desde 1545 hasta 1563, entonces tuvo particular importancia sobre otros por cuanto fue un ambicioso programa de reforma eclesial. Sin embargo no fue el origen de las solemnidades matrimoniales como usualmente se piensa, pues como he mostrado, las mismas fueron producto de toda una serie de regulaciones frente al sexo por más de dieciséis siglos. Además las pretensiones que se tuvieron para llevar a cabo dicho concilio fueron atacar las ideas de los protestantes y suprimir los escándalos y abusos que habían dado paso a las victorias protestantes, más no la creación de gran número de normatividad.

La sesión en la que el concilio recogió la regulación matrimonial fue la vigesimocuarta celebrada en 1563. A través del decreto "Tametsi" se acopiaron las solemnidades matrimoniales definitivas que regirían el sacramento matrimonial. En general este decreto, al igual que casi todos los decretos productos del concilio de Trento, reiteró en forma categórica los dogmas y doctrinas cristianas que fueron legado de sus cánones medievales, incluyendo en ellos la insistencia de considerar el sexo como fuerza perturbadora de la sociedad. También se reivindicó que la esencia del matrimonio era el libre intercambio del consentimiento en casarse de los contrayentes. Se declaró entonces, expresamente, que no se requería el consentimiento de los padres para la validez del matrimonio. Se agregó que ese intercambio de consentimientos debía anunciarse previamente, para luego celebrarse en presencia de testigos dentro de los cuales se debía induir al párroco del lugar en que los novios se hubiesen comprometido y se dispuso, que la falta de estas formalidades impedía que el matrimonio naciera y produjera efectos jurídicos. Administrativamente, el concilio exigió a los párrocos que llevaran registros escritos de los matrimonios llevados en sus parroquias. Esta cláusula tenía la finalidad de suprimir las condiciones dadas para que el consentimiento matrimonial se intercambiara en secreto, pues el matrimonio no registrado en

ningún archivo parroquial señalaba que no había sido celebrado ante testigos con la mediación de un párroco. En consecuencia, aunque había quedado expresamente prohibida la intervención de los padres en el consentimiento del matrimonio de sus hijos, tanto el requisito de publicidad como el de registros parroquiales, tácitamente le devolvió a los mismos el control sobre el matrimonio de los mismos, pues se volvió muy difícil que los padres no se enteraran del matrimonio público y debidamente registrado de sus hijos.⁶⁵

Por último, además de los requisitos anteriores mencionados, en el concilio de Trento se reiteró que el matrimonio era un sacramento que lo hacía indisoluble y también la prohibición del concubinato. Además se incluyeron disposiciones para evitar los matrimonios forzados, se determinaron las fechas o épocas en que se podían celebrar nupcias y se otorgaron herramientas al clero para ejercer estricta observancia sobre la consanguinidad y afinidad de los contrayentes.

En resumen, se puede concluir si lugar a equívocos que la relevancia de la idea de solemnidad que se tuvo tan marcadamente durante la formación de la normatividad matrimonial, se debió a la exaltación de la virginidad como virtud cristiana y en consecuencia el rechazo al sexo que la Iglesia Católica se encargó de desarrollar en sus cánones medievales. Al mismo tiempo en que la Iglesia se iba consolidando como institución reguladora de los conflictos maritales y sexuales, sus cánones se vieron aplicados sobre toda Europa, quedando por ello sus consignas sexuales impregnadas en la normatividad civil que posteriormente cada estado desarrollaría y que hoy en algunos países todavía se conservan. Así mismo se mantienen intactas en Colombia sin que hasta ahora haya sido relevante que esa doctrina católica referente al matrimonio y sus solemnidades están basadas en preceptos teológicos medievales que, en su momento, buscaban sostener ideas falaces como aquella de que el sexo es la fuente de todos los pecados.

⁶⁵ Biblioteca electrónica cristiana. Concilio de Trento: <http://multimedios.org/docs/d000436>. Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2008.

De conformidad con lo anterior pienso que ya que a partir del nuevo marco constitucional en el que se consagraron garantías para la pluralidad de creencias, las solemnidades matrimoniales no deberían seguir contemplándose en la ley colombiana y así mismo, que la formación del matrimonio no debería seguir atada a ese legado católico medieval. Por el contrario el matrimonio debe replantearse en un marco más cercano a las realidades, necesidades y pensamientos de los comportamientos sexuales actuales de la sociedad de nuestro país y apartarse de cualquier influencia religiosa, no sólo por el contexto actual en el que múltiples uniones maritales necesitan ser protegidas en sus derechos personales y patrimoniales, sino porque Colombia necesita avanzar en su pensamiento hacia el reconocimiento de nuevos modelos sociales.

CONCLUSIONES

Desde 1887 en el Código Civil colombiano existe un régimen matrimonial más amplio del que creemos tener, conformado por el matrimonio solemne, el matrimonio de hecho y, con la ley 54 de 1990, las uniones maritales de hecho. La primera y la última han sido figuras ampliamente conocidas por la comunidad jurídica y usadas en el litigio del derecho, mientras que la figura del matrimonio de hecho ha permanecido oculta desde su consagración en el Código Civil por el legislador de 1887 hasta el año 2005, época en que la necesidad de protección legal de quienes constituyen una unión marital permanente y singular ha permitido el movimiento interpretativo de la normatividad existente, mostrando nuevas respuestas jurídicas que ofrecen solución a dichas necesidades.

Por lo tanto, contrariamente a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia reiterada desde sus primeros pronunciamientos frente a la ley 54 de 1990, en Colombia no ha existido un vacío normativo frente a la regulación de las uniones libres o concubinatos, sino un ocultamiento interpretativo que ha generado el desconocimiento del matrimonio de hecho y, a su vez, pronunciamientos jurisprudenciales que dieron alcances excesivos a la ley 54 de 1990.

Sin negar el avance jurídico que tales pronunciamientos jurisprudenciales han ofrecido en materia de regulación matrimonial o marital, los mismos reflejan la necesidad de un régimen matrimonial más amplio que introduzca en nuestro sistema jurídico el reconocimiento de los derechos de quienes se encuentran en uniones permanentes y singulares sin la protección legal requerida. En efecto, resultaría más conveniente que se articule la normatividad actual existente sobre el tema en un solo régimen matrimonial más amplio, que seguir llevando al límite la interpretación del articulado de la ley 54 de 1990. No sólo por cuanto nuestro sistema jurídico ya cuenta con la regulación al respecto, sino porque en la interpretación conjunta tanto de las normas que regulan el

matrimonio de hecho, como las del solemne y, en algunos casos, la de la unión marital de hecho, se encuentran las herramientas jurídicas que permiten la protección legal amplia requerida.

Para que el régimen matrimonial en Colombia se expanda y logre satisfacer las necesidades actuales en materia matrimonial o marital, debe partir de redefinir el concepto de matrimonio, abandonando el concepto contractual solemne o institucional, y adquiriendo el de un estado civil denominado el estado de casado. No se puede negar que en el momento en que un individuo acuerda formar parte de una unión marital permanente y singular, adquiere una nueva situación jurídica frente a la familia y al Estado, lo que, de conformidad con el Decreto 1260 de 1970, le significa el cambio de su estado civil de soltero a casado. En este sentido, el acuerdo de iniciar una convivencia marital, independientemente de que se haya celebrado solemnemente o no, genera que sobre aquél recaiga el estado de casado, lo que en otras palabras significa, que permanece dentro de un matrimonio. Por lo tanto, el significado de matrimonio ha de reflejar más la situación en la que se encuentra el individuo que el modo en que dio vida jurídica a su unión.

Sin embargo, en la medida en que hemos mantenido latente una idea marcada de solemnidad matrimonial sobre el modo en que pensamos y entendemos la formación del matrimonio, heredada de los preceptos católicos de la edad media, se ha promovido la renuencia a producir cambios verdaderos en la forma en que usamos y aplicamos el régimen matrimonial vigente en Colombia. Sólo hasta que la norma matrimonial y su interpretación se separen realmente de la influencia del pensamiento católico, el régimen matrimonial en Colombia podrá extenderse y brindar progreso normativo en materia matrimonial.

BIBLIOGRAFÍA

BRUNDAGE, James. La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval. Primera edición en español. México, D.F.: Fondo de cultura económica, 2000.

CARBONNIER, Jean. Derecho Civil: Situaciones Familiares y Cuasi-familiares. Tomo I. Volumen II. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1961.

CASTILLO RUGELES, José Antonio. Derecho de Familia. Bogotá: Editorial Leyer, 2000.

CLARO SOLAR, Luís. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Santiago de Chile: Editorial Nacimiento, 1987.

FERRARA, Orestes. Felipe II. Única edición en español. México, D.F.: Editorial Herrero, 1962.

GUTIÉRREZ de Pineda, Virginia. La Familia en Colombia: Tránsito Histórico. Segunda Edición. Colombia: Editorial Universidad de Antioquia, 1997.

LAFONT PIANETT, Pedro. Derecho de Familia: Unión Marital de Hecho. Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1984, p. 51.

MAZEAUD, Henri y Lron y MAZEAUD, Jean. Lecciones de Derecho Civil: Parte Primera, Volumen III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1976.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Matrimonio Civil y Divorcio en la Legislación Colombiana. Segunda Edición Aumentada y Corregida. Bogotá: Editorial Temis, 1979.

PARADA HERNÁNDEZ, B. Sinopsis de Derecho de Familia. Santiago de Chile: Editorial Nacimiento, 1944.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho de Civil: Divorcio, Filiación e Incapacidades. México: Cárdenas Editor y Distribuidos, 1981.

SALCEDO SEGURA, Jorge. Teoría General del Derecho Civil, Tomo I. Bogotá: Doctrina y Ley, 2006.

SAMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Chile: Editorial Nacimiento, 1946.

SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo I – Régimen de las Personas. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II – Filiación, régimen de los Incapaces. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

VALENCIA ZEA, Arturo y MONSALVE ORTIZ, Álvaro. Derecho Civil: Derecho de Familia. Tomo V. Séptima Edición Actualizada. Bogotá: Editorial Temis, 1996.

VALENCIA ZEA, Arturo y MONSALVE ORTIZ, Álvaro. Derecho Civil: Parte General y Personas. Tomo I. Séptima Edición Actualizada. Bogotá: Editorial Temis, 1996.

Biblioteca electrónica cristiana. Concilio de Trento: <http://multimedios.org/docs/d000436>. Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2008.

Sentencia del 9 de diciembre de 1975. M.P.: Germán Giraldo Zuluaga. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil.

Sentencia C-239 del 19 de mayo de 1994, M. P.: Jorge Arango Mejía, Corte Constitucional.

Sentencia C-098 del 7 de marzo de 1996. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Corte Constitucional.

Sentencia C-114 del 21 de marzo de 1996, M.P.: Jorge Arango Mejía, Corte Constitucional.

Sentencia C-019 del 29 de mayo de 1997, expediente No. 4845, M.P.: Jorge A. Castillo Rugeles, Corte Suprema de Justicia – Sala Civil.

Sentencia C-401 del 2 de junio de 1999, M.P.: Fabio Morón Díaz, Corte Constitucional.

Sentencia C-533 de 2000, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa., Corte Constitucional.

Sentencia S-072 del 20 de abril de 2001. M. P.: Silvio Fernando Trejos Bueno, Corte Suprema de Justicia – Sala Civil.

Sentencia C-1033 del 27 de noviembre de 2002, M.P.: Jaime Córdoba Treviño, Corte Constitucional.

Sentencia C-030 del 20 de marzo de 2003, expediente No. 6726, M.P.: Manuel Isidro Ardila Velásquez, Corte Suprema de Justicia – Sala Civil.

Sentencia C-102 del 10 de febrero de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.

Sentencia del 9 de marzo de 2004, expediente No. 6984, M.P.: Silvio Fernando Trejos Bueno. Corte Suprema de Justicia – Sala Civil.

Sentencia del 28 de octubre de 2005, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Corte Suprema de Justicia – Sala Civil.

Sentencia C-1043 del 6 de diciembre de 2006, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.

Sentencia C-075 del 7 de febrero de 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.