



Aspectos procesales sobre los derechos de las parejas del mismo sexo*

Procedural aspects of the rights of same-sex couples

AROLDO W. QUIROZ MONSALVO**

Universidad Católica de Colombia

RESUMEN

El presente artículo analiza, desde la corriente dogmática del derecho, la protección y los derechos que el ordenamiento jurídico colombiano le otorga a las parejas del mismo sexo en tanto un nuevo modelo de familia que confluye con los modelos ortodoxos como son el matrimonio y la unión marital de hecho. Desde ese punto de vista se muestra cómo el derecho positivo constitucional, civil, de infancia y adolescencia, y procesal civil consagran sus derechos; esto, unido al precedente de la Corte Constitucional que ha consagrado los derechos para este nuevo tipo de familia.

PALABRAS CLAVE: Derecho, familia, unión marital de hecho, juegos jurídicos, dispositivos, interpretación, lógica deóntica, adopción, régimen patrimonial.

Fecha de recepción: 28/01/2011

Fecha de aceptación: 15/02/2011

SUMMARY

This article analyzes, from the dogmatic current law, the protection and rights that Colombian law gives same-sex couples as a new model of family that comes together with orthodox models such as marriage and the union marital indeed. From this point of view shows how the positive law constitutional, civil, childhood and adolescence, and civil procedure enshrine their rights and this, together with the Constitutional Court precedent that has enshrined the rights to this new type of family.

KEYWORDS: Law, family, marital union in fact, legal games, devices, interpretation, deontic logic, adoption, property regime.

* El presente trabajo hace parte de la investigación que el autor adelanta con un grupo de estudiantes y profesionales de la Corporación Universitaria del Caribe –CECAR–, acerca de los cambios que en la última década han surgido en Colombia, en lo que tiene que ver con los tipos de familia y el Derecho de familia. Por lo tanto, es importante explorar cuáles han sido esos nuevos modelos de familia y cuál ha sido el tratamiento de protección que le ha brindado el Derecho.

** Director del área de Derecho privado de la Universidad Católica de Colombia. Profesor de las universidades Nacional, de Los Andes y Corporación Universitaria del Caribe –CECAR. Magister de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Doctorando en Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Ex Procurador Delegado para la Defensa de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.



Introducción

Trato de condensar en este artículo lo que se puede desarrollar en una monografía o tesis¹ donde se puede ampliar en el tema, lo que desde ya supone que no todo está agotado; queda por supuesto como punto de partida para continuar indagando, porque muchas veces los académicos caemos en la jangustia! de querer plasmar todas las ideas en un solo escrito, cuando la verdad es que, como en este caso, lo que permite es invitar a la comunidad científica a la discusión e investigación sobre la propuesta descripta.

Esta investigación se justifica por las posturas de algunos sectores de corrientes conservadoras², que se oponen rotundamente a la protección por parte del Estado a otros tipos de familia diferentes a la familia ortodoxa que siempre se ha conocido:

la que nace de un matrimonio civil o religioso³ o de la unión marital de hecho, y niegan que el derecho positivo los proteja. En consecuencia, no aceptan los cambios contemporáneos en los hábitos y costumbres que surgen alrededor de la constitución de la familia y que tardíamente son recogidos por el derecho positivo.

En este orden de ideas, el presente artículo trata de explorar el derecho dogmático en cuanto a las disposiciones contenidas en él y qué derechos contempla para los nuevos tipos de familia. Como el tema lo abordaré desde la disciplina de la dogmática jurídica comienzo por definirla. Según Hernández Marín se debe entender por dogmática jurídica: “el conjunto de los estudios sectoriales acerca del derecho actual, realizados desde el punto de vista interno”⁴.

Del anterior concepto se extraen dos elementos importantes: el primero, se refiere a la dogmática jurídica como conjunto de estudios sectoriales, entendiendo estos estudios como las diferentes ramas que integran el ordenamiento jurídico de un país –Derecho civil, Derecho comercial, Derecho penal, Derecho procesal civil, entre otros–⁵. Cada una de estas ramas está conformada por un conjunto de normas jurídicas, que obligan a estudiarse de forma independiente unas de otras. Esa independencia las hace relativamente autónomas constituyendo, por supuesto, saber sectorial del ordenamiento jurídico:

La dogmática jurídica está integrada por una dogmática jurídico-civil, que estudia ese sector del Derecho que es el Derecho Civil, por una dogmática jurídico-penal, que es una teoría acerca de ese sector del Derecho que es el Derecho penal, etc⁶.

1. MILLÁN GARRIDO, ANTONIO. (1999). *Libro de estilo para juristas*. Normas básicas y reglas técnicas en la elaboración del trabajo académico. Barcelona: Editorial BOSCH, p. 13.
2. NINO, CARLOS SANTIAGO. (1989). *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2ª. Ed. ampliada y revisada. Buenos Aires: Astrea, p. 305 y ss.
3. NAVARRO-VALLS, RAFAEL y PALOMINO, RAFAEL. (2000). *Estado y religión. Textos para una reflexión crítica*. Barcelona: Ariel Derecho, p. 187 y ss.
4. HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL. (2002). *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. 2ª. ed. Madrid: Marcial Pons, p. 18.
5. *Ibidem*.
6. HERNÁNDEZ MARÍN. *Ob. Cit.*, p. 19.



En ese orden de ideas concluyo que existe la dogmática-procesal civil, que estudia la teoría del Derecho del procedimiento civil.

El segundo elemento hace referencia a que la dogmática jurídica estudia las anteriores ramas del derecho desde el punto de vista interno, y prescinde total o casi totalmente de la naturaleza social del derecho⁷; en consecuencia, desde este punto de vista no se tendrá en cuenta las fuentes materiales del derecho origen de la creación de la disposición, por parte de la autoridad normativa⁸.

En ese de orden de ideas me centraré en explorar los cuerpos jurídicos⁹ que integran el ordenamiento jurídico colombiano y que consagran el Derecho de familia, a saber: la Constitución Política, el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y, por supuesto, la jurisprudencia; en consecuencia, analizaré las prescripciones o regulaciones que componen dicho Derecho de familia.

Fuentes consultadas

El presente trabajo investigativo tiene como análisis cualitativo la consulta a fuentes documentales que abordan el tema, especialmente las formales del derecho, por lo tanto la mirada es dogmática y permite la disertación o reflexión sobre el tema de investigación, en los nuevos tipos de familia.

Metodología

Una de las dificultades que tiene la ciencia jurídica desde la corriente dogmática es contar con un modelo metodológico, para plantear sus argumentos descriptivos de las disposiciones prescriptivas o normas jurídicas.

Propongo entonces utilizar la propuesta planteada por Juan Ramón Capella en su obra *Elementos de Análisis Jurídicos*, en la que el autor propone que se puede desarrollar análisis jurí-

dicos a través de lo que él llama “juegos jurídicos” que consiste en los “modos de estructurar o establecer las relaciones interpersonales y sociales por medio del derecho”. La palabra Juego para Capella es una metáfora, en el sentido de dispositivo, mecanismo o modo de funcionar¹⁰.

Para este autor el concepto de juego jurídico es una abstracción, en la cual en el mundo real tales juegos se entremezclan; muchas veces con un mismo objeto se juegan juegos mixtos o varios juegos a la vez; concluye Capella:

El análisis introduce diferencias donde la dinámica de un derecho muestra continuidad. Diferenciar analíticamente esos juegos tiene la ventaja de hacer explícitas sus distintas reglas de funcionamientos¹¹.

Podemos distinguir entonces tres juegos en esta investigación: (a) el productor de las normas, en este caso la autoridad normativa; (b) los intérpretes

7. *Ibidem*.

8. WRIGHT, GEORG HENRIK VON. (1979). *Norma y acción: una investigación lógica*. Madrid: Tecnos, p. 27.

9. HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL. *Ob. Cit.*, p. 27.

10. CAPELLA, JUAN RAMÓN. (2008). *Elementos de análisis jurídico* (5° ed.). Madrid: Trotta, p. 45.

11. *Ibidem*.



La unión de parejas del mismo sexo constituye hoy, en la sociedad contemporánea, un nuevo tipo de familia, la cual se encuentra protegida por los cuerpos jurídicos que integran el ordenamiento legal colombiano y la fuente jurisprudencial, proferidas por la Corte Constitucional.

de los contenidos prescriptivos; (c) los generadores de normas jurídicas: la lógica deóntica¹².

Hipótesis

La unión de parejas del mismo sexo constituye hoy, en la sociedad contemporánea, un nuevo tipo de familia, la cual se encuentra protegida por los cuerpos jurídicos que integran el ordenamiento legal colombiano y la fuente jurisprudencial, proferidas por la Corte Constitucional.

Planteamiento del problema

¿Constituye la convivencia que tienen las parejas del mismo sexo una institución familiar, y por lo tanto pueden acceder a los derechos que reconoce la ley constitucional y civil colombiana a las parejas heterosexuales que conforman una familia a través de una Unión Marital de Hecho?

Será la respuesta a este interrogante la que me llevará por los vericuetos del derecho positivo, a explicar los aspectos procesales para declarar si existe o no

una Unión Marital de Hecho entre la convivencia de las parejas del mismo sexo y, como consecuencia de esta, los correspondientes efectos que nacen de dicha unión: los personales y los patrimoniales.

Combinemos entonces el dispositivo productor de las normas, en este caso la autoridad normativa (Constituyente de 1991) con el dispositivo interpretativo de los contenidos prescriptivos, para que a través de este “juego jurídico” pueda construir el discurso dogmático, y dar respuesta al problema planteado.

12. WRIGHT, GEORG HENRIK VON, Ob. Cit., p. 37.



El artículo 1° de la Carta Política establece que “Colombia es un Estado social de derecho”, lo que significa que encontramos un cambio en la concepción jurídica del Estado y sus relaciones con los ciudadanos que integran la Nación, lo cual no puede ser un simple “cambio de nomenclatura”: de Estado de derecho a Estado social de derecho.

La anterior transición pacífica¹³ significa que nos encontramos ante un Estado social de derecho en el cual identifico dos características fundamentales: la primera consiste en llenar de contenido los derechos fundamentales que tiene toda persona humana; la segunda en materializar la justicia material, ante la formal, como misión primordial del Estado social.

El artículo 5° de nuestra Carta Política prescribe que “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los dere-

chos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad” (subrayado fuera del texto).

Pregunto: ¿Cómo el Estado ampara a la familia? ¿A qué clase de familia hace referencia? En lo que tiene que ver con el primer interrogante, haciendo una lectura sistemática de los artículos 5°, 42, 43, 44, 51, entre otros, de la Constitución Política que hacen referencia al derecho de familia, se puede llegar a la conclusión que el Estado ampara a la familia¹⁴ colombiana desde tres puntos de vista: primero, jurídicamente, a través de los órganos que tienen competencia en prestar un servicio a la familia como el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, el cual está conformado por el Ministerio de la Protección Social, los gobernadores y alcaldes, y lo coordina el ICBF; segundo, desde lo social, al materializar los derechos económicos, sociales

y culturales, v. gr., la salud y la educación; tercero y último, desde lo económico, al proteger el patrimonio de familia¹⁵.

En cuanto al segundo interrogante, ¿a qué familia se refiere?, este nos remite al inciso 1 del artículo 42, para ver si encontramos la respuesta. Prevé esta norma:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos (...) (negrilla fuera del texto).

A renglón seguido trae dos ejemplos: el primero se refiere a la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio; el segundo hace alusión a la voluntad responsable de conformarla.

El primer inciso de esta norma consagra la fuente¹⁶ de constitución de la familia, y llego a la conclusión que se establece a través de dos vínculos:

13. VARGAS HERNÁNDEZ, CLARA INÉS. (2003). La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “Estado de cosas inconstitucional”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 14, Santiago de Chile, pp. 203 y ss.

14. COLOMBIA. Ley 1361 del 2009.

15. COLOMBIA, Corte Constitucional. (2009). Sentencia T- 572, Bogotá.

16. QUIROZ MONSALVO, AROLD. (2011). *Manual Civil. Familia, Matrimonio civil y religioso, Unión Marital de Hecho, Nuevo Régimen de Guardas* (2ª ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, p. 54.



- Un vínculo natural que tiene su origen en la filiación, cuya fuente fundamental está dada por el origen biológico: la procreación, la cual puede ser en forma natural, es decir, las relaciones sexuales normales, pero también puede ser por asistencia científica, entendiéndose la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*, y
- Un vínculo jurídico como la adopción, el matrimonio civil o religioso, y **la voluntad responsable de conformarla** (negrilla fuera de texto), y entre esta forma encontramos la Unión Marital de Hecho, pero también está la familia, que se conforma con la madre cabeza de familia o el padre cabeza de familia.

No sé por qué en Colombia la jurisprudencia y la doctrina sobre familia se han limitado a señalar que cuando el artículo 42 establece “por la voluntad responsable de conformarla”

(subrayo), se está refiriendo única y exclusivamente a la unión marital de hecho y no a otros tipos de familia, siendo en este fragmento donde encontramos el escollo para desconocer que él describe tácitamente otros tipos de familia, y en ese orden de ideas se niega entonces que la norma constitucional no hace referencia a familias constituidas por parejas del mismo sexo, afirmación alejada de la realidad. Yo parto de la conclusión que el concepto del fragmento es mucho más amplio, lo que me lleva a hablar de los tipos de familia hoy en día.

Afortunadamente la Corte Constitucional últimamente ha variado su precedente¹⁷, y ha llegado a la conclusión que las parejas del mismo sexo pueden constituir una familia¹⁸, posición que yo había defendido dos años atrás¹⁹; por lo tanto, hoy puedo afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen una familia.

Tipos de familia

A mi parecer es claro que por familia no podrá entenderse actualmente todas las personas ligadas entre sí por un vínculo de parentesco, llámese consanguíneo, de afinidad o civil, o por matrimonio, como en el pasado. Lo dicho me permite afirmar que la enunciación que hace el artículo 42, inciso 1, no es taxativa sino enunciativa. Creo que en él se hace referencia a una pluralidad de familias constituidas de diferentes formas; es lo que el jurista mexicano Manuel Chávez Ascencio llama familia del mañana. Es decir que hoy en día encontramos diferentes tipos de familias no sólo en los países industrializados, sino también en los países en vía de desarrollo como el nuestro²⁰.

Estos tipos de familia él las clasifica²¹ así:

17. ITURRALDE SESMA, VICTORIA. (1995). *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Civitas, S. A., p. 158.

18. COLOMBIA, Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-577, Bogotá.

19. QUIROZ MONSALVO, Ob., Cit., p. 54.

20. CHÁVEZ ASCENCIO, MANUEL. (1990). *La familia en el derecho*. México: Porrúa, p. 203.

21. *Ibidem*.



Las parejas del mismo sexo constituyen en su esencia una familia. Como consecuencia de esto, acudiendo a la institución familiar de la unión marital de las parejas heterosexuales, también constituyen una unión marital con efectos personales y económicos.

Familias paternas

En este grupo podemos incluir las que se originan en el matrimonio o en la unión marital de hecho. En consecuencia, pueden ser familias extensas o nucleares, tomando en cuenta el número de personas que la integran.

Familias unipaternas o unimaternales

Son las que están conformadas por un solo padre o madre, y entre ellas tenemos las familias constituidas por madre cabeza de familia o padre cabeza de familia, es decir que sólo están integradas por el padre o la madre y los hijos.

Familias multifiliales

Son las conformadas por padres separados, divorciados, con hijos, que se vuelven a casar o conforman una unión marital.

Familias parentales

Se denomina con este nombre a los grupos de parientes, no descendientes unos de otros, que sin embargo constituyen una familia por ser parientes, v. gr., sobrinos-tíos, primos, compadres-ahijados, madre-tía, madre-padrastro o cualquier otra combinación.

Además de los anteriores tipos de familia, hay una quinta forma que yo incluyo:

Familias constituidas por personas del mismo sexo

Con la combinación del dictado de las normas, la discusión que vengo planteando es si las personas del mismo sexo, a la luz de la Carta Política, pueden constituir una familia y acceder a los derechos que tienen las familias heterosexuales. Lo que he planteado hasta este momento me lleva a una respuesta positiva, donde concluyo que Sí constituyen una familia y que ésta se encuentra amparada por la Constitución.

A esta primera conclusión llego por la combinación del juego jurídico: tomamos el dispositivo generador de normas, aplicamos la lógica deóntica y tenemos que



las prescripciones contenidas en los artículos 42 y 5 de la Carta Política no prohíben la conformación de familias del mismo sexo, por el contrario dan permiso para que se puedan constituir²²; el dispositivo de la autoridad dictadora de normas no tiene como fin la prohibición y, por último, en el dispositivo interpretativo se describe que las parejas del mismo sexo constituyen una familia y por ahora se pueden regir por las prescripciones de la Ley 54 de 1990.

Ahora, si dentro de ese juego jurídico hacemos la lectura de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional (C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008 y C-029 de 2009), en las cuales se han reconocido los derechos a las parejas del mismo sexo, con fundamento en la Ley 54 de 1990, encontramos que tácitamente la Corte reconoce que tienen una familia, pues de lo contrario no hubiera proferido tales sentencias²³.

Unión marital de hecho

El Estado colombiano, 117 años después de expedido el Código Civil, el cual entró en vigencia el 1º de abril de 1873, reconoció por intermedio de la Ley 54 de 1990 el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho de las parejas heterosexuales, y guardó silencio en cuanto a las parejas del mismo sexo.

A pesar de la vigencia de una nueva Constitución, el legislador colombiano no ha querido regular dicha situación, como sí hay regulación en el derecho comparado en legislaciones como la de Dinamarca (1989), Groenlandia (1994), Noruega (1993), Suecia (1995), Islandia (1996), Holanda (1998), Francia (1999), Alemania (2001) y últimamente en España, en las regiones autónomas de Cataluña, Aragón, Navarra, la comunidad de Madrid, Valencia y en el principado de Asturias²⁴, lo que pone en evidencia que se trata de reconocer los derechos de estas parejas.

¿Cuál será la salida si el legislador no ha querido reglamentar esta realidad?

La Corte Constitucional ha utilizado el mecanismo que brinda el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que establece: “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes (...)”, que conocemos como el principio de la analogía. Por otra parte, ha acudido a los principios de la dignidad humana, la igualdad y libre desarrollo de la personalidad, consagrados en la Carta Política. Con base en los anteriores principios, ha construido una línea jurisprudencial que lleva a extender los derechos que tienen las parejas heterosexuales que constituyen una unión marital, a las parejas del mismo sexo.

En conclusión, la unión de las parejas del mismo sexo se asimila a una unión marital de hecho, por lo tanto queda cobijada bajo el régimen de las leyes 54 de 1990 y 979 de 2005.

22. WRIGHT VON, GEORG HENRIK. Ob., Cit., p. 88.

23. Consultar Corte Constitucional, Sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2008 y C-029 de 2009.

24. AZPIRI, JORGE O. (2003). *Uniones de Hecho*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 305.



Requisitos sustanciales

Como la unión marital de hecho tiene por naturaleza ser un negocio jurídico donde aflora el acuerdo de voluntades, los requisitos serán los de todo negocio jurídico: capacidad, declaración de voluntad expresa o tácita, objeto y causa. Unidos a estos estarán los elementos de la familia constituida por la unión marital de hecho heterosexual como la cohabitación, singularidad, notoriedad, permanencia y lazos afectivos. Por lo tanto, serán estos los requisitos y elementos que tendrá que reunir.

Siendo así, nacen dos efectos: el primero será de tipo personal (externo y público), y el segundo de tipo económico (interno y privado). En cuanto al primero surge el estado civil de compañeros, originando unos derechos y unas obligaciones tales como:

- a) El derecho a reclamar alimentos²⁵.
- b) El derecho a la sustitución pensional²⁶.

- c) Constituir patrimonio de familia²⁷.
- d) Derecho a heredar, condicionado a testamento abierto o cerrado.
- e) A reclamar porción conyugal²⁸.
- f) Estar afiliado a un plan de salud obligatorio²⁹.

En lo que tiene que ver con la adopción, tengo que señalar que sí pueden adoptar, aplicando el dispositivo del generador de normas y siguiendo a WRIGHT VON, quien plantea que una prescripción se da para que algo deba ser hecho, a menudo la llamamos mandamiento u orden. Si se da para que algo pueda ser hecho, la llamamos permiso. Si, finalmente, se da para que algo tenga que no ser hecho, la llamamos prohibición³⁰.

El artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia que señala los requisitos para adoptar prescribe:

Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años

de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptante, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigen a quienes adopten conjuntamente.

De donde concluyo, que no existe prohibición para que las parejas del mismo sexo conformen una familia a través de la adopción.

La norma es clara al señalar que la exigencia está en que la pareja heterosexual o del mismo sexo, tiene que demostrar que puede brindar al niño o niña una familia estable y adecuada; la estabilidad va a estar dada por dos elementos: el primero, que yo denomino subjetivo, se conoce como la responsabilidad parental, que consiste en la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza en el proceso de formación del niño o niña; el segundo, es un elemento objetivo y tiene que ver con la estabi-

25. COLOMBIA. Corte Constitucional. (2002-2008). Sentencias C-1033 y C-798. Bogotá.

26. COLOMBIA. Corte Constitucional. (2007). Sentencia C-336. Bogotá.

27. COLOMBIA. Corte Constitucional. (2009). Sentencia C-029. Bogotá.

28. COLOMBIA. Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-283. Bogotá.

29. COLOMBIA. Corte Constitucional. (2007). Sentencia C-811. Bogotá.

30. WRIGHT VON, GEORG HENRIK. Ob., Cit., p. 88.



lidad económica de la pareja, que genera la confianza de que está en capacidad de asumir el sostenimiento económico del niño o niña. Por lo tanto son estos los dos elementos fundamentales a tener en cuenta, para que una pareja pueda adoptar.

Enunciados los aspectos personales, muy rápidamente me concentro en el patrimonial, origen de los reconocimientos de los derechos.

En lo que tiene que ver con el efecto patrimonial, es decir la sociedad patrimonial de hecho, la cual se inicia con la unión marital de hecho y queda condicionada a la convivencia por más de dos años, se forma entre los compañeros una sociedad de bienes, de acuerdo con los artículos 1774 del Código Civil y 2° de la Ley 54 de 1990. En consecuencia, la sociedad patrimonial de hecho surge por la constitución de la unión marital, con la condición de perdurar en forma ininterrumpida por más de dos años.

La sociedad patrimonial de hecho no está definida por la Ley 54 de 1990; sólo encontramos las normas que señalan la conformación del patrimonio social, su disolución y el pro-

Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptante, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigen a quienes adopten conjuntamente.

cedimiento para la liquidación. Sin embargo, la puedo definir como la comunidad de bienes conformada por los compañeros por el hecho de la unión marital, cuya administración está en cabeza de cada uno de ellos para el sostenimiento de los mismos, y de la eventual posterior descendencia. Disuelta la sociedad se destinarán bienes para el pago del pasivo de la sociedad, y el sobrante o suma líquida se repartirá por mitad o a prorrata entre los compañeros.

Ésta se caracteriza por:

- a) Tener su fuente en la unión marital de hecho.
- b) Ser de contenido patrimonial.
- c) Ser un vínculo accesorio.
- d) Ser administrada por los compañeros.
- e) Ser la encargada del sostenimiento de la familia.
- f) Si uno de los compañeros tiene un vínculo matrimonial vigente, tiene que haber disuelto la sociedad conyugal.

El requisito de la liquidación no es exigible según lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia:

en la misma Ley 54 puede palpase la disparidad (art. 5°-b) en cuanto conviene ella en que el sólo hecho del matrimonio de uno de los compañeros disuelve la sociedad patrimonial, lo que es admitir que la sociedad conyugal podría emerger sin necesidad de liquidarse la patrimonial.

dentro del espíritu de la Constitución no tiene justificación el exigir la tal liquidación de la sociedad conyugal, razón que conduce a afirmar que por causa del tránsito normativo esa parte de la Ley 54 deviene insubsistente. Rememórase a este propósito la legendaria regla según la cual la Constitución



tiene la virtud «reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente», de tal suerte que toda disposición legal «anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a letra o a su espíritu, se desecha como insubsistente» (Ley 153/1887, art. 9º), regla esa que con mayor énfasis ha de predicarse hoy por fuerza de que la Carta actual se define como «norma de normas» (art. 4º)³¹.

Explicadas las características, me centro ahora en lo que tiene que ver con el sistema que opera para el régimen patrimonial, que consiste en el sistema de participación de gananciales en el cual se dan dos aspectos: primero, que mientras se encuentre vigente la sociedad patrimonial de hecho los compañeros tienen la libre administración y disposición de bienes, tanto propios como los que tengan el carácter de sociales, y, segundo, que disuelta la sociedad se forma una comunidad restringida de bienes que consiste en que mientras perdure este estado, o sea, mientras se liquida, cada compañero

pierde la facultad de administrar y disponer libremente de los bienes sociales.

El desconocimiento de la situación anterior, esto es, que uno de los compañeros venda un bien inmueble o mueble que tenga la condición de social, da lugar al fenómeno de la venta de cosa ajena, o puede desencadenar en la sanción señalada en el artículo 1824 del Código Civil.

Explicados los aspectos sustanciales, pasamos ahora a los aspectos procesales, que son los más polémicos en la jurisprudencia.

Aspectos procesales

Para el caso concreto, la Corte señaló los requisitos, y considera que, en el caso de las parejas del mismo sexo, la comprobación de su calidad y de la vocación de permanencia debe regularse por el mismo mecanismo establecido en la Sentencia C-521 de 2007, esto es, declaración ante notario en la que conste que la pareja convive efectivamente

y que dicha convivencia tiene vocación de permanencia, independientemente de su tiempo de duración³².

La Ley 979 de 2005 vino a reglamentar la declaratoria de la unión marital de hecho, ya que anteriormente esta competencia estaba en cabeza de los jueces de familia. Con la reforma se pasó a señalar que la competencia de la declaratoria también la tendrá el notario y los centros de conciliación, declaratoria que también se podía hacer antes, puesto que no estaba prohibido por la Ley 54 de 1990³³.

En trascendental sentencia, la Corte Suprema de Justicia distingue entre la declaratoria de la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial³⁴, y se fundamenta en que la unión marital constituye un estado civil, como ya lo señalé anteriormente.

Declaratoria de la unión marital

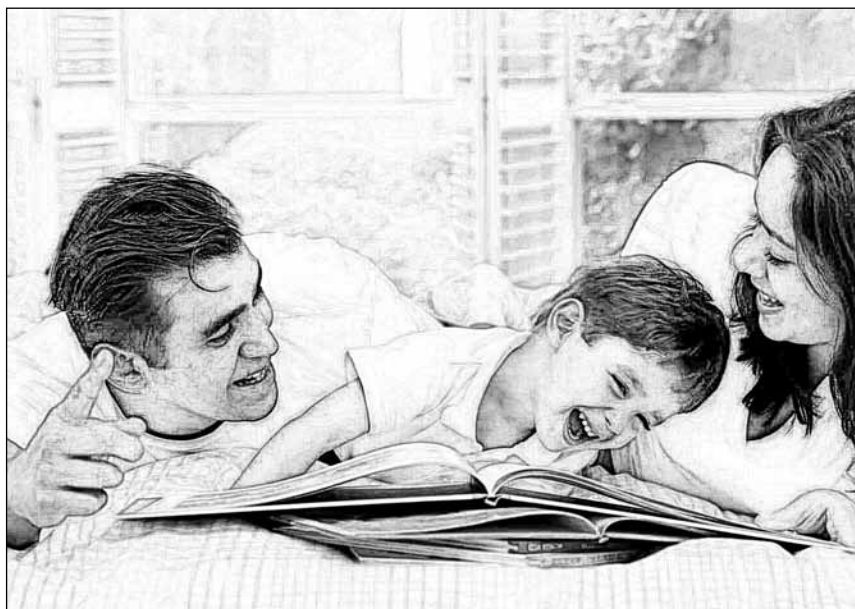
El artículo 1º de la Ley 979 de 2005 establece que los compañe-

31. COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 2 de septiembre 2003. Exp.: 7603.

32. *Ibidem*.

33. QUIROZ MONSALVO, AROLD. (2003). *Manual de familia* (T. VI). Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley, p. 263.

34. COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de marzo 2009. M.P.: Willian Namén Vargas. Exp.: 85001-3184-001-2002-00197-01.



El artículo 5° de nuestra Carta Política prescribe que “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”

ros que han convivido por más de dos años en forma continua podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial: a) ante un juez de familia competente; b) ante notario, y c) ante un centro de conciliación, acreditando previamente la unión marital de hecho. Esto conlleva, según la Corte, a que distingamos entre el vínculo principal, en este caso la unión marital, y el vínculo accesorio, que es la sociedad patrimonial de hecho, que por lo tanto son dos situaciones diferentes en su declaratoria. Veamos.

Con respecto a la unión marital, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la acción declarativa de la unión marital procura la existencia de dos presupuestos: el primero, que conlleva un presupuesto objetivo, consiste en la convivencia *more uxorio*, comunidad de vida estable y permanente plasmada en las relaciones sexuales, ayuda, socorro mutuo y *affectio maritalis*, el cual genera efectos para los compañeros permanentes, derechos y obligaciones análogos a los del matrimonio; y el segundo presupuesto subjetivo,

dirigido a su situación individual, familiar y estado civil; por lo tanto su declaración podrá orientarse a fines diferentes de los estrictamente patrimoniales o económicos, los más, relativos al estatus familiar y el estado civil³⁵. Ejemplo, plan de salud u otros beneficios que muchas veces generan las relaciones laborales.

Reitera la Corte:

el segmento de mayor relevancia social y jurídica de la Ley 54 de 1990, concierne al reconocimiento del statu nor-

35. *Ibidem*.



mativo de la unión marital de hecho como forma expresiva de la relación marital extramatrimonial, comunidad singular de vida estable, gestora de la familia y de un estado civil diverso al matrimonial. Y, en este sentido, la norma ostenta un marcado cariz imperativo o de *ius cogens* al referir a la familia y al estado civil, cuestión de indudable interés general, público y social.

la declaración de existencia de la unión marital es materia de orden público, propia de la situación familiar, del estado civil y es indisponible e imprescriptible, lo cual no obsta para que las partes la declaren por mutuo consenso en escritura pública o en acta de conciliación (art. 4º, Ley 54 de 1990), en tanto el estado civil dimana de los hechos, actos o providencias que lo determinan (art. 2º, Decreto 1260 de 1970), en el caso de la unión marital declarada por los compañeros permanentes, sin que tal posibilidad se entienda como dispositiva del estado civil, por mandato legal indisponible, so pena de nulidad

absoluta, pues el legislador autoriza conciliar las diferencias respecto de la existencia de la unión, (...).

“En suma, para la Corte, la acción declarativa de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes en cuanto refiere al estado civil es imprescriptible, en tanto que la concerniente a la declaración judicial de existencia de la sociedad patrimonial derivada de la unión marital y la relativa a su disolución y liquidación, es prescriptible. Así, cuando además de la existencia de la unión marital, se pretenda la de la sociedad patrimonial, o su disolución y liquidación, la acción, a propósito de los efectos económicos o patrimoniales, está sujeta a prescripción, más no respecto del estado civil (ejemplo: repito, yo puedo solicitar la declaración para reclamar la pensión de sobreviviente).

En efecto, el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, desde su vigencia, reconoció la unión marital de hecho «para todos los efectos civiles», sin consagrar

distinción o excepción alguna, por lo cual incluye el estado civil, acatándose así la exigencia de su asignación legal y la calificación de los actos, hechos o providencias de los cuales deriva, tanto cuanto más, por la consagración de sus requisitos objetivos, la conformación de una familia por los compañeros permanentes (artículo 42, inciso 1º, Constitución Política), la comunidad de vida estable y singular genera derechos y obligaciones similares a los de la pareja matrimonial.

En conclusión, la acción judicial tendiente a la declaración de la unión marital de hecho podrá ejercerse durante su existencia, aún unidos los compañeros permanentes y, por ende, antes de su terminación o después de ésta, y es imprescriptible en lo relativo al estado civil³⁶. Es decir que los derechos que se generen en la convivencia de la unión marital podrán ser reclamados en cualquier tiempo; siempre y cuando se causen en la convivencia, no están sometidos a la prescripción del artículo 8º de la Ley 54 de 1990.

36. *Ibidem*.



Declaratoria de la sociedad patrimonial

En relación con esto, ha señalado la Corte:

la declaración judicial de existencia de la sociedad patrimonial, *stricto sensu*, concierne a un aspecto económico, está orientada al reconocimiento de su certeza, «se presume», «y hay lugar a declararla judicialmente» cuando exista unión marital de hecho «por un lapso no inferior a dos años e impedimento para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho», siendo esa la causal de impedimento.

Contrario sensu, «el derecho a pedir la disolución y liquidación, *ministerio legis*, nace cuando fenece la sociedad patrimonial, no así cuando se declara que ella existió» (Cas. Civ., Sentencia de 1º de junio de 2005 [SC-108-2005], Exp.

7921), sino con «la separación física y definitiva de los compañeros, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o ambos compañeros», situaciones objetivas desde cuya ocurrencia puede ejercerse la acción y computa el plazo prescriptivo (artículo 8º, Ley 54 de 1990).

Si no aconteció ninguno de los sucesos señalados en el artículo 5º de la Ley 54 de 1990 para la disolución de la sociedad patrimonial, no hay lugar a solicitar la disolución y liquidación; si suceden corre el plazo para el conteo prescriptivo de la acción de disolución y liquidación disciplinados en su artículo 8º; si se demanda después del año sólo habrá reconocimiento personal de la unión, pero sin efectos patrimoniales; por lo tanto, es para los efectos patrimoniales que corre el tiempo en dos vías: primero, para la conformación de los dos años; segundo, para demandar su disolución y liquidación.³⁷

Estando claro lo de la declaración, nace ahora el siguiente interrogante: ¿A partir de cuándo

están cobijadas por la Ley 54 de 1990 las parejas del mismo sexo que tienen su convivencia desde antes del 7 de febrero de 2007, fecha en la cual profirió la sentencia la Corte Constitucional? Con respecto a esto la Corte guardó silencio, pero parto de la base que desde la vigencia de la ley, en este caso, a partir del 1º de enero de 1991.

Me surge otra pregunta: ¿Qué pasó con aquella unión marital que tiene la pareja homosexual antes de 1991? Para dar respuesta a esta pregunta acudo a los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil: para garantizar el derecho de la pareja heterosexual que inició la convivencia antes de 1991, se aplica el principio de la retrospectividad (ley en el tiempo), es decir que si ha habido continuidad aplico la figura jurídica que se conoce como de trato sucesivo, en el tiempo, hechos antecedentes, concomitantes y sobrevinientes a la vigencia de la Ley 54 de 1990, caso en el cual no habrá duda que la unión está cobijada por este principio³⁸.

37. *Ibidem*.

38. COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 28 de octubre 2005. Exp. 00591.



Pero surgen más preguntas: ¿Qué pasa si la pareja ha iniciado su unión marital de hecho en otro país y se domicilia en Colombia? Tengo que distinguir si son colombianos o extranjeros. En cuanto a los colombianos se sigue el principio de la ley en el espacio, la extraterritorialidad, contenido en el artículo 19 del Código Civil, por lo tanto la unión marital está amparada por la Ley 54 de 1990, siempre y cuando se den los elementos exigidos por ella.

En cuanto a los extranjeros, tendrán que demostrar que en el país donde vivieron se encuentran reconocidas por el ordenamiento jurídico las uniones de hecho del mismo sexo; lo anterior con base en los artículos 188 y 259 del Código de Procedimiento Civil. Ahora, si sólo se reconoce en ese país la convivencia heterosexual, la unión homosexual no tendrá efectos en la legislación civil colombiana, ya que no le está dado a nuestra legislación interferir en las normas de otros países. ¿Qué deben hacer? Someterse a lo señalado en las leyes 54 de 1990 y 979 de 2005.

¿Qué sucede si en otra legislación se les ha reconocido dicha unión con fundamento en la

norma interna del país donde estaban domiciliados? Se sigue el trámite del exequátur, artículos 693 a 695 del Código de Procedimiento Civil, sea que la unión de hecho esté conformada por nacionales o extranjeros.

Conclusión

Las parejas del mismo sexo constituyen en su esencia una familia. Como consecuencia de esto, acudiendo a la institución familiar de la unión marital de las parejas heterosexuales, también constituyen una unión marital con efectos personales y económicos; se seguirá los trámites procesales tanto judiciales como notariales que las leyes 54 de 1990 y 979 de 2005 exigen a las uniones de parejas heterosexuales para su declaratoria.

La familia que conforman las parejas del mismo sexo está protegida constitucionalmente por el artículo 5 y 42.

A la familia que conforman las parejas del mismo sexo, con los derechos que hasta ahora ha reconocido la Corte Constitucional, esta corporación siguiendo la lógica de su precedente tiene que otorgarles el derecho a adoptar.

BIBLIOGRAFÍA

- AZPIRI, JORGE O. (203). *Uniones de Hecho*. Buenos Aires: Hammurabi.
- CAPELLA, JUAN RAMÓN. (2008). *Elementos de análisis jurídico* (5ª ed.). Madrid: Trotta.
- COLOMBIA. *Ley 1361 del 2009*.
- CORTE CONSTITUCIONAL. (2009). Sentencia T- 572. Bogotá.
- CORTE CONSTITUCIONAL. (2011). Sentencia C-577. Bogotá.
- CORTE CONSTITUCIONAL. (2002-2008). Sentencias C-1033 y C-798. Bogotá.
- CORTE CONSTITUCIONAL. (2007). Sentencia C-336. Bogotá.
- CORTE CONSTITUCIONAL. (2011). Sentencia C-283. Bogotá.
- CORTE CONSTITUCIONAL. (2007). Sentencia C-811. Bogotá.
- CORTE CONSTITUCIONAL. (2007). Sentencia C-075. Bogotá.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-811 de 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-029 de 2009.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, Sentencia de 28 de octubre 2005, Exp. 00591.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de septiembre 2003, Exp.: 7603.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 11 de marzo 2009, Exp.: 85001-3184-001-2002-00197-01.



- CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL. (1990). *La familia en el derecho*. Madrid: Editorial Porrúa.
- HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL. (2002). *Introducción a la teoría de la norma jurídica* (2ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- ITURRALDE SESMA, VICTORIA. (1995). *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Editorial Civitas, S. A.
- MILLÁN GARRIDO, ANTONIO. (1999). *Libro de estilo para juristas. Normas básicas y reglas técnicas en la elaboración del trabajo académico*. Barcelona: Editorial BOSCH.
- NINO, CARLOS SANTIAGO. (1989). *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación* (2ª ed. ampliada y revisada). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- NAVARRO-VALLS, RAFAEL y PALOMINO, RAFAEL. (2000). *Estado y Religión: texto para una reflexión crítica*. Barcelona: Ariel Derecho.
- QUIROZ MONSALVO, AROLD. (2007). *Manual de familia* (T. VI) Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- _____ (2011). *Manual de familia. Matrimonio civil y religioso. Unión Marital de Hecho*, Nuevo Régimen de Guardas (2ª ed. T. V). Bogotá.
- VARGAS HERNÁNDEZ, CLARA INÉS. (2003). “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional””. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 1, Santiago de Chile.
- WRIGHT VON, GEORG HENRIK. (1979). *Norma y Acción: Una investigación Lógica*. Madrid: Editorial Tecnos. ☺