



BOOKCLICK

**INSTRUCCIONES PARA VISUALIZAR TU TEXTO
DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO, FILIACIÓN Y
DIVORCIO Y CERCA DE 5.000 LIBROS MÁS EN TU
PLATAFORMA BOOKCLICK**

Raspa el cupón que está a tu izquierda. Ahí encontrarás la clave de acceso para que puedas llevar los libros en tu tablet, celular o computador por seis meses a partir de tu ingreso. La clave tiene validez hasta el 31 de diciembre de 2018.

Paso a paso para ingresar a Booklick:

1. Escanea el código QR con tu dispositivo móvil o ingresa al link:
<http://booklick.co>



Esto te dirigirá a Booklick.co

2. Crea tu usuario y contraseña dando clic en "Iniciar Sesión". Una vez ahí, puedes conectarte con Facebook, o crear la cuenta llenando datos como el correo y tu contraseña.

3. Este video muestra dónde ingresas tu cupón: <https://www.youtube.com/watch?v=jm0T0F5Cex8>



¡Y eso es todo! Disfruta Booklick Premium. Para mayor información, puedes contactarnos en info@booklick.co o llama al teléfono 3158351430.



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**

DERECHO DE FAMILIA

Matrimonio, filiación y divorcio

HELÍ ABEL TORRADO



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

3a.
Edición

Bogotá, D.C., enero de 2018

Torrado, Helí Abel

Derecho de familia: matrimonio, filiación y divorcio / Helí Abel Torrado – 3ª edición. -
Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2018.

480 p.

ISBN 978-958-8987-61-3

1. DERECHO DE FAMILIA 2. MATRIMONIO 3. DIVORCIO 4. CAPITULACIONES
MATRIMONIALES 5. NULIDAD DEL MATRIMONIO 6. OBLIGACIÓN ALIMENTARIA
7. PATRIA POTESTAD.

346.016 ed. 21

Universidad Sergio Arboleda
DERECHO DE FAMILIA. Matrimonio, filiación y divorcio
© HELÍ ABEL TORRADO

info@torras.co
Teléfono: (57) (1) 2493221

Primera edición: febrero de 2015
Segunda edición: abril de 2016
Tercera edición: enero de 2018

Queda prohibida toda reproducción, por cualquier medio, sin
previa autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones
Universidad Sergio Arboleda
Calle 74 No. 14-14
Teléfonos: 3220080-3220282-5400300
www.usergioarboleda.edu.co
Fax: 3177529
Bogotá D.C.

Director editorial: Jaime Barahona Caicedo
Diseño carátula y diagramación: Maruja E. Flórez Jiménez
Impresión: DGP editores S.A.S.
Bogotá, D.C.

ISBN: 978-958-8987-61-3

Contenido

Introducción.....	11
Lección 1	
Concepto, reglamentación y fuentes de la familia.....	13
1.1 Concepto.....	13
1.2 Reglamentación básica de la familia en Colombia	14
1.3 Fuentes de la familia.....	16
1.4 De las relaciones maritales entre personas del mismo sexo	21
1.5 Del objeto de esta obra.....	31
Lección 2	
De los esponsales.....	33
2.1 Antecedentes.....	33
2.2 Los esponsales en el medio colombiano.....	35
2.3. Reglamentación legal de los esponsales	36
2.4 Donaciones por causa del matrimonio	38
Lección 3	
De las capitulaciones matrimoniales	41
3.1 Antecedentes.....	41
3.2 Las capitulaciones en el Derecho Civil colombiano	43
3.3 Fines de las capitulaciones matrimoniales	45
3.4 Naturaleza de las capitulaciones	46
3.5 Aplicación en el espacio de las capitulaciones matrimoniales.....	50

3.6 Vigencia de las capitulaciones.....	52
3.7 Caducidad, nulidad e inexistencia de las capitulaciones matrimoniales.....	53

Lección 4

El matrimonio	57
4.1 Nociones generales.....	57
4.2 Antecedentes legislativos sobre el matrimonio en Colombia.....	57
4.3 El matrimonio como contrato o como institución.....	58
4.4 Definición.....	61
4.4.1 Consentimiento o acuerdo de voluntades.....	61
4.4.2 Requisitos para obligarse	62
4.4.3 Solemnidad del contrato	63

Lección 5

Requisitos para la validez del matrimonio civil	65
5.1 Requisitos de fondo	65
5.1.1. Requisitos de fondo positivos	66
5.1.1.1 Diferencia de sexos.....	66
5.1.1.1.1 Matrimonios de transexuales.....	69
5.1.1.2 Capacidad sexual.....	73
5.1.1.3 Capacidad mental	77
5.1.1.4 Expresión de la voluntad de los contrayentes.....	78
5.1.2 Requisitos de fondo negativos	80
5.1.2.1 Que no haya vínculo matrimonial precedente	80
5.1.2.2 Que los contrayentes no estén en la misma línea de ascendientes o descendientes, ni sean hermanos	80
5.1.2.3 Que los contrayentes no estén entre sí en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima.....	81
5.1.2.4 Que no exista relación de parentesco civil.....	81
5.1.2.5 Homicidio del cónyuge.....	81
5.1.3 Requisitos de forma	82
5.1.3.1 Formalidades y requisitos anteriores a la celebración del matrimonio civil.....	82
5.1.3.1.1 Formalidades ante el juez	82
5.1.3.1.1.1 Petición ante el juez	82
5.1.3.1.1.2 Publicaciones.....	83
5.1.3.1.1.3 Trámite de las oposiciones	84
5.1.3.1.2 Formalidades y trámite ante notario.....	85
5.1.3.2 Requisitos coetáneos a la celebración del matrimonio civil	85
5.1.3.2.1 El funcionario competente	85
5.1.3.2.2 Presencia de los contrayentes	87

Lección 6

Otras clases de matrimonio	89
6.1 Matrimonios religiosos	89
6.1.1 Relaciones entre la Iglesia católica y el Estado.....	90

6.1.1.1 Goce de los derechos religiosos católicos.....	90
6.1.1.2 El matrimonio religioso católico.....	91
6.1.1.2.1 Naturaleza del matrimonio religioso católico.....	92
6.1.1.2.2 Propiedades esenciales del matrimonio católico.....	94
6.1.1.2.3 Clases de matrimonio católico.....	94
6.1.1.3 Matrimonio cristiano no católico.....	95
6.1.1.3.1 Fundamento jurídico del matrimonio cristiano, no católico.....	95
6.1.1.3.2 Celebración del matrimonio cristiano, no católico.....	96

LECCIÓN 7

De los efectos del matrimonio.....	99
7.1 La igualdad de derechos entre los cónyuges.....	99
7.2 De la antigua potestad marital.....	100
7.3 Obligaciones y derechos entre los cónyuges.....	102
7.3.1 Carácter recíproco de los deberes conyugales.....	102
7.3.2 Del deber de respeto.....	103
7.3.3 Del deber de fidelidad.....	105
7.3.4 La obligación de socorrerse y ayudarse mutuamente.....	108
7.3.5 Obligación de vivir juntos.....	109
7.3.6 Del débito conyugal.....	111

LECCIÓN 8

De la filiación.....	113
8.1 Concepto de filiación.....	113
8.2 Clases de filiación.....	116
8.3 De la filiación legítima.....	117
8.4 Presunción de paternidad legítima.....	121
8.5 Excepciones a la presunción general.....	125
8.6 Personas que pueden reclamar contra la legitimidad.....	126
8.6.1 Impugnación por el cónyuge o compañero permanente, y la madre.....	126
8.6.2 Impugnación de la paternidad por el hijo.....	128
8.6.3 Impugnación de la legitimidad por herederos.....	130
8.6.4 Impugnación de la legitimidad por terceros.....	131
8.6.5 Impugnación de la legitimidad por los ascendientes.....	136
8.6.6 Acciones sobre filiación y formas de destruir la presunción de paternidad legítima.....	137
8.7. Impugnación del reconocimiento de hijos extramaritales.....	151
8.8 Impugnación de la maternidad legítima.....	154
8.9 Titulares del derecho a impugnar la maternidad.....	157
8.10 Término para impugnar la maternidad.....	158
8.11 Fraude por falso parto.....	160
8.12 Del reconocimiento voluntario de la paternidad.....	161

8.13 Efectos del reconocimiento	166
8.14 Presunción legal de paternidad extramarital	166
8.15 Efectos patrimoniales de la filiación	169
8.16 La filiación frente al principio de la familia diversa	174
8.17 La filiación por reproducción artificial o asistida	180

LECCIÓN 9

De los hijos adoptivos	189
9.1 Algunos antecedentes legislativos sobre la adopción	189
9.2 De la adopción	192
9.2.1 Quiénes pueden ser adoptados	195
9.2.2 Efectos de la adopción, derechos y obligaciones de adoptante y adoptivo	196
9.2.3 El consentimiento para la adopción	198
9.2.4 Condiciones básicas para adoptar	202
9.2.5 Personas que pueden adoptar	205
9.2.6 Preferencia de adoptantes colombianos	207
9.2.7 Régimen de las adopciones internacionales	208
9.2.8 La adopción por parejas homosexuales	209

Lección 10

Obligaciones y derechos entre padres e hijos	219
10.1 Consideraciones generales	219
10.2 La igualdad de derechos y obligaciones de los hijos	225
10.3 De la patria potestad	228
10.3.1 Características de la patria potestad	231
10.3.2 Derechos que la patria potestad otorga a los padres del menor	234
10.3.2.1 Derecho de representación del hijo menor	235
10.3.2.1.1 Representación extrajudicial	236
10.3.2.1.1.1 Sobre actos domésticos, que no implican disposición de bienes	236
10.3.2.1.1.2 Sobre actos o negocios jurídicos que implican administración y disposición de bienes	237
10.3.2.1.1.3 En la celebración de contratos individuales de trabajo	239
10.3.2.1.2 Representación judicial	240
10.3.2.1.3 Administración de los bienes del hijo de familia	241
10.3.2.1.4 Usufructo legal de los bienes del hijo de familia	244
10.3.3 Inventario solemne de bienes por nuevas nupcias o unión marital de hecho	248
10.3.3.1 Trámite del inventario solemne de bienes ante notario público	252
10.3.4 Limitaciones al ejercicio de la patria potestad	253
10.3.4.1 Limitaciones respecto al ejercicio de un empleo o cargo público, por el menor de edad	253
10.3.4.2 Limitaciones respecto a la administración y disposición de los bienes	254
10.3.4.3 Limitaciones respecto a la disposición de bienes y derechos del hijo no emancipado	256
10.3.4.4 De la autorización notarial para enajenar bienes de los incapaces, sean éstos mayores o menores de edad	258
10.3.5 De la patria potestad prorrogada	259

10.4 De la responsabilidad parental	261
10.5 Suspensión de la patria potestad	263
10.6 De la emancipación	264
10.6.1 Por maltrato del hijo	264
10.6.2 Por haber abandonado al hijo	268
10.6.3 Por depravación que los incapacite para ejercer la patria potestad.....	270
10.6.4 Por haber sido condenado a pena privativa de la libertad superior a un año	271
10.6.5 Por favorecimiento de conductas punibles de carácter doloso.....	271
10.6.6 Por haber sido el padre o madre declarado tal en juicio contradictorio	272
10.7 Custodia y cuidado personales de los hijos	274
10.7.1 Marco constitucional y legal.....	274
10.7.2 Normatividad legal.....	276
10.7.3 Concepto de custodia y cuidado personales.....	277
10.7.4 De la custodia compartida.....	279
10.7.5 De la custodia de “nido de pájaro” o “casa nido”	283
10.7.6 Medidas correctivas ante la vulneración de este derecho.....	284
10.8 Del derecho de comunicación y visitas	285
10.8.1 Carácter fundamental del derecho de comunicación y visitas.....	286
10.8.2 Personas en quienes recae el derecho de visitas a los menores	287
10.8.3 Naturaleza del régimen de visitas.....	290
10.8.4 Relación entre el derecho de visitas y el cuidado y custodia personales de los hijos menores de edad	291
10.8.5 Procedimientos para la regulación del derecho de comunicación y visitas	293
10.8.6 Instrumentos internacionales para garantizar el ejercicio de los derechos de guarda y de visitas	295

Lección 11

De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas	301
11.1 Concepto de alimentos	301
11.2 Naturaleza jurídica de los alimentos	302
11.3 Características de las obligaciones alimentarias.....	303
11.4 Clases de alimentos	304
11.5 Personas a quienes se deben alimentos.....	306
11.5.1 Personas a quienes se deben alimentos congruos.....	316
11.5.2 Orden de preferencia para suministrar alimentos.....	318
11.6 Obligaciones alimentarias ante la falta o insuficiencia de los padres.....	320
11.7 Criterios para tasar los alimentos.....	322
11.8 Alimentos provisionales	324
11.9 Nacimiento, forma de pago y extinción de la obligación alimentaria.....	325
11.10 Algunas consideraciones sobre los alimentos para los hijos mayores de edad	329

11.11 Algunas consideraciones sobre los alimentos para personas de la tercera edad	335
11.12 Sanciones por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias	341
11.12.1 Responsabilidad civil por el incumplimiento de los alimentos	341
11.12.2 Responsabilidad penal por inasistencia alimentaria.....	344

Lección 12

De la nulidad del matrimonio	347
12.1 De la nulidad de los contratos, en general	347
12.2 Normas que gobiernan las nulidades del contrato matrimonial.....	350
12.3 Clasificación de las causales de nulidad.....	352
12.3.1 Causales de nulidad subsanables	352
12.3.1.1 Error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos	352
12.3.1.2 Error cuando el matrimonio se ha contraído entre un varón o una mujer menores de catorce años	354
12.3.1.3 Error por falta de consentimiento de alguno de los contrayentes, o de ambos	355
12.3.1.4 Cuando no se ha celebrado ante el juez y los testigos competentes	356
12.3.1.5 Cuando se ha contraído por fuerza o miedo	359
12.3.1.6 Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por raptó.....	360
12.3.2 Causales de nulidad no subsanables	362
12.3.2.1 Cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior.....	362
12.3.2.2 Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes o descendientes, o son hermanos.....	364
12.3.2.3 Cuando respecto del hombre o la mujer, o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior	365
12.3.3 Procedencia de la declaratoria de nulidad matrimonial, ante el fallecimiento de uno de los cónyuges	367
12.3.4 Competencia sobre nulidades de matrimonios religiosos	374
12.3.5 Efectos de la anulación del matrimonio.....	374
12.3.5.1 Efectos sobre los hijos	375
12.3.5.2 Respecto a las donaciones.....	376
12.3.5.3 Obligaciones a cargo del cónyuge culpable de la nulidad.....	376
12.3.6 Reflexiones sobre la nulidad del matrimonio católico y prestaciones alimentarias.....	378

Lección 13

De la separación de cuerpos y de la disolución del matrimonio	385
13.1 Paralelo entre la legislación civil y los preceptos religiosos.....	385
13.2 De la separación de cuerpos.....	388
13.2.1 Concepto	388
13.2.2 Competencia y causales	389
13.2.3 Clases.....	389
13.2.4 Efectos de la separación de cuerpos.....	390
13.3 Causas de disolución del matrimonio	391
13.3.1 Disolución del matrimonio por muerte real o presunta de uno de los cónyuges.....	391

13.3.1.1 Muerte natural.....	391
13.3.1.2 Muerte presunta.....	391

Lección 14

Del divorcio judicialmente decretado o autorizado por notario público.....	395
14.1 De la disolución del matrimonio por divorcio	395
14.1.1 Antecedentes.....	395
14.1.2 Marco normativo.....	399
14.1.3 El divorcio sin causa.....	402
14.1.4 Sistema causalista.....	403
14.1.5 Naturaleza meramente sancionatoria del régimen legal del divorcio en Colombia	404
14.1.5.1 Los alimentos como sanción al cónyuge culpable del divorcio o de la separación de cuerpos	404
14.1.5.2 Indemnización por daños causados por la ruptura del matrimonio por actos violentos.....	407
14.1.6 Necesidad de modernizar la legislación sobre divorcio y sobre separación de cuerpos	410
14.2 Clasificación de las causales de divorcio.....	415
14.2.1 Divorcio sanción	416
14.2.2 Divorcio remedio.....	417
14.3 Causales de divorcio sanción.....	417
14.3.1 Causal primera	417
14.3.1.1 La causal no puede contrariar el derecho a la intimidad.....	417
14.3.1.2 Carácter injurioso	420
14.3.1.3 No se requiere que sean actos acabados	420
14.3.2 Causal segunda	421
14.3.2.1 Deberes conyugales.....	424
14.3.2.2 Deberes de padres.....	427
14.3.2.2.1 Cuidado personal de los hijos	428
14.3.2.2.2 Derecho a visitas o a la comunicación	428
14.3.2.2.3 Atención de las obligaciones alimentarias.....	429
14.3.2.2.4 Exclusión de toda forma de violencia física o moral, en la corrección y sanción de los hijos.....	429
14.3.2.2.5 Intervención adecuada y oportuna en la dirección de la educación y de su formación moral e intelectual	429
14.3.3 Causal tercera.....	432
14.3.4 Causal cuarta	448
14.3.5 Causal quinta	449
14.3.6 Causal sexta.....	450
14.4 Causales de divorcio remedio	451
14.4.1 Causal séptima.....	451
14.4.2 Causal octava.....	459
14.4.3 Causal novena	462
14.5 Término para demandar el divorcio y caducidad de la acción.....	464
14.5.1 Caducidad de la acción de divorcio.....	465

14.5.2 Caducidad de la acción de divorcio por hechos continuos o de tracto sucesivo.....	469
14.6 Decreto de medidas cautelares	471
14.7 La muerte y la reconciliación, como motivo de terminación del proceso.....	475
Bibliografía	477

Introducción

La presente publicación es el producto de la recopilación ordenada de las apuntes, extractos y estudios de la cátedra de Derecho de Familia que el autor dicta en la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, de Bogotá, desde hace varios lustros. Esta tercera edición ha sido debidamente actualizada y complementada por el autor.

La obra pretende explicar, entre otros temas relacionados con la materia, las fuentes de la familia (el matrimonio entre un hombre y una mujer, ahora, también entre homosexuales; la unión marital de hecho entre personas de diferente o igual sexo; las familias de crianza, etc.), pero esencialmente desarrolla el concepto de la familia originada en la celebración del matrimonio.

Se explican algunas figuras jurídicas anteriores al matrimonio, como los esponsales y las capitulaciones matrimoniales; se hace una sucinta comparación del matrimonio civil, con otras clases de matrimonio, como el religioso católico y el cristiano no católico; y se analizan los efectos del matrimonio dentro de un marco de igualdad de derechos entre los cónyuges.

Seguidamente, la obra desarrolla el concepto de filiación y sus diferentes clases, las acciones para reclamar la paternidad y la maternidad y las formas de destruir la presunción de la paternidad legítima; posteriormente habla de los hijos adoptivos, exponiendo algunos antecedentes legislativos de la adopción, describiéndola como una medida de protección por excelencia y aclarando los efectos que ella produce.

El libro también se refiere a las obligaciones y derechos entre padres e hijos, haciendo énfasis en el principio del *interés superior del niño* y en la igualdad de derechos y

obligaciones de los hijos legítimos, extramaritales y adoptivos; analiza la naturaleza y el alcance de los derechos de patria potestad, sus características, las causales para su suspensión y privación y las limitaciones legales en el ejercicio de tan importante figura.

Complementariamente se exponen detalladamente algunos aspectos relacionados con el ejercicio de los derechos de custodia y cuidado personales, de comunicación y visitas a los hijos menores y los alimentos que se deben por Ley a ciertas personas.

En los capítulos finales se trata de la nulidad del matrimonio y de la disolución del mismo, tanto por la muerte real o presunta de alguno de los cónyuges, como por el divorcio (o la cesación de los efectos civiles de matrimonios religiosos) judicialmente decretado o autorizado por notario público.

El libro fue elaborado con base en el estudio de obras de importantes autores que se refieren a las materias que trata, pero también tiene fundamento, de manera principal, en un cuidadoso análisis de la jurisprudencia tanto de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte Constitucional, incluyendo numerosos pronunciamientos de esta última, tanto sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de algunas normas civiles, como en algunos casos relevantes de sentencias de tutela.

En esta edición se reproducen algunos extractos de sentencias de la Corte Constitucional que tienen que ver con hechos constitutivos de causales de divorcio de los matrimonios civiles, de cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, o de la separación indefinida de cuerpos, o de la simple separación de bienes, tales como los que configuran el maltrato psicológico y el maltrato económico o patrimonial. Son hechos que se debaten con mucha frecuencia en los estrados judiciales, que muchos mencionan, pero cuyas características y fundamentos legales pocos explican.

Respecto a los ultrajes y maltratamientos, se comenta una muy importante sentencia de tutela, en julio de 2017, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, relativa al alcance indemnizatorio que tienen estos comportamientos en favor del cónyuge que ha sido víctima de los mismos. A pesar de que dicha sentencia fue revocada por la Sala Laboral de dicha Corporación, se ponen de presente interesantes inquietudes jurídicas sobre este asunto.

Por último, el autor hace algunas reflexiones sobre el sistema de divorcio no causalista, y la conveniencia de modernizar las normas que regulan el divorcio de los matrimonios civiles, la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, así como también las separaciones de cuerpos y de bienes.

Lección 1

Concepto, reglamentación y fuentes de la familia

1.1 Concepto

No hay una definición uniforme de familia. Son numerosos los conceptos que se han expresado sobre ella. Unos son amplios o generales, otros son más específicos.

En sentido genérico, se llama familia a “un conjunto de individuos que tienen alguna condición común”¹. También se dice, de manera amplia, que es “La reunión de muchas personas que viven en una casa bajo la dependencia de un jefe”².

Pero cuando la condición común es el vínculo de parentesco, también se define como el “Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje”³, o “el conjunto de las personas que descendiendo de un tronco común se hallan unidas por los lazos del parentesco”⁴. En estos casos, se predica un vínculo jurídico de carácter familiar, tales como los ascendientes, los descendientes, los colaterales, extendidos tanto a uno como al otro cónyuge. En los primeros, el vínculo está originado en la consanguinidad; en el último, en el de los parientes del cónyuge, se habla de parentesco por afinidad.

Estos capítulos harán abstracción de la familia como realidad natural, o como hecho natural, y se ocuparán de los efectos jurídicos de la familia originada en la celebración

¹ *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima primera ed., Real Academia Española, 1992.

² Esriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Librería de la Vda. De Ch. Bouret, París – México, 1925.

³ *Diccionario de la Lengua Española*, ob. cit.

⁴ Esriche, Joaquín, ob. cit.

de un matrimonio, entre un hombre y una mujer (ahora también entre parejas del mismo sexo), y en las relaciones de parentesco, no sólo de aquel que se desprende de la consanguinidad y de la adopción, sino también del que se deriva de la afinidad, es decir, la relación que mediante el matrimonio se crea entre cada cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. También se extenderá su análisis a hacer algunas reflexiones comparativas con la familia creada a través de las uniones de hecho, dado que, en la actualidad, tanto la familia formada por causa de un matrimonio válido, como la familia natural, o sea, la que corresponde a una relación marital de hecho, gozan de igual protección del Estado, de acuerdo a los preceptos incorporados en el artículo 42 de la Constitución Política, promulgada en el año 1991.

1.2 Reglamentación básica de la familia en Colombia

Si se hace un breve repaso de la evolución constitucional y legislativa colombianas sobre la familia, el primer llamado de atención que debe hacerse con relación a su régimen jurídico es que esa institución no tuvo ninguna reglamentación en las constituciones políticas que habían sido expedidas en nuestro país. Ninguno de los constituyentes de anteriores épocas consideró necesario que en la Carta principal se hiciera alusión expresa a la familia, a su formación y naturaleza, ni a la manera como debían desarrollarse las relaciones entre sus integrantes.

En efecto, ni en la Constitución promulgada el 6 de octubre de 1821 en Villa del Rosario de Cúcuta, por medio de la cual se declaró que la nación colombiana “es para siempre e irrevocablemente libre e independiente de la monarquía española y de cualquier otra potencia o dominación extranjera; y no es, ni será nunca patrimonio de ninguna familia ni persona”⁵; ni la sancionada en el Palacio de Gobierno de Bogotá el 5 de mayo de 1830⁶; ni ninguna de las cinco constituciones que se promulgaron posteriormente, incluida la Constitución de los Estados Unidos de Colombia, en Rio-negro, Antioquia, el 8 de mayo de 1863⁷, mencionan la palabra familia. Ni siquiera la Constitución de 1886, cuya vigencia se prolongó por más de un siglo y cuyo Título

⁵ Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. *Régimen General de Bogotá D.C. Compilación de Normatividad, Doctrina y Jurisprudencia*. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sis-jur/normas/Norma1.jsp?i=13690>

⁶ Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. *Régimen General de Bogotá D.C. Compilación de Normatividad, Doctrina y Jurisprudencia*. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sis-jur/normas/Norma1.jsp?i=13692>, ob. cit.

⁷ Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. *Régimen General de Bogotá D.C. Compilación de Normatividad, Doctrina y Jurisprudencia*. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sis-jur/normas/Norma1.jsp?i=13698>, ob. cit.

III trataba “*De los Derechos Civiles y Garantías Sociales*”, hacía referencia alguna a la familia en su texto original. Escasamente, a raíz de las reformas introducidas en ella, particularmente la modificación del artículo 50 de esa Carta en el año de 1936, se autorizó que las leyes pudieran establecer el patrimonio familiar inembargable e inalienable, dándole rango constitucional a tan importante derecho. Por eso, en el artículo 23 de su texto, ya reformado, se señalaba que “Nadie podrá ser molestado en su persona *o familia*”; pero, dentro de su articulado general —se insiste— no había mención alguna a la familia, como institución básica de la sociedad.

Como comentario al margen, vale la pena resaltar también que ni el Código Civil chileno, que sirvió de base para expedir en Colombia dicho estatuto por algunos de los entonces existentes Estados soberanos, ni el que se acogió para la Unión colombiana, incorporaron una sección independiente que regulara integralmente los aspectos jurídicos de la familia, entre otros motivos porque ellos fueron reproducidos, con modificaciones y adiciones, del Código Civil de Napoleón, expedido en Francia en 1804, cuyos redactores incurrieron en idéntica omisión.

Ya los hermanos Mazeaud lo habían echado de menos en sus célebres Lecciones de Derecho Civil, cuando dijeron: “Ábrase el Código civil; no se encontrará en él ni libro, ni título, ni capítulo, ni sección que se titule “*De la Familia*”. Más aun, la palabra “*familia*” está ausente del mismo”⁸.

En el caso colombiano, de manera un tanto inapropiada, en el Título X, del Libro Segundo, denominado “*De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce*”, al reglamentar los derechos de uso y habitación, el artículo 874 del Código Civil dice lo siguiente:

“ART. 874. El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario y del habitador:

En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia.

La familia comprende la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

Comprende, asimismo, el número de sirvientes necesarios para la familia.

⁸ Mazeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Volumen III, La Familia*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina, 1959, p. 4.

*Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivan con el habitador o usuario, y a costa de estos, y las personas a quienes estos deben alimentos*⁹.

Pero esa es, simplemente, una referencia aislada y desarticulada de la familia, hecha por nuestro estatuto sustantivo civil.

Durante tan largo período, ni siquiera existió una jurisdicción de familia, y, mucho menos, algún cuerpo normativo que definiera los derechos, reglamentara y protegiera a la niñez.

Fue sólo hasta el año de 1989 cuando, por medio del Decreto 2272, se vino a crear la jurisdicción de familia, y a través del Decreto 2737 de ese mismo año se expidió el Código del Menor, el cual estuvo vigente hasta el año 2006, cuando fue sustituido por el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098, del 8 de noviembre de 2006), cuya vigencia, en los aspectos civiles, comenzó el 9 de mayo de 2007.

Dentro de este contexto, pues, la real importancia conceptual dada a la familia en Colombia sólo vino a ser resaltada en la Constitución expedida en 1991, en cuyo artículo 42 no solo la definió como “*el núcleo fundamental de la sociedad*”, sino que también estableció sus fuentes, su protección integral, el manejo de las relaciones familiares, la igualdad de derechos entre la pareja y de los hijos, la institución del matrimonio, las relaciones maritales de hecho, etc.

1.3 Fuentes de la familia

Hasta hace poco tiempo, y más específicamente hasta el año 2011, la explicación de las fuentes de la familia resultaba un tema pacífico, porque se creía que estaba debidamente decantado y aceptado por los distintos organismos que integran la Rama Jurisdiccional. Doctrina y jurisprudencia coincidían en que esas fuentes estaban expresamente clasificadas en el inciso segundo del artículo 42 de nuestra Carta Fundamental, según su tenor literal.

⁹ Se aclara que las expresiones “amos”, “criados” y “sirvientes”, contenidas en el artículo 2349 del Código Civil, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1235, de 29 de noviembre de 2005, M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Según lo dispuesto por la Corte, “En adelante se entenderá que en reemplazo de la expresión “amos” deberá utilizarse el vocablo “empleador” y en reemplazo de las expresiones “criados” y “sirvientes”, el término “trabajadores”. Este criterio debe tenerse en cuenta, en la lectura del artículo 874 del Código Civil.

Ciertamente, el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia define la familia, señala sus fuentes, dispone la protección integral por parte del Estado y fija los principios en que se basan las relaciones familiares.

Dice así el citado artículo de la Constitución Nacional:

“ART. 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La Ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

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

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

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

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

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

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

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la Ley.

La Ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

En conexión directa con este canon constitucional, los artículos 2º, 5º, 13, 43, 44, 45 y 95 de la Carta Política se refieren a la familia, en cuanto que señalan, respectivamente, los fines esenciales del Estado, el amparo de la familia, la igualdad de derechos y oportunidades del hombre y la mujer, los derechos fundamentales de los

niños, los derechos del adolescente, las obligaciones del Estado, la sociedad y la familia para con las personas de la tercera edad, así como de los deberes.

En ese mismo sentido, de tiempo atrás, Colombia había adherido al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, suscrito por Colombia el 21 de diciembre de 1966, aprobado por la Ley 74 de 1968, depositado el 29 de octubre de 1969 y con vigencia para nuestro país desde el 3 de enero de 1976, el cual promueve que se le conceda a la familia, que es el elemento fundamental de la sociedad, “la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”, como se advierte por la Corte Constitucional, en su Sentencia T-502, de agosto 21 de 1992.

El artículo 23 de dicho Pacto dice así:

“ART. 23. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

Como podrá deducirse de la lectura de los dos textos transcritos, la familia está reconocida como elemento natural y fundamental de la sociedad y, según el contenido del ya mencionado artículo 42 de la Constitución Política, se constituye de dos maneras:

- a) Mediante vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio; o,
- b) Por la voluntad responsable de conformarla.

En la Asamblea Nacional Constituyente que expidió la Constitución de 1991 se le dio especial énfasis a la necesidad de mantener la armonía y la unidad de la familia, considerada como “*fundamento de la convivencia social y de la paz*”.

Así las cosas, nuestro ordenamiento jurídico hace que la familia descansa en dos pilares fundamentales para su formación o constitución, a saber:

- a) Una base formal o jurídica, en cuanto que, para su constitución, exige la celebración válida del matrimonio; y,
- b) Una base puramente natural, que le resta importancia a la misma forma de creación de la familia, dándole cabida a las uniones maritales de hecho.

Los hermanos Mazeaud, en sus mencionadas “Lecciones de Derecho Civil”, anotan lo que ellos llaman “Las tres concepciones de la familia” y las explican así:

“El legislador, cuando establece los fundamentos de la familia, tiene la elección entre tres concepciones:

1ª Hacer que la familia descansa sobre un fundamento puramente natural. Toda unión entre un hombre y una mujer constituye una familia, y todo hijo nacido de esa unión es miembro de esa familia. La unión libre sería entonces la fuente de una familia, la familia natural.

2ª Exigir un fundamento a la vez natural y moral. La unión es necesaria, pero no suficiente; la voluntad de crear un grupo estable y duradero, de someterse a un estatuto jurídico que consagre la permanencia y la exclusividad de tal grupo, de consagrarse a la vida, a la felicidad de ese grupo, a la educación de los hijos, resulta indispensable. Tal unión se realiza por el matrimonio: un grupo así formado es la familia legítima.

3ª Hacer que la familia descansa sobre un fundamento artificial, fuera de toda base natural. Los padres eligen a sus hijos; es la familia adoptiva”¹⁰.

Por su parte, con similar criterio, el profesor francés Louis Josserand explica que “la familia engloba a todas las personas unidas por un lazo de parentesco o de afinidad;... descansa a la vez en la comunidad de sangre, en el matrimonio y en la adopción”¹¹.

Ya dijimos que en el Código Civil colombiano pocas son las referencias que se hacen a la familia, como institución jurídica. Se regulan, sí, los aspectos relacionados con el matrimonio (capacidad, requisitos para su celebración, funcionario competente, etc.), su nulidad y disolución, las obligaciones y derechos entre cónyuges y las relaciones con los hijos, a más de otras reglas sobre obligaciones alimentarias.

¹⁰ Mazeaud, Henri, Léon y Jean, ob. cit., p. 48.

¹¹ Josserand, Louis, *Derecho Civil, Tomo I, Volumen II, La Familia*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1952, p. 3.

Pero la familia, como tal, no está definida ni reglamentada en nuestro estatuto civil. Algo similar ocurría con la Constitución Política de 1886, la cual, como ya se mencionó, tampoco hacía referencia directa a la familia.

Y si estos dos estatutos no mencionaban a la familia legítimamente constituida, con menor razón habrían de reglamentar los aspectos atinentes a la familia natural o extramarital. La familia que tenía origen en el matrimonio era la única que se protegía por parte del Estado.

Por esos motivos, las relaciones entre concubinos no producían efectos civiles y las obligaciones y derechos respecto de los hijos en esas épocas discriminatoriamente llamados naturales, y los adoptivos, eran restringidos frente a los que se les reconocían a los hijos matrimoniales.

A este respecto decía el desaparecido profesor Arturo Valencia Zea: “La Constitución de 1991 superó la concepción que considera a la familia y al matrimonio como unidad inescindible y a la familia originada en el matrimonio como la única digna de protección por el Estado y la sociedad; ahora tienen protección constitucional tanto la familia que nace del matrimonio como las demás realidades familiares, sin consideración a creencias religiosas, formalidades especiales, o concepciones ideales, etc.”¹².

Esta apreciación doctrinaria es correcta, porque en la Constitución Política de dicho año se consagró precisamente la plena libertad para constituir una familia, bien cuando *un hombre y una mujer* expresan su consentimiento para la celebración de un matrimonio, ora también mediante la decisión que uno y otra manifiesten de una voluntad responsable para conformarla, lo que posibilita, entre otras, las uniones de hecho, que tanta incidencia social tienen hoy en día en la conformación de las familias en Colombia.

Llama la atención que, circunstancialmente, en 1990, un año antes de promulgada la nueva Constitución, se hubiera expedido la Ley 54 de ese año, que definiera la llamada Unión Marital de Hecho y reglamentara los efectos económicos de la misma a través de las llamadas sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes¹³.

¹² Valencia Zea, Arturo, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo V, 7ª ed., Temis, Bogotá, 1995, p. 65.

¹³ Ver *Lecciones Básicas de Derecho de Familia, Unión Marital de Hecho, Sociedad Patrimonial entre Compañeros Permanentes*, de Torrado, Helí Abel, Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia, 2011.

Pero, para avanzar en el estudio de este tema, es conveniente recordar que doctrinaria y jurisprudencialmente, el criterio que venía siendo generalmente aceptado consistía en que, independientemente de los efectos patrimoniales que produzcan las relaciones entre parejas del mismo sexo, solo el matrimonio o la unión marital de hecho *entre un hombre y una mujer* se consideraban fuente de la familia, según la lectura del artículo 42 de la Constitución Política.

1.4 De las relaciones maritales entre personas del mismo sexo

No obstante esa clara postura de la doctrina y la jurisprudencia, consideramos de importancia hacer referencia a algunas manifestaciones de la Corte Constitucional de Colombia, inicialmente, cuando tuvo que pronunciarse sobre la exequibilidad de las expresiones “un hombre y una mujer” y “de procrear”, del artículo 113 del Código Civil; así como “de un hombre y una mujer”, que hacen parte de los textos de los artículos 2° de la Ley 294 de 1996 y 2° de la Ley 1361 de 2009.

Sobre esta materia, los medios judiciales y académicos, en particular, así como la opinión pública, en general, desde la fecha de la sentencia C-577 de 2011, habían permanecido expectantes sobre el criterio que expresaba la Corte Constitucional, de manera concreta, sobre si el matrimonio entre personas del mismo sexo, a la luz de la Constitución Política, tiene eficacia jurídica, como fuente de la familia.

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-577, de 26 de julio de 2011, tomó las siguientes determinaciones:

“Primero.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión “un hombre y una mujer”, contenida en el artículo 113 del Código Civil.

Segundo.- Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo respecto de la expresión “de procrear”, contenida en el artículo 113 del Código Civil, por ineptitud sustantiva de las demandas.

Tercero.- Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo respecto de la expresión “de un hombre y una mujer”, contenida en los artículos 2° de la Ley 294 de 1996 y 2° de la Ley 1361 de 2009, por cuanto estas normas legales reproducen preceptos constitucionales.

Cuarto.- EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.

Quinto.- Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”.

Como fundamentos de la decisión, la Corte Constitucional dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

“En el presente caso, el análisis realizado por la Corte Constitucional, giró en torno de la interpretación del alcance del inciso primero del artículo 42 de la Carta Política, con el fin de determinar si el matrimonio, en la forma como se define por el artículo 113 del Código Civil, desconoce derechos constitucionales de las parejas que se integran por personas del mismo sexo, según lo aducido en las dos demandas de inconstitucionalidad sobre las que se resuelve en este proceso.

La Corte comienza por hacer énfasis en el carácter literal de las interpretaciones y reivindica el texto aprobado por el Constituyente que distingue entre la familia como institución anterior al Estado, de raigambre sociológica, reconocida jurídicamente, y el matrimonio que genera un vínculo fundado en la expresión del consentimiento de los contrayentes que libremente se obligan para constituir una familia. Al mismo tiempo, parte de un concepto amplio de familia, fundado en la consagración de un modelo de Estado social de derecho participativo y pluralista, como el contemplado en el artículo 1° de la Carta, que incluye dentro de sus fines, enunciados en el artículo 2°, la protección de las libertades, creencias y derechos de todas las personas, derechos que según el artículo 5°, son inalienables y tienen primacía, además que proclama en los términos del artículo 7° de la Carta, el reconocimiento y protección de la diversidad cultural de la nación, claramente contraria a la imposición de un solo tipo de familia y a la consiguiente exclusión de las que no reúnen las condiciones de la que, supuestamente, es la única reconocida y protegida.

Desde esa perspectiva, la Corte señaló que del texto del inciso primero del artículo 42 de la Carta Política no se puede deducir que el constituyente haya contemplado un solo modelo de familia originado exclusivamente en el vínculo matrimonial, pues la convivencia puede crear también la unión marital de hecho, en cuyo caso los compañeros permanentes ya constituyen familia o crear formas de familia monoparentales, encabezadas solamente por el padre o por la madre o aún las ensambladas que se conforman cuando uno de los cónyuges o compañeros ha tenido una relación previa de la cual han nacido hijos que ahora entran a formar parte de la nueva unión, de manera que en su ciclo vital una misma persona puede experimentar el paso por diversas clases de familia. En este sentido y de conformidad con la norma constitucional, la institución familiar puede tener diversas manifestaciones que se constituyen a su vez, a través de distintos vínculos naturales o jurídicos, según lo previsto en el precepto superior. De ahí, que la heterosexualidad no sea una característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo sea la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza.

Ahora bien, aunque es evidente que la jurisprudencia constitucional ha venido reconociendo gradualmente una serie de derechos a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, la Corte encontró que los efectos de orden personal que tienen que ver con ciertos derechos y obligaciones surgidos entre los integrantes de la pareja no han sido objeto principal de estas decisiones. Al analizar la relación entre las parejas homosexuales y la familia, se puso de presente que la posición tradicional de la jurisprudencia solo había reconocido como familia a la heterosexual, constituida a partir del matrimonio o de la unión marital de hecho y que aun cuando ha habido protección a los homosexuales y especialmente a la pareja, sobre todo a partir de la Sentencia C-075 de 2007, esa protección no había alcanzado a variar el concepto tradicional de familia constitucionalmente protegida, que había sido atado a la heterosexualidad de la pareja, como se advierte incluso en las sentencias que han brindado protección a la pareja homosexual. Lo anterior se opone a la pluralidad de familias distintas de la heterosexual que, incluso, han hallado protección en sede de tutela, así como a la evolución del concepto de familia y a su carácter maleable, lo que llevó a considerar la variación de la interpretación tradicional del artículo 42 superior, para que responda de mejor modo a la realidad actual.

Para la Corte, no existen razones jurídicamente atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre personas heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo. A su juicio, la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, pues hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquier otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituye familia.

En ese contexto, la Corte precisó que es claro que al mismo tiempo que la Constitución no concibió una sola forma de familia, estableció de manera expresa el matrimonio, como una de las varias modalidades de conformarla, referido a la decisión libre de un hombre y una mujer. Es decir, que el matrimonio como una de las formas de constituir una familia, aparece ligado a la pareja heterosexual, sin que ello implique una exclusión absoluta de la posibilidad de que el legislador regule la manera cómo formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre las parejas del mismo sexo que libremente quieran hacerlo, reservándose la libertad de asignarle el nombre que quiera darle a dicho vínculo. Esto significa que la forma matrimonial prevista en el artículo 113 del Código Civil para las uniones heterosexuales, es por excelencia una posibilidad legítima y válida, acorde con lo previsto en el inciso primero del artículo 42 de la Constitución. Lo anterior, bajo el entendido de que la interpretación del artículo 42 constitucional permite que ambas posibilidades concurren. No obstante, al

no existir actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano una forma específica para formalizar las uniones con vocación de permanencia entre personas del mismo sexo, la Corte constata la existencia de un déficit de protección de sus derechos que en primera instancia y en armonía con el principio democrático, debe ser atendido por el legislador, dentro del ámbito de su competencia para desarrollar la Constitución Política y adoptar medidas que garanticen el goce efectivo de los derechos de las parejas del mismo sexo.

Aunque los demandantes insisten en la equiparación absoluta, la Corte consideró que en esta materia el legislador debe tener en cuenta toda una serie de cuestiones y de relaciones jurídicas que surgen de las distintas modalidades de vínculos familiares, para diseñar la forma institucional a la que podrán acudir las parejas integradas por personas del mismo sexo para solemnizar y formalizar su unión.

Por lo expuesto, la Corte procedió a declarar exequible la expresión “un hombre y una mujer” contenida en el artículo 113 del Código Civil y a exhortar al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas. Lo anterior, partiendo del equilibrio que debe existir entre el principio democrático que supone que el Congreso es el máximo representante de la voluntad popular; y, la vigencia permanente de los derechos constitucionales fundamentales. Es así como, en la eventualidad en que el Congreso de la República no legisle en el término indicado, las personas del mismo sexo podrán acudir posteriormente ante notario o juez competente para formalizar y solemnizar su unión mediante vínculo contractual, subsanando así el déficit de protección señalado.

En cuanto a las acusaciones en contra de la expresión “de procrear”, contenida en la misma disposición legal, la Corte se inhibió de proferir un pronunciamiento de fondo, dado que la interpretación ofrecida por los actores no es atribuible al precepto acusado, luego no se cumple el requisito de certeza. Así mismo, se inhibió de emitir un fallo de fondo respecto de las expresiones “de un hombre y una mujer”, contenidas en los artículos 2° de la Ley 294 de 1996 y 2° de la Ley 1361 de 2009, las cuales no hacen sino reproducir el inciso primero del artículo 42 de la Constitución y por tanto, su análisis de constitucionalidad implicaría juzgar la Constitución misma”¹⁴.

Examinado el sentido dado por la Corte Constitucional al pronunciarse sobre esta demanda de inexecutable, pareciera que dicha Corporación, en aquella ocasión, no puso en tela de juicio la interpretación que se le había venido dando al artículo 42 de la Constitución Nacional, en el sentido de que, existiendo, como efectivamente existen en ese canon constitucional, varias modalidades para conformar una familia, una de ellas, la del matrimonio, se encuentra referida “a la decisión libre de un hom-

¹⁴ Corte Constitucional, Comunicado No. 30, julio 26 de 2011.

bre y una mujer”. Y, como señala la misma Corte, *“el matrimonio como una de las formas de constituir una familia, aparece ligado a la pareja heterosexual”*.

Durante un largo período, la anterior concepción nos permitió anticiparnos a concluir que, según la óptica de la Corte Constitucional, en Colombia, el matrimonio, como institución jurídica, solo podía estar conformado por relaciones entre personas de diferente sexo, sin perjuicio, desde luego, de que a través de otros desarrollos legales, se les diera protección a uniones entre parejas homosexuales; pero, estaba claro –al menos hasta aquel momento–, no a través del reconocimiento del contrato matrimonial entre personas de igual sexo.

Ahora bien: la Corte Constitucional, en la citada sentencia C-577 de 2011, exhortó al Congreso de la República para que, antes del 20 de junio de 2013, “legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”.

Esta determinación del máximo órgano de protección de los derechos fundamentales y de control constitucional, en su momento creó cierta incertidumbre y no poca confusión, porque algunos sectores interpretaron esa postura como si se tratara de instruir a la Rama Legislativa del Poder Público para reglamentar el “matrimonio entre parejas homosexuales”. No. Lo que nosotros entendemos de las consideraciones jurídicas expresadas por la Corte al proferir esta sentencia inhibitoria, es que, tal como estaba concebido en el artículo 42 de la Carta Política, el matrimonio solo cabía, como institución jurídica, ante la “decisión libre de un hombre y una mujer”, de contraerlo, es decir, que solo podía ser celebrado entre personas de distinto sexo. Pero que, respecto a las relaciones maritales entre personas homosexuales, y dado que aquella Corporación constató un conjunto de deficiencias en la obligación de protección de las mismas, dispuso que el Congreso de la República legislara sobre sus derechos, buscando “una forma específica para formalizar las uniones con vocación de permanencia entre personas del mismo sexo”. Como se ve, hasta ese momento, no se había dado la posibilidad de que la Corte Constitucional considerara al matrimonio entre parejas del mismo sexo como fuente de la familia, aunque en la citada providencia sí dijo ser claro que la Constitución no concibió una sola forma de familia y que el matrimonio entre un hombre y una mujer, como tal, era una de las varias modalidades de conformarla. De ahí que declarara la exequibilidad de las expresiones “un hombre y una mujer”, consagradas en el artículo 113 del Código Civil.

El requerimiento perentoriamente hecho en aquella sentencia por la Corte Constitucional al Congreso de la República, fue el de adoptar las medidas “que garanticen

el goce efectivo de los derechos de las parejas del mismo sexo”, instruyéndolo para diseñar, en la medida de lo posible, “la forma institucional a la que podrán acudir las parejas integradas por personas del mismo sexo para solemnizar y formalizar su unión”.

Forma institucional que, pensábamos nosotros, no debía ser la de autorizar el matrimonio para esa clase de parejas, sino la de identificar y autorizar una nueva figura típica que, a través de los vínculos jurídicos, garantizara la reclamada efectividad de los derechos civiles para sus integrantes.

Por último, debemos recordar la extrañeza que causó la decisión adoptada por la Corte, al conminar al Congreso de la República para legislar sobre esta materia, en el sentido de que, si no lo hacía antes del 20 de junio de 2013, correspondería a los notarios o al Juez competente formalizar y solemnizar los vínculos contractuales de las parejas del mismo sexo. Con razón, una magistrada de la Corte fundamentó su salvamento de voto en que “en su concepto, la Corte ha debido indicar... cuáles eran específicamente las reglas a aplicar en el evento de que las cámaras no legislen sobre el tema antes de la fecha señalada, dejándose en manos del notario o el juez competente que previa interpretación llene los vacíos que se generen al momento de solemnizar la unión entre personas del mismo sexo”.

Lo que vino a suceder posteriormente en el Congreso de la República, terminó por confirmar la razonable inquietud planteada en el salvamento de voto, y reiterada por muchos comentaristas autorizados, sencillamente porque, presentado un proyecto de Ley y luego de amplios debates, el legislador optó por negarlo y, en consecuencia, ordenar el archivo del mismo.

Pero dijimos atrás que, no obstante la sentencia C-577, del 26 de julio de 2011, la interpretación constitucional sobre las fuentes de la familia (la formada por el matrimonio o por la unión marital de hecho de parejas heterosexuales) aparentemente estaba consolidada en los diferentes estamentos de la sociedad colombiana. Hasta cuando, con base en las consideraciones jurídicas expresadas en aquella providencia, pocos meses más tarde, mediante la sentencia T-716, proferida por una Sala de Revisión de la Corte Constitucional el 22 de septiembre de ese mismo año, dicho organismo, dándole alcance a los criterios incorporados en la C-577, al pronunciarse sobre una acción de tutela encaminada al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a la pareja del mismo sexo del causante pensionado, hizo lo que llamó una “reconceptualización del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de las parejas del mismo sexo, en tanto modalidad de familia constitucionalmente protegida”¹⁵.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-716, de septiembre 22 de 2011, Exp. T-3.086.845 y T-3.093.950, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Desde luego que en la sentencia C-577 de 2011, no obstante declarar la exequibidad de las expresiones “un hombre y una mujer”, contenidas en las normas civiles demandadas, ya la Corte había advertido que la unión matrimonial no agotaba el espectro de las relaciones familiares, en razón a que la Constitución Política la reconoce como “una de las formas de conformar una familia”, y que “la familia surgida del matrimonio es una de las posibles formas familiares a las que pueden recurrir los colombianos”.

De tal manera que fue la misma Corte Constitucional la que, en la sentencia últimamente citada, afirmó que hay otras formas de constituir la familia, que tienen origen en diferentes clases de vínculos, “entre los cuales el artículo 42 superior destaca los denominados “naturales”. Y, a renglón seguido explica que, a diferencia de los jurídicos, los vínculos naturales se refieren a la decisión libre de conformar una familia, que puede ser de carácter extramatrimonial y que, por lo tanto, no tiene fundamento en el consentimiento expresado, sino “en el solo hecho de la convivencia”, en que “los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja”.

De ahí que, pese a la sorpresa producida por ese pronunciamiento, desde aquel entonces la Corte Constitucional se anticipó a afirmar que “Este rasgo dado por la ausencia de manifestación del consentimiento es la diferencia fundamental entre la unión de hecho y el matrimonio en el que... la expresión consentimiento es elemento esencial”.

Precisamente, la Sala de Revisión, armonizando sus puntos de vista con los anteriores pronunciamientos de la Corte, y refiriéndose específicamente a la sentencia C-577 de 2011, advirtió que “Uno de los aspectos desarrollados por la sentencia en comentario fue la relación entre la definición constitucional de familia y las parejas del mismo sexo. El fallo recapituló las distintas decisiones de la Corte en las que se reconoció la existencia de tratos discriminatorios contra dichas parejas, fundados en la negativa a extenderle derechos y demás prerrogativas jurídicas que el ordenamiento adscribe a las parejas de diferente sexo”.

La Corte advirtió, de manera similar a como se describió anteriormente, que tales derechos y prerrogativas tenían fundamento en el hecho que las parejas de diferente sexo son formas constitutivas de familia, por lo que era necesario definir si esa misma condición era predicable de las parejas del mismo sexo, asunto que si bien había sido sugerido por la jurisprudencia analizada, en todo caso no era planteado con carácter conclusivo.

Y agregó:

“La sentencia C-577/11 parte de reconocer que la familia, además de un grupo social constitucionalmente reconocido y protegido, es a su vez un derecho, que por ejemplo el artículo 44 C.P. reconoce con condición iusfundamental a favor de los niños y niñas. Ese carácter significa que la exclusión del reconocimiento de un grupo humano ligado con lazos de solidaridad y ayuda mutua como familia, solo podía estar mediado por razones imperiosas, de modo que concurren fuertes limitaciones hacia el legislador para otorgar tratamientos diferenciados. En términos del fallo, la ley no es omnimoda en lo que respecta al otorgamiento de la posición jurídica de “familia”, puesto que concurren límites de razonabilidad y protección de derechos fundamentales, que obligan a que solo en casos supletorios el Estado deba hacer uso de su poder de intervención en el ámbito de las relaciones familiares.

A partir de consideraciones de esta naturaleza y luego de la recapitulación de la jurisprudencia sobre la materia, la sentencia encontró que a pesar que la Corte había identificado que respecto de las parejas del mismo sexo existía un recurrente déficit de protección, que había sido solucionado mediante sentencias aditivas que extendían derechos y demás posiciones jurídicas a su favor, estos fallos habían prescindido de hacer referencia a las modalidades de familia constitucionalmente protegida y, en especial, si ese déficit de protección debía resolverse a través de la inclusión de la pareja del mismo sexo dentro del concepto de familia previsto en la Constitución”.

Seguidamente hizo estas otras explicaciones: “Asumida esta problemática por la sentencia C-577/11, se llegó a la conclusión que las parejas del mismo sexo son una forma constitutiva de familia y, en consecuencia, adquieren la protección y reconocimiento que la Constitución y la ley confiere a esa institución”, agregando lo siguiente: “En consecuencia, la lectura de la Constitución que asimila el concepto de familia a la derivada de la unión entre hombre y mujer es abiertamente equivocada. Ello debido a que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 42 C.P., el vínculo familiar se logra a partir de diversas situaciones de hecho, entre ellas la libre voluntad de conformar la familia, al margen del sexo o la orientación de sus integrantes. Por lo tanto, resulta claro que la heterosexualidad o la diferencia de sexo entre la pareja, e incluso la existencia de una, no es un aspecto definitorio de la familia, ni menos un requisito para su reconocimiento constitucional. A este respecto, la sentencia C-577/11 señala que el ámbito de protección superior de las relaciones familiares se circunscribe a las distintas opciones de conformación biológica o social de la misma, dentro de la cual se incorporan en modelos monoparentales o biparentales, o la derivada de simples relaciones de “crianza”. Por ende, en tanto la existencia de una pareja no es consustancial a la institución familiar, tampoco puede serlo la orientación sexual de sus integrantes”.

Y prosiguió sobre el mismo tema, con estas anotaciones: “Esta concepción amplia de familia debe, por ende, hacerse compatible con la prohibición constitucional de discriminar en razón de la orientación u opción sexual y con el reconocimiento jurídico que la Corte ha prodigado a las uniones de vida estable y singular entre personas del mismo sexo, el cual había servido de fundamento para extender derechos y posiciones jurídicas de las parejas de diferente sexo, proceso verificable en la jurisprudencia constitucional, al menos desde el giro acaecido en 2007. De esta manera, en los términos de la sentencia que aquí se reitera, determina que tales derechos fundamentales deben garantizarse de forma compatible con la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual, al igual que el libre desarrollo de la personalidad, prerrogativas constitucionales que tienen por objeto garantizar la asunción libre de una opción de vida que no contrarie los derechos de los demás ni el orden jurídico”.

La Corte Constitucional, en la sentencia que estamos comentando, remata con las siguientes palabras: “Según las premisas anteriores, la familia constitucionalmente protegida es aquella que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, al igual que por la simple voluntad de conformarla. En ese sentido, la nota característica de esta institución es la concurrencia de una relación de solidaridad y ayuda mutua, en la que aspectos como el parentesco o la conformación de parejas son rasgos que pueden concurrir o no. Como esas calidades efectivamente se verifican en la pareja del mismo sexo, no existe ninguna razón constitucionalmente relevante para dejar de reconocerlas como familia. Incluso, negar ese carácter es una discriminación injustificada, contraria a los derechos fundamentales de sus integrantes. Se impone, en consecuencia, una conclusión unívoca sobre la materia analizada: la pareja del mismo sexo, entendida como comunidad de vida estable y singular, es una modalidad de familia constitucionalmente protegida. Por lo tanto es titular de las prerrogativas, derechos y deberes que la Constitución y la Ley le reconocen a la familia, en tanto núcleo fundamental de la sociedad. Esta la regla de decisión que ofrece la sentencia C-577/11, la cual es expresa en indicar que no existen razones jurídicamente atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre personas heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo. Para la Corte, la protección a las parejas del mismo sexo no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, pues hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que se encuentra en las uniones de diferente sexo o en cualquier otra

unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituye familia”¹⁶.

A todo lo anterior deben agregarse los desarrollos jurisprudenciales que han venido dándose durante los últimos tiempos, en el sentido de proyectar el principio de igualdad al núcleo familiar, y de reconocer diferentes tipologías de familia, sin que sea “necesario establecer presupuestos formales y específicos que le definan de forma limitada”, como lo advierte la Corte Constitucional¹⁷, incluyendo en esos tipos a las personas menores entregadas en custodia legal por la autoridad competente, así como la familia que se constituye el margen de vínculos biológicos, como las familias de crianza, “que cuentan con hijos con los que no siempre se comparte un parentesco, o reconocimiento jurídico que cree el vínculo familiar, pero que por razones de facto han constituido una unidad de vida”.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional dio un giro radical respecto a la concepción de las fuentes de la familia, a través de su jurisprudencia. Ciertamente, de la familia heterosexual y monogámica¹⁸ pasó a aceptar un nuevo concepto en el que están comprendidas las familias conformadas por parejas del mismo sexo, familias de crianza, etc.¹⁹. Inclusive, unos años más tarde, en el 2016, mediante sentencia de unificación SU-214, del 28 de abril, M.P.: Alberto Rojas Ríos, terminó considerando que el contrato de matrimonio celebrado entre parejas del mismo sexo, también es una manera legítima y válida de materializar los valores constitucionales y, por lo tanto, es una forma de constituir una familia.

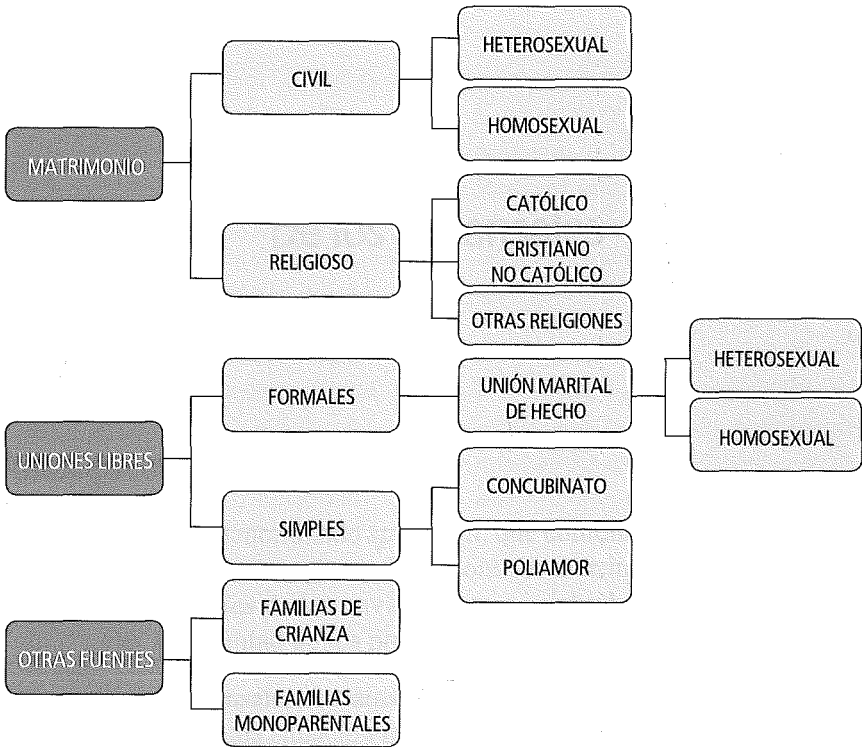
¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-716, de septiembre 22 de 2011, Exp. T-3.086.845 y T-3.093.950, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-177, de marzo 24 de 2017, M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-814, de agosto 2 de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁹ Ver sentencias de la Corte Constitucional, T-276 de 2012 y SH-GH de 2014.

FUENTES DE FAMILIA



1.5 Del objeto de esta obra

Volviendo sobre el tema inicialmente planteado, en esta obra de Derecho de Familia nos ocuparemos de desarrollar el matrimonio, como fuente jurídica de la familia, examinando los efectos civiles que se desprenden de dicha figura, tanto personales como patrimoniales, sin perjuicio de explicar los aspectos concernientes a la unión marital de hecho, en lo que sirva de base para hacer algunas comparaciones con la institución matrimonial y, ahora, a la naturaleza de las relaciones y vínculos entre homosexuales, para dar desarrollo a un conjunto de novedosos enunciados expuestos por la Corte Constitucional, referentes a esta clase de situaciones.

Para todos estos efectos, miraremos tangencialmente los atributos de los individuos que conforman la familia, y, más específicamente, los vínculos jurídico-familiares que unen a las personas, y que constituyen lo que la doctrina conoce como el “Estado de Familia”.

Lección 2

De los esponsales

2.1 Antecedentes

A través de un acuerdo denominado *sponsalia*, que comúnmente se celebraba en forma verbal, los romanos se comprometían a contraer matrimonio. En tiempos pretéritos, eran los *pater familias* de los novios quienes celebraban los esponsales, muchas veces sin atender la voluntad de los prometidos.

Los efectos de los esponsales, en aquellas antiguas épocas, eran variados. Algunos ponían a los esposos en una situación igual o similar a la que llegarían a adquirir en el evento de celebrar formalmente matrimonio. Eran aquellos casos en que surgía entre los prometidos, por ejemplo, un impedimento para celebrar matrimonio con terceros, dados los deberes de fidelidad de la *sponsa*, es decir, de la mujer comprometida.

Durante aquellos tiempos, se volvieron costumbres las arras esponsalicias, los obsequios o donaciones entre los prometidos, con ocasión del futuro casamiento.

Pero en el Derecho romano, los esponsales no generaban la obligación de celebrar el matrimonio, como sí sucedía en el Derecho germánico, el que no solo permitía coaccionar a la novia para que cumpliera la promesa, sino que daba acción al *sponsus* contra el padre que no se allanara a cumplirla.

Esa figura de los esponsales se introdujo en el Derecho canónico, quizás originada en el Derecho romano y en el germánico. Aún se encuentra regulada en el canon 1062, el cual la define como promesa de matrimonio, que se rige por el derecho particular que haya establecido la Conferencia Episcopal, teniendo en cuenta las costumbres y las leyes civiles, si las hay.

Hubo épocas durante las cuales los esponsales revestían la naturaleza propia de los contratos, en cuanto suponían la adquisición y el ejercicio de derechos, y el cumplimiento de obligaciones.

Otras en las que, pese a disminuir sus efectos jurídicos, la jurisprudencia se encargó de aplicar los principios propios de la responsabilidad civil. Si el novio incumplía su compromiso de celebrar el matrimonio, estaba obligado a indemnizar los daños y perjuicios que ocasionara con esa conducta, salvo fuerza mayor o la terminación del acuerdo por causas legítimas.

Planiol y Ripert relatan cómo un grupo de destacados autores del *Derecho civil* francés, dentro del cual citan principalmente a Merlin y Toullier, “quería que se obligara al novio, en caso de ruptura, a pagar daños y perjuicios a la parte abandonada”¹, e informan que “cierto número de Cortes de apelación adoptaron esa solución... Pero la Corte de casación fue siempre contraria a ella... y acabó por condenarla formalmente en dos sentencias de 30 de mayo de 1838 y 11 de junio de 1839”².

El argumento central de quienes combatieron en aquellas lejanas épocas la tesis de la responsabilidad civil por el incumplimiento de los esponsales, radicaba en la libertad absoluta que debe imperar para la celebración del matrimonio, dado que este se encuentra “fuera del comercio” y no puede estar sujeto al cumplimiento de una obligación de hacer.

Los hermanos Mazeaud, por su parte, citan a Pothier, otro célebre estudioso del Derecho civil, quien se burlaba de quienes defendían con ardentía la naturaleza vinculante de los esponsales, cuando decía: “El Juez, al condenar a una suma por los daños y perjuicios a la parte que se niega a cumplir las promesas de matrimonio, no debe agregar esta alternativa: “a menos que prefiera casarse”; ese pronunciamiento es indecente, y parece herir la libertad de los matrimonios”³.

En resumen, pues, el criterio de la jurisprudencia francesa se impuso, y la Corte de casación terminó afirmando perentoriamente que “toda promesa de matrimonio es nula en sí, por atentar contra la libertad ilimitada que debe existir en el matrimonio”⁴. Pero este pronunciamiento debe entenderse, más que por el alcance de la nulidad que se le endilga, por la carencia de efectos civiles entre los promitentes.

¹ Planiol y Ripert, ob. cit., p. 67.

² *Ibid.*

³ Mazeaud, Henri, León y Jean, ob. cit., p. 84.

⁴ Casación Civil, 30 de mayo de 1838, citada por Mazeaud, Henri, León y Jean, ob. cit., p. 92.

2.2 Los esponsales en el medio colombiano

En nuestro medio, es de común ocurrencia que las personas, en un acto previo, se comprometan a unir sus vidas mediante la celebración de un matrimonio y a menudo esos compromisos suceden en actos privados, o también en reuniones sociales, frente a los parientes, amigos y relacionados. Pueden ser también aquellos casos en que un individuo “pide la mano de la novia”, como suele llamarse coloquialmente ese acto.

Son compromisos ordinariamente adquiridos por el pretendiente, ante los padres y parientes cercanos de la novia, aunque es factible –pero muy escaso– que también acontezca en sentido inverso.

En esas circunstancias, se acostumbra que los novios se crucen anillos o argollas de compromiso, como un testimonio del serio propósito de llegar al enlace matrimonial. También es posible que esa clase de promesas se hagan no solo entre presentes, sino también por ausentes, con la intervención de personas investidas del correspondiente poder, o que ejercen una autoridad familiar, como son, por ejemplo, los padres de los novios.

Igualmente, en muchas ocasiones, a raíz de los esponsales, o, al menos, del anuncio formal de la decisión de comprometerse en matrimonio, se suscitan muchas reuniones sociales, a través de las cuales los amigos de los novios festejan el compromiso, y promueven cierta clase de eventos en los que se llevan regalos o presentes, usualmente con el propósito de dotar el futuro hogar conyugal de muebles y utensilios domésticos.

En la práctica, la promesa de matrimonio puede posibilitar, por lo general, un más amplio conocimiento de la conducta y costumbres de los novios, y aun de sus parientes, para crear una mayor familiarización entre ellos y no precipitarse a celebrar un acto que debe tener una seria vocación de permanencia y estabilidad. En el intervalo entre la promesa de matrimonio y la celebración de éste, normalmente será factible preparar los asuntos necesarios para que se le dé cumplimiento a la misma, y, por qué no decirlo, para descubrir algunas causales de impedimento entre los prometidos, o identificar cualquier vicio trascendental, como la existencia de un vínculo matrimonial anterior, trastornos de la personalidad, desviaciones graves de conducta, costumbres impropias, vida disoluta o licenciosa, graves defectos de discreción de juicio u otra clase de circunstancias que hagan recomendable no llevar a cabo dicha promesa.

De todos modos, las circunstancias indican que esta figura, denominada *esponsales* o *desponsorios*, ha disminuido su importancia en nuestra cultura, al punto de que, hoy en día, es frecuente ver a dos jóvenes enamorados, que toman la decisión de “organizarse”,

que, en sentido estricto, no es nada diferente a la de irse a vivir juntos, sin que ni siquiera medie una promesa de matrimonio. Es un concepto distinto, que busca, en términos concretos, hacer una especie de ensayo o experimento de convivencia, para determinar la compatibilidad de caracteres, la afinidad de costumbres y la perdurabilidad de la misma, caso que, de resultar positivo, puede conducir a la posterior decisión de formalizar esa relación, mediante la celebración del rito matrimonial.

2.3. Reglamentación legal de los esponsales

El Código Civil colombiano los define así:

“ART. 110.- Los esponsales o desposorios, o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil.

No se podrá alegar esta promesa ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios”.

De acuerdo con este precepto, la promesa de celebrar un matrimonio es un compromiso meramente moral, no legal, sometido en su totalidad a la propia conciencia de quienes lo hayan celebrado. Por lo tanto, solamente está referida al espíritu humano y no crea vínculos jurídicos, en cuanto que no produce obligaciones de ninguna clase frente a la legislación civil. Los esponsales son, para emplear una frase muy socorrida de los tratadistas del Derecho de familia, una “nada jurídica”.

Un reconocido comentarista del Derecho civil colombiano sostiene que, si nos atenemos al texto literal del artículo 110 del Código Civil, “los esponsales o desposorios no son ni siquiera un hecho jurídico. Son cuando mucho *un acto humano bilateral*, por suceder entre un hombre y una mujer que *prometen casarse* –promesa de matrimonio mutuamente aceptada– pero que consisten en un acto privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo”⁵, y sugieren la existencia de algunas contradicciones en el articulado del Código Civil que regula esta materia, pues aunque el artículo 110 expresamente le resta efectos a la promesa de matrimonio, el artículo 111 elimina el derecho del prometido a repetir la devolución de la multa que, habiendo sido pactada, pagó como una obligación meramente natural. “Luego si en virtud de los esponsales se pagó la multa y quien la pagó no puede pedir su devolución, síguese que los esponsales produjeron efectos: justifican el pago”⁶.

⁵ García Sarmiento, Eduardo, *Elementos de Derecho de Familia*, EFD Editorial Facultad de Derecho, Bogotá, 1999, p. 459.

⁶ García Sarmiento, Eduardo, ob. cit., p. 460.

De ahí que este autor concluya todo lo contrario: Que “los esponsales no son un hecho privado dejado enteramente al honor y conciencia de los esposos. Del conjunto normativo se desprende que es un *acto jurídico bilateral*, con el cual se pretende un efecto jurídico y que su quebrantamiento genera igualmente unos efectos, aspecto por el cual es un hecho jurídico. Así, pues, por sus efectos constitutivos es un acto jurídico, y por su incumplimiento es un hecho jurídico”⁷.

Según nuestro criterio y basados en el alcance de los preceptos legales referidos, deducimos que la celebración de una promesa matrimonial no trae efectos o consecuencias jurídicas, puesto que ninguna persona puede alegar esa promesa para exigir su cumplimiento, reclamando que se celebre el matrimonio, y en caso de ser fallida, es decir, si alguno de los prometidos se sintiere perjudicado por el rompimiento de la promesa, no se le permite demandar indemnización de ninguna clase, excepto la que hubiere pagado como consecuencia de la multa convenida.

Ahora bien: si, tras la promesa de matrimonio, llegare a tipificarse algún delito y hubiere querrela de parte, este acto punible puede generar indemnización de perjuicios y despertar las acciones civiles correspondientes.

A este respecto, el delito de más común ocurrencia en situaciones como ésta, era el denominado estupro, cuya tipicidad consistía en que, utilizando la promesa de matrimonio como un medio engañoso, se tuviere acceso carnal a la mujer y se incumpliera dicha promesa; empero, este tipo penal fue removido de nuestro ordenamiento jurídico y en la actualidad no tiene aplicación.

En el campo del Derecho canónico, como ya se mencionó, el canon 1062 del Código del ramo se refiere a la promesa de matrimonio, tanto unilateral como bilateral, y advierte que ella se rige por el derecho particular que haya establecido la Conferencia Episcopal, teniendo en cuenta las costumbres y las leyes civiles, en caso de que las hubiere. A renglón seguido advierte que los esponsales no dan origen a una acción para pedir la celebración del matrimonio, aunque sí para el resarcimiento de daños, si en algún modo son debidos.

Pero como, según las disposiciones contenidas en el artículo 42 de la Constitución Política, todos los aspectos relacionados con el matrimonio se rigen por la Ley civil, es criterio nuestro que el canon que en el Código de Derecho Canónico autoriza las acciones para el resarcimiento de daños, en principio no es de aplicación en la jurisdicción ordinaria colombiana, invocando directamente el incumplimiento de los esponsales, aunque llegue a ser factible su ejercicio ante la jurisdicción canónica.

⁷ *Ibíd.*, p. 461.

En este aspecto se contemplan tres situaciones concretas:

- a) La prohibición de exigir el pago de la multa por incumplimiento;
- b) La posibilidad de que dicha multa, pese a no ser exigible, sea pagada por el incumplido; y,
- c) La prohibición legal de pedir la devolución de la multa, una vez pagado el importe de la misma.

Por último, dentro de esta figura de los esponsales, es posible que, por causa de un compromiso matrimonial, los prometidos se hagan donaciones y entreguen las cosas donadas. Pero en estos casos, es permitido que, ante la extinción de los esponsales por el incumplimiento, “se demande la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado”, como lo dispone el artículo 112 del Código Civil.

2.4 Donaciones por causa del matrimonio

El mismo Código Civil, en los artículos 1842 y siguientes, se refiere a la dote y a las donaciones por causa del matrimonio. Allí se establecen las reglas sobre las promesas de donación en consideración al enlace matrimonial, ya sean hechas por un esposo al otro, o por un tercero a uno de los esposos, o a ambos, en las cuales se exige que consten en escritura pública, o por confesión del tercero.

Sin embargo, adviértase que el artículo 1844 le pone un límite a las donaciones de un esposo al otro por causa del matrimonio, restringiéndolas al valor de la cuarta parte de los bienes de su propiedad.

Los preceptos subsiguientes hacen referencia a la sujeción de esta figura a las reglas generales de las donaciones y reglamentan su revocación por causa de nulidad del matrimonio o por disolución del mismo.

El alcance del artículo 112, entonces, consiste en que, si se incumplen los esponsales, no existe ninguna prohibición de demandar la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición del matrimonio que no se lleve a cabo.

Surge aquí la inquietud de si, ante ciertos casos en que el quebrantamiento de los esponsales genere daño al otro promitente, o a un tercero, puede realmente ejercerse una reclamación indemnizatoria directamente basada en tal incumplimiento. Esta es una cuestión que se enmarca dentro de un criterio más amplio, que tiene que ver con

la existencia de responsabilidad civil en las relaciones de Derecho de Familia. Es de esa clase de situaciones que conducen a indagar si entre parientes se aplica la regla consagrada en el Título XXXIV, sobre Responsabilidad Común por los Delitos y las Culpas, en cuyo artículo 2341 se establece perentoriamente:

“ART. 2341.- El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Ya dijimos atrás que, en principio, una reclamación judicial apoyada expresa y puntualmente en el cumplimiento de la promesa de matrimonio, no es procedente, porque a la luz del precepto contenido en el artículo 110 del Código Civil, “no produce obligación alguna ante la Ley civil”.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la regla general plasmada en el citado artículo 2341 no contempla excepciones que impidan su aplicación a cualquier persona que haya ocasionado un daño a otra, no hay razón jurídica de peso suficiente como para concluir que, ante determinadas circunstancias generadoras de perjuicios, no es viable establecer una responsabilidad por quien los ha ocasionado.

En este caso concreto de los esponsales o desposorios que hayan sido quebrantados, como punto de especulación jurídica, a título ilustrativo pueden traerse hechos y circunstancias concretas y posibles. Por ejemplo, cabe preguntarse: ¿Hay lugar a responsabilidad civil por parte del novio que, habiendo hecho pública su voluntad de casamiento, una vez celebrados los esponsales los haya incumplido injustificadamente, si con su conducta hizo incurrir a los padres de la novia en cuantiosos gastos preparatorios de la ceremonia nupcial, tales como la compra del traje de novia, el alquiler de un club social, la contratación de orquesta, licores y comida, etc., generando un elevado daño emergente?

Algo más: No es de descartar que la novia a quien se dejó vestida en el Altar, haya sido víctima de un daño psicológico, o aun moral, cuya indemnización puede ser susceptible de tasación económica.

En fin, no es infundado pensar en la posibilidad de dar desarrollo a la indemnización por los daños materiales y morales que puedan haberse ocasionado frente a la ruptura unilateral e injustificada del compromiso matrimonial, pero no específicamente a través de la figura de los esponsales que, como vimos, no producen obligación alguna, sino por la responsabilidad civil por delitos y culpas de que tratan los artículos 2341 y siguientes del Código Civil.

Esta tesis ha sido desarrollada por la jurisprudencia francesa, y no vemos razón alguna para que no pueda tener acogida en el medio colombiano.

La Corte de Casación Civil francesa ha formulado una teoría mediante la cual, si bien reconoce y acepta que “toda promesa de matrimonio es nula por sí sola, por atentar contra la libertad ilimitada a casarse que debe existir en todo matrimonio”, como principio de orden público, “sin incurrir en violación de este principio”, la inejecución de una promesa de matrimonio puede, “bajo ciertas circunstancias, hacer viable una acción de indemnización de perjuicios, cuando de tal inejecución resultaba perjuicio real, porque, en tal caso, la acción no tendría origen en la validez de la promesa de matrimonio, sino en el hecho del perjuicio ocasionado y en la obligación impuesta por la Ley a aquel que la había hecho, de repararlo”⁸.

⁸ A este respecto puede verse la sentencia de Casación Civil, de mayo 30 de 1938, D.J.G. Vº Mariage, No. 82, S. 38. I. 492, Fallo 27, en *Los grandes Fallos de la Jurisprudencia Francesa*, 2 Tomos, edición en español, Librería Ediciones del Profesional, Ltda., Bogotá, D. C.

Lección 3

De las capitulaciones matrimoniales

3.1 Antecedentes

En el antiguo Derecho español se consagraron y aplicaron algunas figuras similares a las capitulaciones matrimoniales. En ciertos textos se relata cómo desde el *Fuero Juzgo* se hace mención de una especie de pactos nupciales relativos a los bienes, que contemplaban la entrega de arras, entendidas como el “precio de la venta del cuerpo de la mujer”, las cuales se consideraban como un requisito solemne del matrimonio. Allí mismo, en el *Fuero Juzgo*, se les ponía a las arras un límite, por cuanto no podían exceder de la décima parte de los bienes del esposo donante¹.

También se informa de los preceptos incorporados en el *Código de las Siete Partidas*, que reglamentan el sistema de bienes en el matrimonio, y especialmente “De las dotes de las donaciones: e de las arras”, que tienen que ver directamente con el concepto actual de capitulaciones matrimoniales.

La dote, como ya se mencionó, “Es algo que da la mujer al marido por razón de casamiento: es llamado dote, e es como manera de donación fecha con entendimiento de se mantener, e ayuntar el matrimonio con ella, e segund dizen los sabios antiguos, es como propio patrimonio de la muger”².

Las arras, por su parte, eran asimiladas, de acuerdo a lo dicho en tales textos, a las “donaciones *propter nuptias romanas*”, que significaban algo así como las donacio-

¹ De Buen, Demófilo, Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla. *Anotaciones sobre el Derecho Civil Español en el Curso Elemental de Derecho Civil de Ambrosio Colín y H. Capitán*, Editorial Reus, S.A., Madrid, España, 1925, p. 18.

² *Ibid.*, p. 19.

nes que hacía el varón a la mujer por causa del matrimonio. Pero también se explica que, según el Derecho antiguo, las arras también significaban una “prenda que es dada entre algunos en garantía de la celebración del matrimonio prometido”. Y “Por Derecho Real de España, fundado en la Ley de Toro,... las arras son «la donación o la promesa que el hombre da o hace a la mujer, antes o después, en remuneración de la dote, de su nobleza o de su honestidad»”³.

Respecto del Derecho Civil francés, los renombrados profesores Colin y Capitant se refieren a “El contrato de matrimonio y las constituciones de dote”, y explican el carácter general y el objeto de este contrato, no sólo advirtiéndolo sino también señalando que busca “regular el régimen de los bienes presentes y de los que en el porvenir tengan los futuros esposos. Pero no es éste su único objeto. Contiene casi siempre constituciones de dote, es decir, liberalidades hechas por los padres u otros parientes, o aun por extraños, a los futuros esposos”⁴.

Las capitulaciones matrimoniales, por lo general, no son modificables, o sea que no son susceptibles de cambio después de contraerse el vínculo. “Esta regla, llamada de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, no era conocida en los países franceses de Derecho escrito; en ellos, por el contrario, se disponía que la dote podía ser constituida y aumentada durante el matrimonio... En los países de costumbres... en el siglo XVI, nació el principio de la inmutabilidad a partir del día en que se permitió a los esposos elegir entre varios regímenes; se le encuentra ya formado por primera vez en el Parlamento de París de 1584... Los antiguos autores franceses la justificaban por dos razones: 1ª. *La prohibición de las donaciones entre esposos*, que se había podido eludir fácilmente por una cláusula inserta durante el matrimonio en el contrato de matrimonio. 2ª. *El carácter de pacto de familia de este contrato*. “El contrato que los cónyuges celebran al casarse, dice Prevot de la Jannés en sus *Principes de jurisprudence*, es, después de la celebración, una ley entre las dos familias, que regula imperiosamente todas las convenciones del matrimonio y se extiende en toda su duración... si se permitieran cambios, se perturbaría la paz de los matrimonios, el reposo de las familias, que apoyan su seguridad en los contratos de matrimonio, y se abriría la puerta a las ventajas indirectas tan contrarias a la conservación de los bienes en las familias”. De ahí que se dispusiera que los esposos no podían durante el matrimonio derogar su contrato por ningún acto, “ni aun con el asentimiento de todos los parientes que hubieran asistido al contrato de matrimonio, ni siquiera en el supuesto de que la reforma se haga para reducir las convenciones del

³ *Ibíd.*, citando a Llamas y Molina, *Comentario Crítico, Jurídico*, Literal a las 83 Leyes de Toro, Madrid, España, 1853.

⁴ Colin, Ambrosio y Capitant, H., *ob. cit.*, p. 25.

matrimonio al Derecho Común” (Lamoignon, Arretts, tít. 32, de la *Communauté des biens*, Num. 5)⁵.

La inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales fue acogida en nuestro Código Civil. Pero llama la atención que, no obstante que ese principio prime en la mayoría de los países, sea España, en este aspecto, una excepción, pues en su Código Civil, publicado según lo dispuesto en la Real Orden de 29 de julio de 1889, al disponer que en las capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo (Art. 1325), a renglón seguido señala: “Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio” (Art. 1326).

En cambio, en el estatuto civil de Chile está previsto que las capitulaciones o convenciones matrimoniales únicamente se celebren antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración, con la aclaración de que cuando ellas se convengan en el acto del matrimonio “sólo podrá pactarse la separación total de bienes o régimen de participación en los gananciales”. En el artículo 1715 del Código Civil chileno se dice: “Se conocen con el nombre de *capitulaciones matrimoniales* las convenciones de carácter patrimonial que celebren los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración. En *las capitulaciones matrimoniales* que se celebren en el acto del matrimonio, sólo podrá pactarse separación total de bienes o régimen de participación en los gananciales”.

En similar sentido, el Código Civil de la República Argentina prevé que estas convenciones sólo pueden pactarse antes de la celebración del matrimonio (Art. 1217).

3.2 Las capitulaciones en el Derecho Civil colombiano

Nuestro estatuto sustantivo civil se refiere a las capitulaciones matrimoniales en el Libro Cuarto, denominado “De las Obligaciones en General y de los Contratos”, y las desarrolla de manera independiente del matrimonio, que está regulado en el Libro Primero, “De las Personas” (Artículos 73 y siguientes).

“La palabra capitulaciones que emplea significa *Convención* o *Contrato* (Art. 1496) porque en efecto ellas no son otra cosa que un contrato celebrado por quienes van a casarse. Puede decirse que las capitulaciones tienen por objeto reglar la sociedad conyugal que solo se refiere a los intereses de los cónyuges, pues la unión personal de éstos se distingue con el nombre de matrimonio... Las capitulaciones sólo pueden

⁵ Ibít., p. 59.

ser relativas a los *bienes*, porque las relaciones de los cónyuges entre sí, esto es, los derechos y obligaciones del marido y de la mujer como tales, prescindiendo de sus intereses, los determina la ley íntegramente”⁶.

El artículo 1771 define las capitulaciones matrimoniales así:

“ART. 1771.- Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro”.

Dentro del criterio trazado por la Ley, el principio general que rige es que si los comprometidos no pactan capitulaciones matrimoniales, esto es, no regulan anticipadamente la manera como van a manejar sus relaciones económicas durante la vida marital, la sociedad conyugal, que se forma por causa del matrimonio, se regirá por las disposiciones previstas en el Código Civil. Así lo han entendido la doctrina y la jurisprudencia, porque ante la falta de expresión de la voluntad de las partes para establecer ese régimen, necesariamente imperan los preceptos legales. “... si antes de perfeccionarse la unión nupcial, los esposos no otorgan capitulaciones matrimoniales, entonces, por ministerio de la Ley y por el solo hecho del matrimonio, se forma entre ellos la sociedad conyugal que la ley civil reglamenta. En tal caso, es la voluntad del legislador la que impone este régimen, para cuyo establecimiento no se exige el querer de los desposados. Por ello se ha sostenido, con propiedad, que esta sociedad de bienes se forma aun sin el consentimiento de los consortes y aun contra su expresa voluntad, pues a falta de capitulaciones válidas y aunque los cónyuges no lo quieran así, por el hecho del matrimonio se forma entre ellos esa sociedad conyugal, según expresamente lo disponen los artículos 180 y 1774 del Código Civil”⁷.

En efecto, el artículo 180 del Código Civil, posteriormente modificado por el artículo 13 del Decreto 2820 de 1974, señala tajantemente que “Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges”.

De ahí la importancia que tiene la figura de las capitulaciones matrimoniales, pues con ella se les permite a los futuros contrayentes celebrar una convención o contrato para regular las relaciones económicas durante la vigencia del vínculo matrimonial, convención que por exigir la celebración del matrimonio para que produzca efectos entre los esposos, tiene un carácter accesorio, en cuanto sólo subsiste con aquél.

⁶ Vélez, Fernando, ob. cit., Tomo 7, p. 6.

⁷ C.S. de J., Sentencia de Casación Civil, agosto 1º de 1979, reproducida en Código de Familia, ob. cit., p. 116.

Evidentemente, existe libertad de los contrayentes para la celebración de ese contrato, únicamente restringida por el artículo 1773, que hace ineficaces las estipulaciones contrarias a las buenas costumbres, o a la Ley, y que impide pactar cláusulas que vayan en detrimento de los derechos y obligaciones que corresponden a cada cónyuge respecto del otro, o de los descendientes comunes.

Según el tenor de tales preceptos, podemos afirmar:

- a) Las capitulaciones matrimoniales son un contrato, en cuanto cada una de las partes se obliga para con la otra a hacer o no hacer alguna cosa (C.C., art. 1495).
- b) Las capitulaciones matrimoniales, como todo contrato, exigen la capacidad de los contratantes; sin embargo, los menores de edad hábiles para contraer matrimonio pueden celebrar capitulaciones con la aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento sea necesario para contraer matrimonio, estipulando todas las cláusulas de que serían capaces si fueran mayores, pero, en aras de la protección de sus derechos, les está prohibido:
 - Renunciar a los gananciales;
 - Enajenar bienes raíces; y,
 - Gravarlos con hipotecas o servidumbres.

Para que el menor pueda estipular estas cláusulas, necesita licencia o autorización judicial.

3.3 Fines de las capitulaciones matrimoniales

Los fines de las capitulaciones matrimoniales son, en esencia, los siguientes:

- a) Determinar qué bienes aportan a la sociedad conyugal que se forma con el mero hecho del matrimonio;
- b) Establecer qué donaciones se hacen, o se harán, los contrayentes, por causa del matrimonio;
- c) Precisar qué concesiones de carácter patrimonial o económico se hacen los prometidos, en la actualidad, o hacia el futuro; y,
- d) Acordar las facultades que se otorgan los futuros contrayentes para el manejo o administración de sus bienes.

Lo anterior nos lleva a cuestionar la validez de aquellos pactos anteriores al matrimonio, de tanta usanza en nuestro medio, a través de los cuales y bajo el ropaje de capitulaciones matrimoniales, los contrayentes acuerdan que no harán parte de la sociedad conyugal los bienes muebles existentes antes de la celebración del matrimonio, ni sus valorizaciones, ya provengan de muebles o inmuebles, o aun de dinero en efectivo, ni aquéllos que se adquieran a título oneroso durante su vigencia, ni los frutos o rendimientos de éstos.

Según lo dicho, a través de esas supuestas capitulaciones matrimoniales quedan excluidos todos los bienes que tengan o lleguen a tener los cónyuges, de cualquier clase y sin importar su título, así como sus valorizaciones y frutos. Es decir, frente a este tipo de acuerdos, la sociedad conyugal no podría alimentarse de ningún bien, pues siempre se mantendrá sin patrimonio.

Pensamos que ésta es una modalidad artificiosamente encaminada a evitar o impedir que nazca realmente la sociedad conyugal y contradice las disposiciones establecidas en el Código Civil para esta clase de contratos.

Por lo anterior, aunque las capitulaciones matrimoniales contengan una manifestación bilateral de la voluntad, si se efectúan sin arreglo a la ley, son un contrato que adolece de vicios, razón por la cual sus estipulaciones podrían ser susceptibles de anulación por ilicitud de objeto o de causa, según las circunstancias, y con mayor razón si se examinan los preceptos contenidos en el artículo 1773 de nuestro estatuto civil, en el que se prohíbe incorporar en las capitulaciones matrimoniales estipulaciones contrarias a las buenas costumbres, o a las leyes, o aquellas otras que puedan ir en detrimento de los derechos y obligaciones que estas últimas señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes, texto que, sea dicho de paso, es coincidente con el artículo 1717 del Código Civil de Chile.

3.4 Naturaleza de las capitulaciones

Como se advirtió, las capitulaciones matrimoniales no permiten alterar el principio de igualdad de derechos y deberes de la pareja, en el cual se basan las relaciones familiares (C.P., art. 42); no pueden contener estipulaciones contrarias a las buenas costumbres, ni a las leyes (C.C., art. 1773); por este motivo, nosotros seguimos pensando que, de acuerdo con el Código Civil colombiano, no puede cambiarse la naturaleza de las relaciones económicas entre los esposos, como, por ejemplo, pactando la separación total de bienes, o el régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer, eliminando su propia representación para que sea el

marido quien asuma, exclusivamente, la administración de sus bienes, a diferencia, según lo mencionamos, de la legislación civil de Chile, que permite estipular en las capitulaciones matrimoniales la separación total o parcial de bienes, o del Código Civil español que, como también vimos, autoriza que a través de las capitulaciones matrimoniales se sustituya el régimen económico del matrimonio. Lo anterior, sin perjuicio de aquellas capitulaciones pactadas en el exterior, con sometimiento a un régimen patrimonial del matrimonio diferente al de la sociedad conyugal existente en Colombia, tema respecto al cual la Corte Constitucional también advierte que esa figura es solo aplicable para extranjeros, puesto que, según su opinión, siempre que en el contrato intervenga un colombiano, “la celebración del matrimonio genera en forma imperativa la sociedad conyugal entre los contrayentes”⁸.

En Colombia, los esposos tampoco pueden pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; no es permitido ir en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro, ni pueden ocasionar perjuicio a ninguno de los descendientes comunes.

No obstante las anteriores apreciaciones, consideramos menester advertir que aunque la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho desde antaño que “Para que, por ministerio de Ley y por el simple hecho de esa unión, se forme sociedad de bienes entre un hombre y una mujer que se unen para vivir juntos, requiérese, como lo disciplinan los artículos 180 y 1874 del Código Civil, que ellos hayan celebrado, entre sí, matrimonio que produzca efectos civiles”; que, “por el solo hecho del matrimonio y sin que los cónyuges lo sepan o lo quieran, y aun contra su voluntad, pues es institución de orden público para cuya derogación no tiene eficacia la voluntad individual o conjunta de los casados, esa sociedad conyugal se contrae entre marido y mujer”⁹; no son pocas las ocasiones en que esa misma Corte ha aceptado la posibilidad de que, a través de las capitulaciones matrimoniales, los esposos pacten libremente el régimen económico de su matrimonio. Ya lo había dicho en la sentencia de agosto 1 de 1979, con las siguientes palabras:

“A la libre y espontánea voluntad de los esposos queda, pues, pactar el régimen de bienes durante el matrimonio. Ellos tienen la opción de otorgar capitulaciones matrimoniales o de someterse, en caso contrario, al régimen legal de sociedad conyugal. Entre uno y otro caminos, son los futuros cónyuges quienes pueden hacer la elección”.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-395, de mayo 22 de 2002, Exp. D-3805, M.P.: Jaime Araujo Rentería.

⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencias de octubre 18 de 1973 y agosto 1° de 1979, publicadas en G.J., t. CXLVIII, p. 91; G.J., t. CLIX, p. 257, respectivamente; y en *Código Civil, Comentado, Concordado, Jurisprudencia y Normas Complementarias*, de Torrado, Helí Abel, Librería Ediciones del Profesional, Ltda., 4ª ed., pp. 650 y 651, Bogotá, D.C., 2011.

Con las anteriores expresiones, se ha entendido que la Sala Civil de la Corte ha admitido, desde aquel entonces, que existe libertad de los esposos para pactar su régimen económico. Inclusive, más recientemente, mediante auto proferido el 17 de septiembre de 2014 por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver la apelación de una providencia de un Juzgado de Familia mediante la cual se negó el decreto de medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes, por considerar que, al existir capitulaciones matrimoniales en las que se pactó un régimen de separación de bienes, no había gananciales, hizo un interesante análisis de estas figuras, y trajo a la memoria la ya citada sentencia de la Corte, del 1 de agosto de 1979.

Al descender al caso particular que fue objeto de estudio, en el que los esposos “pactaron previo a celebrar los dos matrimonios que contrajeron entre sí (civil y religioso) que se acogerían al régimen de separación de bienes; capitulaciones matrimoniales que tienen plena eficacia, mientras no sean inexistentes, caducas o nulas”, el Tribunal afirmó que “hasta que ello suceda no puede decirse que haya nacido sociedad conyugal por el hecho de los matrimonios contraídos por las partes”.

Y agregó:

“Y es que, si bien es cierto, la regla general en nuestro país es que por el hecho del matrimonio nace la sociedad conyugal (Art. 180 del C.C.), también lo es que por mandato del art. 1771 del C.C. los contrayentes pueden acogerse al régimen de separación de bienes como se hizo en este caso”¹⁰.

Algo más: inconforme la parte afectada con la negación de las medidas cautelares, dentro del asunto que fue estudiado y decidido por el Tribunal de Bogotá, interpuso una acción de tutela en contra del Juzgado que había adoptado esa medida y de la Sala de Familia del Tribunal que la confirmó. La tutela fue conocida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y ésta dijo lo siguiente:

“(…) a partir del examen de la providencia censurada, mediante la cual se confirmó la de primer grado, que negó el decreto de las medidas cautelares solicitadas por la demandante en el juicio de divorcio, y de los argumentos en que la accionante funda su inconformidad, no se advierte la conculcación de sus garantías constitucionales. En efecto, consideró la Corporación accionada que con anterioridad a que la demandante y (...) se casaran, se acogieron al régimen de separación de bienes, pues celebraron capitulaciones matrimoniales, facultad reconocida en el artículo 1771 del Código Civil (...) Ahora bien, tratándose de procesos de divorcio, el numeral 1º del artículo

⁹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala de Familia, auto de 17 de septiembre de 2014, M.P.: Jaime Humberto Araque González.

691 de la normatividad adjetiva autoriza a cualquiera de las partes para solicitar “el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales, y que estuvieren en cabeza de la otra”, con el propósito de impedir que el cónyuge que tiene su titularidad, los transfiera o constituya sobre ellos algún gravamen, en detrimento de su consorte. Sin embargo, para la procedibilidad de las cautelas, la norma exige que se trate de bienes que pertenezcan a la sociedad conyugal, pues si forman parte del patrimonio propio de los esposos, no son susceptibles de ser afectados con esas medidas.

En ese orden, concluyó el *ad quem* que como los cónyuges pactaron el régimen de separación antes del matrimonio, mediante capitulaciones, no existían bienes que pudieran ser objeto de gananciales en cabeza del demandado y que debieran entrar a formar parte del haber de la sociedad conyugal, pues ésta jamás nació a la vida jurídica, de ahí que no era viable el embargo y secuestro reclamados por la tutelante¹¹.

Precisamente con este planteamiento, la Corte consideró que la providencia de la Sala de Familia del Tribunal de Bogotá “es el resultado de una razonable interpretación de las normas que gobiernan el asunto”, y negó la protección constitucional solicitada.

Más tarde, impugnada la sentencia de tutela de la Sala Civil, la Sala Laboral de esa misma Corporación, mediante providencia del 4 de febrero de 2015, confirmó la negación de la tutela, en razón a que, según su criterio, la providencia judicial proferida por el Tribunal accionado “se edificó bajo un análisis razonable, para lo cual se consignaron y sustentaron las razones que tuvo el colegiado para tomar la determinación de confirmar el proveído de primer grado, luego de la valoración de las pruebas obrantes en el proceso y de la labor de hermenéutica propia del fallador, sin que sea posible advertir una actuación subjetiva o arbitraria”¹².

Como se puede observar, quedan expuestas allí las dos tesis y sus correspondientes sustentaciones, para que a la luz de cada caso particular, pueda debatirse la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal, su imperiosa formación por el hecho del matrimonio, y la posibilidad de que, a través de las capitulaciones matrimoniales se defina qué bienes se aportan al matrimonio y qué donaciones se hacen los prometidos, de presente o de futuro; o se determine si, conforme a nuestro ordenamiento jurídico es viable que, no obstante que la sociedad conyugal es una institución de orden público, para cuya derogatoria no tiene eficacia la voluntad de los casados, a través de las capitulaciones pueda pactarse un régimen económico del matrimonio distinto, como el de la absoluta separación de bienes.

¹¹ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia de tutela STC15153-2014, noviembre 6 de 2014, Exp. 11001-02-03-000-2014-02462-00.

¹² C.S. de J., Sala de Casación Laboral, Sentencia de tutela de 4 de febrero de 2015, Exp. STL929-2015, Rad. 57593, M.P.: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Finalmente, precisa advertir también:

- (i) Que las capitulaciones matrimoniales, para su validez, deben constar en escritura pública, en la cual deberán designarse los bienes que los esposos aportan con expresión de su valor, así como una relación circunstanciada de las deudas de cada uno. Y,
- (ii) Que las omisiones o inexactitudes en que se incurra en la correspondiente escritura no anulan las capitulaciones, pero el Notario está obligado a hacerles saber a las partes esta disposición, con la advertencia de que debe así mencionarlo en el correspondiente instrumento, bajo sanciones disciplinarias en su contra.

3.5 Aplicación en el espacio de las capitulaciones matrimoniales

Existe un aparente conflicto entre las normas que se aplican para el matrimonio civil y aquellas que gobiernan el divorcio del vínculo contraído en Colombia, cuando es decretado en el exterior.

Recordemos que en materia de Derecho Matrimonial existe una excepción al principio de la extraterritorialidad de la Ley colombiana al que se refiere el artículo 19 del Código Civil.

Dice así el artículo 19 del Código Civil:

“ART. 19.- Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

1° En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el Gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión; 2° En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior”.

Para el análisis de este tema, complementariamente debe citarse el precepto contenido en el artículo 13 de la Ley 1ª de 1976, que subrogó el artículo 163 del Código Civil, el cual dispone:

“ART. 163.- Subrogado, Ley 1ª de 1976, Art. 13.- El divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero se regirá por la ley del domicilio conyugal...”.

Y el artículo 14 de la misma Ley, que sustituyó el artículo 164 del mismo Código Civil, establece lo siguiente:

“ART. 164.- Subrogado, Ley 1ª de 1976, Art. 14.- El divorcio decretado en el exterior, respecto del matrimonio civil celebrado en Colombia, se regirá por la ley del domicilio conyugal y no producirá los efectos de disolución, sino a condición de que la causal respectiva sea admitida por la ley colombiana y de que el demandado haya sido notificado personalmente o emplazado según la ley de su domicilio...”

De acuerdo a las normas trascritas, el conflicto aparente surge porque las personas se preguntan sobre la suerte que correrían unas capitulaciones matrimoniales celebradas con fundamento y bajo el imperio de las leyes colombianas, y el matrimonio posteriormente celebrado en Colombia entre las mismas partes capitulantes, si, por ejemplo, después los cónyuges fijan su domicilio en otro país y finalmente deciden divorciarse en el exterior.

Está claro que las autoridades extranjeras del país donde los cónyuges fijaron su domicilio podrán decretar el divorcio respecto de aquel matrimonio, con sujeción a su legislación, y que esa sentencia de divorcio producirá los efectos de disolución del vínculo, si se cumplen las condiciones señaladas en la citada norma.

La duda se aparece cuando se habla de los efectos de la disolución del matrimonio, que en materia económica o patrimonial no son otros que los de producir también la disolución de la sociedad conyugal, como lo consagra el artículo 25 de la Ley 1ª de 1976, la cual sustituyó el artículo 1820 del Código Civil. ¿Se respetan los efectos de las capitulaciones matrimoniales celebradas en Colombia?; ¿Las normas que se aplican para la liquidación de la sociedad conyugal, son las de la Ley colombiana?; o, ¿Se aplican los preceptos de la ley extranjera, del país donde se encuentran domiciliados los cónyuges?

Estos interrogantes se resuelven respecto de algunos países acudiendo a la regulación que hace sobre esta materia el Tratado de Derecho Civil Internacional suscrito en Montevideo, Uruguay, el 12 de febrero de 1889, ratificado por Colombia mediante la Ley 33 de 1992, y el cual ha sido suscrito y ratificado por un numeroso grupo de naciones.

Según dicho Tratado, la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la Ley del lugar en que se celebra (Art. 11); los derechos y deberes de los cónyuges, en todo cuanto afecta sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio matrimonial, y si los cónyuges mudaren de domicilio, dichos derechos y deberes se regirán por las leyes del nuevo domicilio (Art. 12); y la ley del domicilio matrimonial rige la separación conyugal y la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causa alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró (Art. 13).

Pero en materia de capitulaciones matrimoniales, el artículo 40 establece que éstas rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes que tengan al tiempo de celebrarlas y de los que adquieran posteriormente, en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de dichos bienes. Sin embargo, el Tratado dispone que en defecto de situaciones especiales, en todo lo que las capitulaciones matrimoniales no hayan previsto y en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes, las relaciones de los esposos sobre dichos bienes se rigen por la ley del domicilio conyugal que hubieren fijado, en común acuerdo, antes de la celebración del matrimonio.

Lo que significa que los prometidos están legalmente autorizados para fijar anticipadamente el domicilio conyugal, para efectos del manejo de las relaciones que se pacten en las capitulaciones matrimoniales, pues, en casos como el que comentamos, en que de antemano se fije el domicilio, el cambio de éste no altera las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes.

Las anteriores apreciaciones hacen recomendable incorporar en las capitulaciones matrimoniales, por pura previsión, una cláusula que determine el domicilio que fijan los prometidos para que ellas se rijan por las leyes del país que hayan seleccionado, pues se crea mayor seguridad jurídica, en cuanto ese contrato prenupcial se sustrae de los avatares y vicisitudes propios de esta clase de conflictos conyugales.

Pero, respecto de aquellos países que no son suscriptores o adherentes del mencionado tratado internacional, pensamos que, de todas maneras, seguirá aplicándose el estatuto personal contenido en el artículo 19 del Código Civil, el cual sujeta a las leyes nacionales a los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, en todo lo relacionado con el estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efectos en Colombia, así como también en lo relativo a las obligaciones y derechos que nacen de las obligaciones de familia.

3.6 Vigencia de las capitulaciones

Habíamos dicho que las capitulaciones matrimoniales son un contrato accesorio en cuanto que su suerte depende del matrimonio que se celebrará posteriormente. Por esa razón, los convenios prenupciales no se entienden otorgados en forma irrevocable, sino desde el día en que se celebre el matrimonio. Precisamente por eso, en un juicio está prohibido admitir escrituras que modifiquen o adicionen las capitulaciones iniciales, salvo que se hayan otorgado antes del matrimonio y cumplido las solemnidades correspondientes. Lo anterior significa que mientras no se contraiga el

vínculo matrimonial, son susceptibles de modificación, y aun de revocatoria. Pero, una vez celebrado el vínculo, no pueden alterarse, ni siquiera con la aceptación o el consentimiento de todas las personas que hayan intervenido en la celebración de la respectiva convención.

Las adiciones o alteraciones que se hagan en la escritura pública no valen contra terceros, “aunque se hayan otorgado en el tiempo y con los requisitos debidos, a menos que se ponga un extracto o minuta de las escrituras posteriores, al margen del protocolo de la primera escritura” (Art. 1779). Frente a este precepto, puede suceder que en forma oportuna y cumpliendo la totalidad de los requisitos exigidos, se celebren convenciones para adicionar o alterar las capitulaciones matrimoniales. En estos casos, como se ve, para que esas adiciones o modificaciones tengan validez en relación con terceros, es indispensable que se hagan los correspondientes insertos al margen del protocolo del primer instrumento que las contiene.

3.7 Caducidad, nulidad e inexistencia de las capitulaciones matrimoniales

Sobre el tema de la caducidad, de la nulidad o de la inexistencia de las capitulaciones matrimoniales no hay una regulación expresa en Colombia. Sin embargo, la doctrina ha hecho significativas aportaciones al debate de esos temas, sobre las cuales conviene hacer algunos comentarios.

En términos generales, por caducidad se entienden aquellos eventos en los que un acto jurídico, o el ejercicio de un derecho, están sujetos al cumplimiento de un plazo o condición previamente determinados, de obligatoria observancia, que, de no darse, se produce una extinción de aquéllos.

Como se decía inmediatamente atrás, en Colombia no hay una norma que explícitamente indique un plazo o condición para que las capitulaciones matrimoniales tengan lugar y efecto. Existen, sí, unas solemnidades y requisitos para su celebración, pero la desatención de los mismos no necesariamente conduce a la caducidad sino a su ineficacia, a la declaratoria de su nulidad o, eventualmente, a su inexistencia.

Algunos autores señalan algunos hechos que, a su juicio, pueden constituirse en causales de caducidad de las capitulaciones, como cuando, una vez pactadas, no se celebra el matrimonio entre los capitulantes. Pero obsérvese que el asunto no es así de sencillo, como parece, porque frente a estos supuestos surgen algunas inquietudes, como, por ejemplo, la imposibilidad de precisar la fecha en que se produciría la

supuesta caducidad, teniendo en cuenta que, en Colombia, no se encuentra legalmente estipulado un término o plazo para que, una vez celebradas las capitulaciones, se contraiga matrimonio entre los capitulantes.

Compartimos el criterio de quienes piensan que, en vez de hablar de caducidad, debería considerarse la ineficacia jurídica de las capitulaciones, en aquellos eventos en que no se celebró el matrimonio entre quienes las pactaron, o uno de ellos, o ambos, celebraron matrimonio con terceras personas; o porque se convino la revocatoria del pacto capitular, o porque sobrevino la muerte, real o presunta, de uno o de ambos capitulantes, o porque surge un impedimento legal para contraer el matrimonio.

Ciertamente, ciertos actos y negocios jurídicos devienen en ineficaces, en razón a que no se puede lograr el objeto buscado con su celebración, o porque no pueden generar efectos vinculantes, es decir, no se pueden hacer valer frente a los contratantes.

Dicho con otras palabras, si las capitulaciones matrimoniales no pueden producir los efectos previstos en los artículos 1771 y siguientes del Código Civil, pues, sencillamente, se tornan ineficaces.

Concepto que, aunque guarda armonía con ellas, es diferente a la nulidad y a la inexistencia del acto o negocio jurídico.

La nulidad, como tal, corresponde a una sanción legal que suprime del acto jurídico sus efectos, ante la falta de un requisito o formalidad legal. Precisamente, a ese respecto, el artículo 1740 del Código Civil señala que “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la Ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes”, y seguidamente aclara que “La nulidad puede ser absoluta o relativa”.

A título ilustrativo, si las capitulaciones matrimoniales en que se constituyen derechos sobre bienes raíces, se otorgan mediante documento privado, son nulas, de nulidad absoluta; cuando en su otorgamiento se da un vicio del consentimiento; o cuando en ellas se consagran estipulaciones contrarias a las buenas costumbres, o a las leyes; o cuando contienen un objeto o causa ilícitos, o contrario a las disposiciones contenidas en el artículo 1771 del Código Civil, o se celebran entre personas absolutamente incapaces, también son nulas, de nulidad absoluta.

La necesaria armonía que se mencionó entre la ineficacia jurídica y la nulidad, obedece a que, la nulidad, como tal, conlleva a la ineficacia. Así lo ha considerado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al decir que “Dentro del género de la ineficacia de los negocios jurídicos ocupa un lugar importante la especie de la nu-

lidad, que se clasifica en absoluta y relativa, una y otra con características propias e inconfundibles. (...) El Código Civil reglamentó expresamente la ineficacia que como consecuencia de la nulidad afecta a los negocios jurídicos”¹³.

Y en el terreno de la inexistencia, sucede algo parecido, porque la mayoría de los autores considera que la inexistencia corresponde a una categoría de ineficacia de los actos y negocios jurídicos, y en no pocas ocasiones la inexistencia se confunde con la nulidad e, inclusive, se consideran sinónimas.

El acto es inexistente, dicen, cuando carece de uno de los elementos esenciales e indispensables para su formación. Se nos ocurre, para el caso de las capitulaciones matrimoniales (que no las maritales), que son inexistentes cuando se celebran con posterioridad a la celebración del matrimonio; o cuando se convienen por personas diferentes a los contrayentes, por ejemplo, son otorgadas por los padres de los novios, etc.

¹³ C.S de J., Sala de Casación Civil, Sentencia 256, diciembre 9 de 1991.

Lección 4

El matrimonio

4.1 Nociones generales

El concepto de matrimonio tiene origen en las expresiones latinas *matris munium* o *monium*, que traducen oficio de madre, o carga de madre, quizás porque ancestralmente ha sido la mujer la que ha asumido la mayor parte de las obligaciones de la familia.

Teniendo en cuenta que el matrimonio es un medio jurídico para organizarse en familia y perpetuar la especie, se considera que desde el punto de vista natural, una de las primeras condiciones, posiblemente la principal, para que el matrimonio tenga valor, es la pubertad, que supone una fase de la adolescencia en la que se pasa de la niñez a la edad adulta, y en la que los individuos desarrollan aptitudes físicas para procrear.

La complejidad propia de esta figura hace difícil llegar a una definición e identificar su naturaleza de manera única, puesto que, dado que el matrimonio se constituye en una de las fuentes principales de la familia, está influenciado por aspectos de carácter moral, jurídico y religioso.

4.2 Antecedentes legislativos sobre el matrimonio en Colombia

Antes de la promulgación de la Ley 57 de 1887, que acogió el Código Civil que había sido sancionado el 26 de mayo de 1873, como el de toda la Unión colombiana, las disposiciones legales que regulaban el tema del matrimonio eran las que estaban incorporadas en las Leyes de los respectivos Estados soberanos. Dentro de ellas se

entiende incluido el Código Civil que había traducido y adaptado Don Andrés Bello para Chile, el cual había sido acogido por los Estados soberanos de Santander, el primero en hacerlo, en el año de 1858; Cundinamarca y Cauca, en 1859; Panamá, en 1860; Antioquia y Boyacá, en 1864.

Pero durante ese lapso en que ningún Estado había adoptado el Código Civil, hubo algunas leyes especiales que reglamentaban la materia. En efecto, el Senado y la Cámara de Representantes de la Nueva Granada, reunidos en Congreso de la República, habían expedido, en 1853, la Ley de 20 de junio de ese año “*Sobre Matrimonio*”, en la cual, pese a que no se definía el matrimonio, ni se señalaba su naturaleza jurídica, se regulaba no sólo la materia sustantiva, indicando las personas que podían contraer matrimonio, los impedimentos para contraerlo, las formalidades para su celebración, los derechos y deberes que emanan del contrato de matrimonio, entre otros aspectos, sino también el procedimiento y los jueces competentes para tramitar la nulidad del matrimonio, o la disolución del mismo por la vía del divorcio.

Más tarde, a través de la Ley del 8 de abril de 1856, se derogó la Ley de 20 de junio de 1853 y se reglamentó la misma materia, indicando que “Para efectos civiles y políticos la ley considera el matrimonio como contrato”.

La misma Ley 57 de 1887, sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional, se encargó de introducir algunas reformas al Código Civil del 26 de mayo de 1873, que había adoptado como el de toda la Unión colombiana, entre otros aspectos, sobre el matrimonio, la nulidad del mismo y sus efectos, y las pruebas del estado civil de las personas.

En ese mismo año, a través de la Ley 153, que adiciona y reforma los Códigos Nacionales y otras leyes, se les otorgó legitimidad a los matrimonios celebrados conforme al rito católico, dándoles los mismos efectos civiles y políticos que la ley señalaba al matrimonio, en cuanto dicho beneficio no afectara derechos adquiridos por actos o contratos realizados por ambos cónyuges, o por uno de ellos, con terceros, con arreglo a las leyes civiles que rigieron en el respectivo Estado o territorio.

4.3 El matrimonio como contrato o como institución

La combinación de diferentes clases de prestaciones, ordinariamente se produce a través de los actos y de los contratos. Cuando son unilaterales, simplemente se les denomina *actos jurídicos*; pero cuando son bilaterales, se denominan *convenciones* o *contratos*. “*Contrato* o *convención* es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”, señala el artículo 1495 del Código

Civil. Y aunque un contrato y una convención no son necesariamente lo mismo, para los efectos de esta obra de *Derecho de Familia* es suficiente la definición legal aquí transcrita.

De otra parte, desde un punto de vista general o amplio, institución es, sencillamente, el establecimiento o fundación de una cosa. Pero en un sentido jurídico, aunque no hay un concepto preciso, la mayoría de los autores coinciden en acoger la definición de Hauriou, para quien institución es “todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados”¹.

Pues bien: hay quienes sostienen que el matrimonio, antes que un contrato, es una institución, porque mientras en aquél –el contrato– predomina el libre consentimiento entre las partes o la libertad de estipulación, en ésta –la institución– prevalece el imperio de la Ley, la que no sólo le da un sentido social y de orden público, sino que, anticipadamente también ha determinado las reglas que se imponen para la celebración del matrimonio y sus efectos personales, sin que sea dable a los interesados modificarlos o alterarlos.

Planiol y Ripert, en su célebre Tratado de Derecho Civil Francés, dicen sobre este aspecto lo siguiente:

“Naturaleza del matrimonio.- Durante cerca de un siglo, la cuestión de la naturaleza del matrimonio no se planteó, porque la respuesta era casi unánime e indiscutida: se consideraba el matrimonio civil como un contrato. Desde principios del siglo XX se ha criticado muy severamente esa concepción y muchos autores han renunciado a ella para sustituirla por otras ideas, la más extendida de las cuales consiste en considerar el matrimonio como una institución. Se quiere expresar con ello que constituye un conjunto de reglas impuesto por el Estado, que forma un todo y al cual las partes no tienen más que adherirse; una vez dada su adhesión, su voluntad es ya impotente y los efectos de la institución se producen automáticamente. Esta nueva doctrina tiene la ventaja de arrojar una nueva luz viva sobre las condiciones, los efectos y las causas de nulidad del matrimonio. Pero no hay que exagerar la parte de verdad que contenga, ya que si bien es cierto que el matrimonio es algo más que un contrato, no hay que olvidar que tiene también la naturaleza de contrato.

El matrimonio es una institución natural y de orden público, y por eso se explica que sea obra del representante del Estado; el oficial del estado civil no se conforma con

¹ Citado por Federico J. Cantero Núñez, en *Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV, Familia*, Volumen 1, del Consejo General del Notariado de Europa y Civitas Ediciones, Madrid, España, 2001, p. 287, tomado de J.B. Vallet de Goytisolo, *Metodología de las Leyes*, Madrid, 1991, p. 603. También es citado por Augusto César Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, 2ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 144.

autenticar el acuerdo de voluntad de los esposos, sino que celebra el matrimonio por medio de una fórmula solemne. Por eso se explica también que los esposos no puedan en modo alguno modificar los efectos del matrimonio, ni poner fin a él por el mutuu dissensus y que la teoría de las nulidades del matrimonio, se aparte de las nulidades contractuales del Derecho común. Por eso se justifica finalmente la aplicación inmediata en materia matrimonial de las leyes nuevas a matrimonios ya celebrados, mientras que los efectos de los contratos celebrados antes de regir determinada ley son respetados en principio por ésta. Pero el matrimonio no deja de ser un contrato al mismo tiempo que una institución”².

Por su parte, los hermanos Mazeaud, para dilucidar el interrogante de si el matrimonio es contrato o institución, señalan en la obra citada:

“El contrato es un acto jurídico, nacido del acuerdo de dos o más voluntades, que crea obligaciones, un vínculo de Derecho entre los contratantes. Las voluntades de los contratantes son omnipotentes para regular a su antojo las modalidades de su contrato. Todopoderosas también para ponerle término, o modificarlo por su acuerdo (mutuum dissensus). Pero, a falta de tal acuerdo, están constreñidas a cumplir sus obligaciones; si uno de los contratantes se niega a ello, el otro puede forzarlo o pedir la resolución del contrato... Al contrato se opone “la institución”. Se trata de una situación jurídica, cuyas reglas, cuyo marco, están fijados anticipadamente por el legislador, fuera de la voluntad de los interesados. Algunas “instituciones” se imponen al individuo; así, el ciudadano no es libre para quedar fuera de los límites del Estado. Pero cuando está en libertad de someterse, o no, a una “institución”, el individuo, si consiente en someterse a ella, debe aceptarla tal cual es, sin poder modificar las reglas que la rigen. ... El sistema francés actual es, por tanto, –concluye– un sistema mixto en el cual predomina el carácter institucional”³.

Por último, cabe recordar que no es esa misma la posición del maestro Josserand, quien categóricamente afirma que el matrimonio es un contrato, y aclara:

“La exactitud de esta posición se ha discutido: el matrimonio, se ha dicho, es algo distinto y más allá de un contrato, es una institución que no ha de rebajarse a la categoría de las relaciones jurídicas corrientes. Otros han dicho: es una unión, porque crea una regla y una situación permanentes.

Proviene esta disidencia de la concepción un tanto estrecha que esos autores se forman del contrato: debe entenderse, con ese nombre, toda unión de dos o más voluntades con ánimo de crear derechos; ahora bien, el matrimonio responde perfectamente a esa amplia definición. Sin duda, crea un régimen durable, regido por un

² Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado Practico de Derecho Civil Francés, Tomo Segundo, La Familia, Matrimonio, Divorcio, Filiación*, Impreso por Cultural S.A., Habana, Cuba, pp. 57 y 58.

³ Mazeaud, Henri, Léon y Jean, ob. cit., pp. 64 y 65.

estatuto permanente; pero lo mismo ocurre con otros contratos: sociedad, asociación, mandato, arrendamiento; de que un acto establezca un modos vivendi, no ha de deducirse que no sea un contrato, y aun cuando tenga, para la Iglesia, el valor de un sacramento: el legislador civil ha reglamentado el matrimonio haciendo abstracción de toda consideración de orden confesional. Es rigurosamente exacto el decir que se contrae matrimonio; la terminología corriente está de acuerdo con la realidad jurídica a la que recubre y denuncia”⁴.

De manera que, no obstante la seriedad de las argumentaciones tanto para sostener la teoría del contrato, como la de la institución, no hay una opinión unánime sobre la naturaleza jurídica del matrimonio.

4.4 Definición

Código Civil

ART. 113. “El Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”⁵.

Como puede observarse, la legislación civil colombiana, al definir el matrimonio, le reconoce inequívocamente el carácter de contrato, independientemente del amplio interés social que con él esté comprometido. Por esos motivos, sin mayores polémicas sobre su naturaleza, entraremos a estudiar los fines del matrimonio y las formalidades especiales que se exigen para su celebración.

4.4.1 Consentimiento o acuerdo de voluntades

El artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna, a casarse y fundar una familia, y advierten que sólo mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

En igual sentido existe un precepto en la Convención Americana sobre Derecho Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica, aprobada en

⁴ Jossierand, Louis, ob. cit., pp. 15 y 16.

⁵ Téngase en cuenta que la Corte Constitucional, mediante sentencia de unificación SU-214, del 28 de abril de 2016, M.P.: Alberto Rojas Ríos, considera que el contrato de matrimonio celebrado entre parejas del mismo sexo, es una manera legítima y válida de materializar los valores constitucionales.

Colombia por la Ley 16 de 1972, la que en su artículo 17 consagra: “El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”.

Lo anterior destaca la importancia de la libre expresión del consentimiento para la celebración del matrimonio.

Desde el punto de vista de la legislación interna colombiana, como contrato que es, el matrimonio exige un acuerdo de voluntades entre las partes que lo conforman, con la aclaración de que, en este caso, cada parte sólo puede ser de una persona, bajo el principio de la singularidad o monogamia que impera en las relaciones maritales en Colombia. “El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente...”, señala el artículo 115 del Código Civil.

El fundamento básico del matrimonio, ya sea como contrato, o como institución, es, pues, el consentimiento, es decir, el acuerdo de voluntades de los contrayentes sobre su objeto. Ese acuerdo de voluntades crea derechos y obligaciones entre las partes, y son sólo ellas quienes se comprometen o benefician con aquéllos o éstas.

Así, entonces, el consentimiento es el que genera el vínculo, de connotación esencialmente jurídica. Estamos, entonces, frente a una figura en la que se impone la voluntad soberana de los contrayentes; sólo que la autonomía de la voluntad está limitada o restringida por las prohibiciones legales, el orden público y las buenas costumbres. De llegarse a una estipulación contraria a la Ley, nos encontraríamos rápidamente con una eventual nulidad del matrimonio, por motivos que, vistos genéricamente, podrían llegar a constituir una ilicitud de su objeto o de su causa.

4.4.2 Requisitos para obligarse

Como ocurre en todos los actos y declaraciones de voluntad, para que una persona se obligue a otra es necesario establecer: (i) la capacidad de los contratantes, (ii) el mutuo consentimiento, exento de toda clase de vicios, (iii) que exista causa lícita y, (iv) que esa declaración de voluntades recaiga sobre un objeto lícito.

Por norma general, según los preceptos del artículo 1503 del Código Civil, toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces. De acuerdo con esta norma, la capacidad es la regla; la incapacidad, la excepción.

Ese mismo estatuto se encarga de señalar quiénes son absolutamente incapaces, enlistando allí a los discapacitados mentales, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender.

Dicha norma, tal como fue modificada por el artículo 60 del Decreto 2820 de 1974 (y cuya expresión, “por escrito”, fuera declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-983, de noviembre 13 de 2002, M.P.: Jaime Córdoba Triviño), incluye a los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad, y a los disipadores que se hallen bajo interdicción, pero aclara que estas personas no son incapaces absolutos, por lo que sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

El contrato matrimonial, como veremos más adelante, puede ser celebrado por aquellas personas que hayan cumplido la mayoría de edad, es decir, dieciocho años, pero los menores de dicha edad también pueden contraerlo cuando medie permiso expreso y escrito de sus representantes legales.

Respecto a la voluntad, también por regla general, los vicios del consentimiento son error, fuerza y dolo (C. C., Art. 1508). Pero en esta materia deberán tenerse en cuenta algunas disposiciones legales especiales relativas al matrimonio, por cuanto, como examinaremos posteriormente –al estudiar el tema de la nulidad–, el error que se predica del matrimonio, para afectar el consentimiento, es acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos (Art. 140, numeral 1º), no sobre las cualidades de las personas; la fuerza o miedo que se exigen deben ser suficientes para obligar a alguno a obrar sin libertad, independientemente de que esa fuerza sea provocada por el que quiere contraer matrimonio, o por otra persona, pero con la aclaración de que “disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas, o por la sola cohabitación de los consortes”; o, si el matrimonio se celebra precedido de un rapto violento contra alguno de los contrayentes, hay una forma de subsanación si el agredido da el consentimiento suyo cuando se encuentre fuera del poder del raptor (*Ibidem*, numerales 5º y 6º).

Según lo dicho precedentemente, hay circunstancias en las que el tema del consentimiento adquiere caracteres relativos, precisamente porque, en materia de nulidades, el matrimonio tiene un régimen legal propio, como habrá oportunidad de estudiarlo en otro aparte de esta obra.

4.4.3 Solemnidad del contrato

Los contratos son solemnes cuando están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no producen ningún efecto civil; y son consensuales cuando se perfeccionan por el solo consentimiento, señala el artículo 1500 del Código Civil.

“Un contrato es solemne cuando, aparte del consentimiento, requiere, para *perfeccionarse*, la observancia de ciertas formalidades externas denominadas solemnidades, sin las cuales no produce ningún efecto civil”, dice el profesor Arturo Alessandri Rodríguez, citando a Planiol y Ripert, y añade: “El consentimiento de las partes no basta para generar estos contratos; es menester que se exteriorice solemnemente. Mientras así no ocurre, no hay en realidad consentimiento. Puede decirse que en estos contratos el cumplimiento de la solemnidad importa la manifestación misma del consentimiento: sólo consiente quien lo hace en la forma solemne señalada por la ley. Antes de ello no hay contrato, aunque las partes estén de acuerdo en sus elementos y lo hayan cumplido. La omisión de la solemnidad produce nulidad absoluta”⁶.

Aunque “El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes” (C.C., Art. 115), no puede perderse de vista que nuestro ordenamiento exige el cumplimiento de algunas solemnidades y requisitos especiales, sin cuyo cumplimiento el contrato no producirá efectos civiles y puede dar lugar a la declaratoria de nulidad, según las circunstancias concretas de cada caso.

⁶Alessandri Rodríguez, Arturo, *De los Contratos*, Temis, Editorial Jurídica de Chile, pp. 32/33.

Lección 5

Requisitos para la validez del matrimonio civil

De acuerdo con la misma definición que sobre el matrimonio trae nuestro Código Civil, y según los preceptos complementarios que lo regulan, el consentimiento para el matrimonio debe ser expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en el Código Civil, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contraviniere a tales formas, solemnidades y requisitos (C. C., Art. 115).

Así las cosas, para que el matrimonio civil tenga existencia y validez, deben cumplirse ciertas exigencias legales, a punto tal que si no se satisfacen, el contrato matrimonial puede derivar en la nulidad del mismo.

Los doctrinantes del Derecho Matrimonial suelen clasificar tales requisitos en dos: unos intrínsecos o de fondo; y otros extrínsecos o de forma.

5.1 Requisitos de fondo

Se clasifican los requisitos intrínsecos o de fondo, en requisitos de fondo *positivos* (diferencia de sexo y capacidad sexual de los contrayentes; capacidad mental y la expresión o manifestación de la voluntad) y requisitos de fondo *negativos* (existencia de un matrimonio anterior, vínculos de parentesco entre ellos y otros casos particulares).

5.1.1. Requisitos de fondo positivos

5.1.1.1 Diferencia de sexos

En principio, y como norma general, todas las personas pueden celebrar matrimonio, salvo las excepciones expresamente previstas en la Ley civil o, en su caso, la legislación canónica. Cuando el artículo 42 de la Constitución Política advierte que la familia se constituye “por la decisión libre *de un hombre y una mujer* de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, y el artículo 113 habla de que el matrimonio es un contrato solemne por el cual “*un hombre y una mujer*” se unen para desarrollar los fines inherentes al mismo, categórica y explícitamente exigen una diferencia de sexos entre los contrayentes.

Recordemos que el matrimonio es una institución jurídica que busca promover las relaciones sexuales entre los cónyuges, las cuales conllevan fines de procreación, para la perpetuación de la especie. Históricamente se ha considerado que los fines del matrimonio son el bien de los cónyuges, la procreación y la educación de los hijos, en cuanto es la unión legal de un hombre y una mujer para fundar una familia. De ahí que, como se desprende de la mera lectura del citado artículo 113, en nuestro ordenamiento jurídico no estuviera permitido el matrimonio entre parejas homosexuales. Inclusive, se consideraba que la falta de este requisito no traía igual consecuencia al incumplimiento de otros, puesto que, en este caso particular, cuando se daba el vínculo entre personas del mismo sexo, el matrimonio no era anulable, ni se consideraba ilícito, sino que, simplemente, no existía, no nacía a la vida jurídica.

Al fin y al cabo, de manera independiente a las consideraciones sobre los temas concernientes al concepto de familia; a sus fuentes; a los derechos de los homosexuales y a las relaciones de parejas del mismo sexo; a la orientación sexual, a la prohibición de diferencia de trato fundada en ésta, ni en ninguna otra circunstancia, y aceptando que los derechos de los homosexuales exigen protección especial, lo cierto es que en Colombia existía plena claridad jurídica de que el matrimonio, bajo reserva legal, solo podía ser celebrado entre *un hombre y una mujer*; lo que descartaba el matrimonio entre parejas del mismo sexo, debido a la carencia de disposiciones legales que lo regularan, tanto en su naturaleza, como en sus efectos.

Si se analiza con cuidado la sentencia C-577, del 26 de julio de 2011, podrá concluirse que fue la propia Corte Constitucional la que había advertido que “La decisión constitucional de reservar a la ley lo relativo a la familia y al matrimonio, implica “la defensa de un espacio propio que corresponde al legislador, de tal suerte que se impida a otros poderes del Estado desconocerlo”; y, por ello, la Corte Constitucional “no

puede ordenar una protección máxima, no puede escoger los medios que estime mejores, diseñar una institución jurídica o proponer una determinada política social”.

A estas apreciaciones debe agregarse que, en nuestro entender, así el legislador hubiese optado por acoger la exhortación que le hizo la Corte en la sentencia C-577, y hubiera reglamentado el matrimonio entre homosexuales, es decir –para parafrasear a la Corte Constitucional–, cubriera el espacio legislativo que le corresponde, nosotros pensábamos que no por ello en Colombia cabía, dentro del actual ordenamiento constitucional, la celebración válida de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Éramos de la opinión de que cualquier Ley que al respecto llegara a expedirse, podría contradecir el texto de la Carta Política, que en su artículo 42 dispone que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y que se constituye “... por la decisión libre *de un hombre y una mujer* de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla...”. Creíamos que se requeriría una reforma a este canon constitucional, para darle cabida a esta clase de matrimonios.

También habíamos venido diciendo que estos aspectos no tienen por qué contradecir los postulados que ha planteado la misma Corte, en el sentido de que existe pluralidad de familias distintas de la heterosexual, ni “a la evolución del concepto de familia y a su carácter maleable”, criterio que fue el que, al estudiar la exequibilidad de las expresiones “*un hombre y una mujer*”, del artículo 113 del Código Civil, la “llevó a considerar la variación de la interpretación tradicional del artículo 42 superior, para que responda de mejor modo a la realidad actual”. Solo que, insistimos, en tratándose de matrimonio, como una de las fuentes de la familia, mientras esté vigente el transcrito inciso del artículo 42 de la Constitución Política, a nuestro juicio, no podría ser reglamentado por el legislador, sin contradecir sus preceptos. En otras palabras, así como se torna incuestionable que hay otras fuentes de la familia, diferentes al matrimonio, pensábamos que la celebración de esta clase de contrato solo podía darse entre personas de distinto sexo.

De ahí que resulte paradójico –por decir lo menos– que la Corte Constitucional, después de haber manifestado respeto por la autonomía legislativa del Congreso de la República para pronunciarse en estas materias, ante la decisión adoptada por éste de no darle aprobación al proyecto de Ley que buscaba superar el déficit de derechos de las parejas del mismo sexo, tal como le había sido exhortado por ella misma en la citada sentencia C-577 de 2011, haya sido la que, contradiciendo sus propios postulados, a través de la sentencia unificadora SU 214, del 28 de abril de 2016, terminara dándole vía libre al matrimonio civil entre parejas homosexuales, con todos sus efectos jurídicos. O sea que, transcurridos los dos años desde la expedición de la sentencia citada, la Corte Constitucional, ante la negación del proyecto de Ley,

decidió, sin más ni más, sustituir al Congreso en su función legisladora en esta materia. Obviamente, así no compartamos estos criterios, debemos respetar su decisión.

En la sentencia SU-214, del 28 de abril de 2016, la Corte Constitucional sostiene que la Constitución Política no excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo; que éste no puede ser comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad en materia de matrimonio por parejas del mismo sexo; que “aunque el artículo 42 de la Constitución establece, de manera expresa, que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer, de esta descripción normativa mediante la cual se consagra un derecho a favor de las personas heterosexuales, no se sigue que exista una prohibición para que otras (...) lo ejerzan en igualdad de condiciones”. Añade que, “instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Constitución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también. Esto se debe a que en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras, incorporando *per se* la regla de interpretación “*inclusio unius est exclusio alterius*”, pues la Carta Política no es una norma general escrita en lenguaje prohibitivo. Por el contrario, la norma Superior, al estar escrita en el lenguaje deóntico de valores, de principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de éstos. A la luz de lo anterior, la Sala Plena encuentra que la Constitución en ninguna parte excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo. El artículo 42 Superior no puede ser comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad”.

Para la Corte, el que la Ley colombiana no admita la existencia de dos clases de matrimonio, conlleva a un trato diferenciado y desproporcionado fundado en la orientación sexual, lo que a su juicio quebranta los derechos a la libertad, dignidad humana e igualdad. También argumenta que la Carta Política “no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste”. Y luego de múltiples disquisiciones apoyadas en el Derecho comparado, a más de conceder varios amparos de tutela, según demandas que acumuló en esta sentencia de unificación, ordenó extenderla, con efectos *inter pares*, a todas las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al veinte (20) de junio de 2013: (i) hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual; (ii) hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (iii) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil

se haya negado a inscribirlo y; (iv) en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil, bien ante Jueces Civiles Municipales, ora ante Notarios Públicos, o ante los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces”.

De igual manera, en la misma sentencia decidió declarar: (i) que los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al veinte (20) de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica; (ii) que los Jueces de la República, que hasta la fecha de la providencia hubieran celebrado matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo en Colombia, actuaron en los precisos términos de la Carta Política y en aplicación del principio constitucional de la autonomía judicial, de conformidad con la parte motiva de la sentencia; (iii) Advertir a las autoridades judiciales, a los Notarios Públicos, a los Registradores del Estado Civil del país, y a los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces, que el fallo de unificación tiene carácter vinculante, con efectos *inter pares*, en los términos de la parte motiva de la sentencia; (iv) ordenar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, que adopten medidas de difusión entre los Jueces, Notarios Públicos y Registradores del Estado Civil del país, el contenido del fallo, con el propósito de superar el déficit de protección señalado en la Sentencia C- 577 de 2011, proferida por la Corte Constitucional.

En los anteriores términos, la Corte Constitucional les dio plena validez a los matrimonios que se celebren en Colombia entre parejas del mismo sexo, con todos los efectos civiles.

5.1.1.1 Matrimonios de transexuales

Retomando el tema de la diferencia de sexos, como requisito de fondo positivo para la celebración del matrimonio, debemos advertir que el tema no termina aquí, con la mera explicación de la ya varias veces mencionada sentencia unificadora. Ciertamente, hay otros asuntos por dilucidar, porque aún subsisten interrogantes frente a hechos que suelen presentarse en contravía de situaciones normales o corrientes. Uno de ellos es el que tiene que ver con los matrimonios de transexuales. A través del desarrollo de la ciencia médica, es posible alterar el sexo de las personas; algunos autores, como el profesor Arturo Valencia Zea, afirman que los transexuales, “... entendidos como las personas que no aceptan su sexo biológico y mediante intervenciones quirúrgicas... han logrado cambiarlo morfológicamente para que se identifique con su comportamiento psicológico y social y han obtenido mediante sentencia judicial el cambio de sexo, cumplen este requisito”¹, de la diferencia de sexos.

¹ Valencia Zea, Arturo, *Derecho de Familia*, Tomo V, 7ª ed., Temis, Bogotá, 1995, p. 135.

Sin embargo, obsérvese que, a pesar del carácter relativo que tiene este concepto, la inquietud que genera no es de poca monta. En este orden de ideas, el asunto por dilucidar es si en la legislación civil colombiana es posible el matrimonio con transexuales. Y ese trabajo no resulta fácil. Si nos atenemos al tenor literal del artículo 113 del Código Civil, antes de la sentencia de unificación SU-214 de 2016, ya citada, la respuesta sería negativa, en razón a que dicha norma emplea las expresiones “*un hombre y una mujer*”, haciendo énfasis, entonces, tanto en la monogamia, como en la heterosexualidad. Además, resultaría jurídicamente extraño, por decir lo menos, que una misma persona tenga dos opciones para celebrar un contrato matrimonial, o bien bajo el sexo real, o con el sexo transformado o aparente.

Desde luego que, amparados en los principios de igualdad de las personas y del libre desarrollo de la personalidad, podría considerarse que una circunstancia tal no tiene por qué afectar la capacidad de los individuos transexuales para casarse. Pero ello exigiría, al menos desde el punto de vista formal, la constancia del sexo, que usualmente se consigna en el registro civil de nacimiento. Solo que, habrá de aplicarse la forma jurídica de alterar el sexo real, para acreditar el sexo aparente. Creemos nosotros que, acogiendo las reglas referentes al registro del estado civil, se tornaría indispensable modificar el sexo inicial, conjuntamente con el nombre de la persona registrada o inscrita en el registro civil.

A través de los decretos 1069 y 1227 de 2015, el primero referente al sector Justicia y del Derecho, se reglamentó el trámite para corregir el componente de sexo en el registro del estado civil, buscando que la declaración haga referencia “a la construcción socio cultural que tenga la persona de su identidad social”, bastando la mera solicitud del componente sexo, con indicación de ser masculino (m) o femenino (f), y una declaración juramentada que exprese su voluntad de realizar la corrección en la correspondiente casilla del formulario de registro civil de nacimiento.

Este decreto trae en sus considerandos los criterios expuestos por la Corte Constitucional en una sentencia de tutela, la T-063, del 13 de febrero de 2015, a través de la cual se ordenó a una notaría pública que en un término perentorio, “por medio de escritura pública protocolice el cambio de nombre y la corrección del sexo que consta en el registro civil de nacimiento de la accionante, de modo tal que coincida con el nombre (...) y el sexo (...) con el que ella se identifica”. También dispuso que “Una vez efectuado dicho trámite, deberá enviar copia de la escritura pública a la Registraduría Nacional del Estado Civil quien deberá efectuar la modificación del registro civil y entregar una copia del mismo corregido a la accionante. Así mismo, la Registraduría deberá adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la reserva del primer registro, que solo podrá ser consultado por la actora, por orden judicial que

disponga su publicidad en un caso concreto, o por parte de las autoridades públicas que lo requieran para el ejercicio de sus funciones”.

Allí, en dicha sentencia, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia sobre el derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y al reconocimiento de la personalidad jurídica como fuentes básicas de la identidad sexual y de género, que había expuesto en la sentencia T-881 de 2002, en la que explicó la mencionada dignidad humana, de las siguientes maneras: (i) como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse sus características (vivir como quiera); (ii) entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien); Y, (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”.

Concretamente, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“La Sala concluye que el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida).

Estos tres ámbitos de protección integrán, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre “dignidad”, principalmente el contenido en el artículo 1 (Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria,...fundada en el respeto de la dignidad humana...).”

(...) A partir de las anteriores consideraciones, esta Corporación ha reconocido que el derecho a la expresión de la individualidad “es un bien inherente a la persona humana (Art. 94 C.P.), y se proyecta como parte integral del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.P.).” Y ello es así, por cuanto la primera necesidad que tiene el individuo es “la de ser reconocido como ente distinto y distinguible, y para ello existe el respeto, tanto del Estado como de la sociedad civil, a su individualidad, es decir, a ser tratado de acuerdo con sus notas distintivas de carácter, sin más límites que los derechos de los demás, el orden público y el bien común. La fijación de la individualidad de la persona ante la sociedad, y ante el Estado, requiere de la conformidad de individuo con la identidad que proyecta, de suerte que siempre tendrá la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones (Art. 18 C.P.).”

(...) El derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se identifica con el derecho a que tales definiciones se correspondan con los datos de identificación consignados en el registro civil. Este último se

encuentra protegido por el artículo 14 de la Constitución Política, que consagra el derecho de todos los individuos al reconocimiento de su personalidad jurídica. Esta garantía está igualmente reconocida en algunos instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ambos contextos, se impone el respeto que tanto el Estado como la sociedad deben guardar en relación con las notas distintivas del carácter de cada persona. Sobre el alcance de este derecho, en la sentencia T-090 de 1995 esta Corporación admitió la relación que existe entre el derecho constitucional al reconocimiento de la personalidad jurídica y los atributos jurídicos inherentes a la persona humana que la distinguen, identifican y singularizan. Dicho planteamiento fue reafirmado en la sentencia C-109 de 1995 en los siguientes términos:

“El derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad.”

En este orden de ideas, el artículo 14 constitucional protege el derecho de todo individuo a que los atributos de la personalidad jurídica plasmados en el registro civil y otros documentos de identificación efectivamente se correspondan con las definiciones identitarias de las personas y, en caso de que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas, lo que resulta de particular relevancia para el caso de las identidades en tránsito. En todo caso, los atributos de la personalidad son aquellas propiedades o características de identidad propias de las personas físicas o jurídicas en tanto que titulares de derechos. La integran el nombre, la capacidad de goce, el domicilio, el patrimonio y el estado civil”.

(...) En conclusión, la jurisprudencia constitucional ha evolucionado desde sus pronunciamientos iniciales, donde concebía la identidad sexual como un atributo “objetivo” que requería de comprobación judicial (T-504 de 1994), hasta la posición actual que la entiende como un proceso de adscripción que cada persona tiene derecho a realizar de manera autónoma, respecto de la cual el papel del Estado y de la sociedad consiste en reconocer y respetar dicha adscripción identitaria, sin que la intervención de las autoridades estatales tenga carácter constitutiva de la misma. Asimismo, ha reconocido el derecho fundamental que le asiste a toda persona a que el sexo consignado en el registro civil coincida con la identidad sexual y de género efectivamente asumida y vivida por esta (T-918 de 2012 y T-231 de 2013). Finalmente, ha señalado que se vulneran los derechos fundamentales de las personas transgénero cuando se establecen obstáculos innecesarios para lograr la corrección del sexo en el registro civil a fin de que coincida con su identidad vivida, y ha señalado que procede directamente dicha modificación, sin acudir a un proceso de jurisdicción voluntaria, siempre que se cuente con las pruebas médicas o psicológicas que sustenten la petición”.

En otro sentido, y cumpliendo debidamente con esas formalidades, también podrían darse situaciones en que una persona de sexo masculino, por ejemplo, contraiga válidamente matrimonio con una mujer y posteriormente decida y obtenga el cambio de sexo, de masculino a femenino. Aunque estas inquietudes no están claramente previstas en la legislación nacional, ni siquiera definidas por la jurisprudencia patria, parecería viable afirmar que se presentaría una causal sobreviniente para invocar la disolución del mismo por la vía del divorcio –ante la imposibilidad de cumplir las obligaciones de cónyuge– o, quizás, para alegar la nulidad del matrimonio, frente a la falta de diferencia de sexos, en cuanto que esta situación es contraria a la naturaleza misma del contrato matrimonial. Solo que al respecto –se repite– no hay muchos antecedentes legislativos o jurisprudenciales y, además, resulta menester ahora adecuar estos criterios a los principios expuestos por la Corte Constitucional en la ya varias veces mencionada sentencia SU-214, del 28 de abril de 2016.

Sobre el tema tratado por la Corte Constitucional en las sentencias de tutela citadas, y recogidas en el Decreto 1227 de 2015, hay algunos precedentes. Entendemos que, por allá, en el año 2002, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, Francia, equiparó a los transexuales con los demás ciudadanos en sus derechos a la vida privada, a formar una familia y a casarse, según su identidad sexual, después de operarse. Lo que se supo haber ocurrido en aquella época es que esta decisión del Tribunal fue adoptada por unanimidad, a través de dos sentencias que, en sendos casos diferentes pero con algunas similitudes, condenaron al Reino Unido por violar los derechos familiares consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, respecto a dos mujeres, nacidas hombres y transformadas de sexo.

Esa postura de un Tribunal judicial, de todas formas dio cabida a la promoción de leyes relativas a la identidad de género y a reglamentar el cambio de sexo. En España, por ejemplo, en el año 2013, fue aprobada la Ley de Identidad de Género, que permite a los transexuales cambiar de nombre y de sexo en el Registro Civil y en el Documento Nacional de Identidad DNI. Para ese propósito, se debe acreditar el diagnóstico médico de “disforia de género”, y un tratamiento por un período determinado para acomodar su físico al sexo reclamado.

5.1.1.2 Capacidad sexual

Si uno de los fines del matrimonio es la procreación, que comprende la satisfacción de las necesidades sexuales, la capacidad sexual se torna en uno de los requisitos para la celebración del mismo. Por ello, no es suficiente la diferencia de sexos. También se exige que los contrayentes estén en posibilidad de tener relaciones sexuales normales, es decir, aquellas que posibiliten las finalidades de procreación, por lo que no se cum-

ple este requisito de fondo si alguno de ellos padece algún defecto en sus órganos que no permita la relación sexual, y dificulte gravemente la misma concepción.

No es solamente que alguno de los contrayentes esté en imposibilidad de procrear, sino también de no poder ejecutar el acto sexual que naturalmente conduce a ese fin.

Son ejemplos de incapacidad sexual y de imposibilidad de procreación, los eunucos (varones castrados); quienes han tenido vasectomía doble (un tipo de operación esterilizante en los varones, consistente en seccionar quirúrgicamente los conductos genitales masculinos); la impotencia o incapacidad de erección permanentes; la mutilación o malformaciones graves del miembro viril; la falta de los dos ovarios en las mujeres, o del útero, o cualquier otro padecimiento similar.

Hoy en día, los avances de la medicina permiten superar algunas de las situaciones mencionadas. Baste hacer referencia a las disfunciones eréctiles, que se corrigen con modernos medicamentos, cuyo uso se ha extendido ampliamente, en especial por parte de varones de edades avanzadas; quirúrgicamente también se han dado casos de reconstrucción del pene y, en fin, otra clase de soluciones científicas.

Pero estas son especulaciones puramente doctrinarias, porque la Ley colombiana no señala expresamente que, de darse alguno de los casos citados, el matrimonio sea inexistente; ni siquiera la impotencia está consagrada como causal de nulidad del matrimonio civil, y ninguna circunstancia similar está estipulada como tal en la lista contenida en los artículos 140 del Código Civil y 13 de la Ley 57 de 1887. Adicionalmente, a la luz de los lineamientos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-214, del 28 de abril de 2016, que considera que “en un Estado Social de Derecho existe un conjunto de derechos fundamentales, cuyos contenidos esenciales configuran un “coto vedado” para las mayorías, es decir, un agregado de conquistas no negociables, entre ellas, aquella que tiene todo ser humano, en condiciones de igualdad, para unirse libremente con otro y conformar una familia, con miras a realizar un plan de vida común”, este tema de la capacidad sexual adquiere un papel meramente secundario respecto a los requisitos para la celebración del matrimonio.

Por las anteriores razones, como quiera que de acuerdo a las disposiciones contenidas en el artículo 16 de la Ley últimamente mencionada, fuera de las causales de nulidad de matrimonios civiles enumeradas en dichos artículos no hay otras que invaliden el contrato matrimonial, si con base en estos hechos se desea disolver el vínculo matrimonial, en vez de acudir a una acción de nulidad consideramos que habrá necesidad de proponer el divorcio, con apoyo en la causal contenida en el numeral 2º del artículo 6º de la Ley 25 de 1992, que subrogó el artículo 154 del Código Civil, o

sea, “El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales...”.

Lo anteriormente dicho no es óbice para que, como ilustración doctrinaria, recordemos el alcance dado por la Corte Constitucional en la pluricitada sentencia C-577 de 2011, de la expresión “de procrear”, y sus explicaciones precisas sobre el concepto de “procreación”.

La Corte Constitucional dijo a este respecto lo siguiente:

En cuanto a la expresión “de procrear”, del artículo 113 del Código Civil, la acusación versa sobre el desconocimiento de los derechos a la autonomía reproductiva, a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad, que garantizan la opción de no tener ningún hijo, así como sobre el desconocimiento de los derechos de la mujer, dado que debe asumir cargas especiales, en razón de cuestiones biológicas y culturales relacionadas con la reproducción de la especie. El planteamiento supone que, en la forma como aparece mencionada en el artículo 113 del Código Civil, al considerarla uno de los fines del matrimonio, la procreación implica una imposición a los contrayentes, quienes no podrían, en ningún caso, sustraerse de ella y sucede que eso no es así, porque el matrimonio genera una vinculación jurídica que surge del consentimiento expresado por la pareja heterosexual, mas no de su aptitud para procrear, lo que puede o no suceder y, en caso de no acontecer, no suprime el carácter de familia al cual han accedido los cónyuges en virtud de la expresión de su consentimiento.

Por esa razón es factible el matrimonio de ancianos, el matrimonio in extremis o el celebrado por personas conscientes de su infertilidad o que, con fundamento en respetables criterios, han decidido no tener hijos e incluso abstenerse de mantener relaciones sexuales, habida cuenta, además, de que, conforme se ha expuesto, toda familia se funda en el afecto y la solidaridad que alientan el cumplimiento de un proyecto de vida en común y la feliz realización de cada uno de sus integrantes. Más aun, la unión sexual de la pareja, orientada a la reproducción, puede darse y, pese a ello, frustrarse el propósito de engendrar descendencia por circunstancias no dependientes de la voluntad de los esposos. La procreación no es, entonces, una obligación, sino una posibilidad que se les ofrece a los casados y que el legislador, atendiendo a lo que suele ser normal en la realidad, reconoció, otorgándole el carácter de finalidad del matrimonio, lo que no implica la imposición de una obligación inexcusable de tener hijos, ni un desconocimiento de los derechos a la autodeterminación reproductiva, a la autonomía individual y al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Los mismos demandantes, en apartado posterior de su escrito admiten que “la procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato de matrimonio y, en tal sentido, la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato”. Ciertamente el artículo 42 de la Constitución

establece que “la pareja tiene el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” y como tantos derechos, entre ellos los relativos a la familia y al matrimonio, tiene una faceta positiva y una faceta negativa. De acuerdo con su faceta positiva, la pareja tiene la facultad para decidir tener hijos en la cantidad que libremente resuelvan los esposos, pero de acuerdo con la faceta negativa libremente los cónyuges tienen la prerrogativa de decidir no tener descendencia. Así lo ha estimado la Corte al señalar que la libertad de fundar una familia tiene dimensiones positivas y negativas e incluye “la libertad de reproducirse o no hacerlo”. El contenido del derecho está integrado por las dos facetas y no solo por la negativa como lo entienden los demandantes, motivo por el cual su interpretación del establecimiento de la procreación como finalidad del matrimonio es desacertada, pues no existe imposición alguna en el sentido de tener hijos. Así, en caso de optar por no tenerlos, la decisión de la pareja tiene respaldo jurídico, pero si deciden tenerlos el apoyo legal dado por la inclusión de la procreación como fin del matrimonio es importante para la pareja y, sobre todo, para los hijos habidos en el matrimonio, quienes tienen derecho a su familia biológica y son sujetos de especial protección constitucional. En cuanto al papel de la mujer en relación con la reproducción, cabe apuntar que las consecuencias negativas aducidas por los actores no tienen su origen en la disposición atacada, que se limita a incluir la procreación como fin del matrimonio, pero no ordena que la mujer tenga que asumir cargas agobiantes, lo que más bien proviene, como dicen los actores, de causas biológicas o culturales que no son creadas ni alentadas por la expresión demandada, debiéndose tener en cuenta que, según la Constitución, la decisión acerca del número de hijos no puede ser el resultado de la imposición de uno de los cónyuges al otro, sino que ha de ser tomada por “la pareja”, que incluye a la mujer.

Y más adelante añadió lo siguiente:

“Así pues, el matrimonio, “como uno de los actos constitutivos de la familia genera deberes en cabeza de los cónyuges”, también da lugar a derechos y, en todo caso constituye en familia a la pareja que, con esa finalidad, manifiesta libremente su consentimiento, lo que se torna todavía más patente en el caso del casamiento de personas ancianas cuya edad fértil ha pasado, de quienes contraen matrimonio in articulo mortis o a sabiendas de la infertilidad de alguno de los cónyuges o de ambos y de los casados que se proponen no tener hijos, lo que en nada afecta a sus derechos individuales o de pareja, tampoco los deberes u obligaciones que en razón del vínculo jurídico surgen entre ellos ni, por supuesto, la condición de familia fundada en el matrimonio, pues pensar en lo contrario implicaría una inaceptable e inconstitucional distinción entre unos matrimonios que tendrían la aptitud para originar una familia y otros que carecerían de esa aptitud. Así lo ha entendido el legislador que en el artículo 2° de la Ley 294 de 1996, dictada para “prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”, estableció que, para los efectos de esa regulación, junto a otros supuestos, la familia está integrada por “los cónyuges”.

Tratamiento diferente se da a casos como éstos, cuando se refieren a matrimonios celebrados bajo los ritos de la Iglesia Católica, pues el Código de Derecho Canónico sí consagra como causales de nulidad algunos de los hechos a que nos hemos referido.

Ciertamente, el canon 1055, del Código de Derecho Canónico, al definir el matrimonio, dispone que, entre otros fines, ese sacramento está “ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole (...)”.

Inclusive, “la impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal, tanto por parte del hombre como de la mujer, ya absoluta ya relativa, hace nulo el matrimonio por su misma naturaleza” (canon 1084), aunque la misma norma aclara que la esterilidad no prohíbe el matrimonio. En esa impotencia sexual se incluye la incapacidad de cópula, ya sea del hombre o de la mujer, ya sea “orgánica, funcional, física, psíquica, natural o adquirida”.

De manera que, desde la perspectiva católica, la capacidad sexual sí es inherente a la naturaleza misma del sacramento matrimonial, al punto de que la imposibilidad de la persona humana de realizar un acto conyugal perfecto e idóneo para la procreación, necesariamente conduce a la falta de idoneidad para lograrla, faltando así uno de los elementos que conforman un consorcio para toda la vida, como lo concibe el Derecho Canónico.

5.1.1.3 Capacidad mental

Como advertimos atrás, todo acuerdo de voluntades exige, para la validez de su celebración, que los contratantes sean capaces. Pero la capacidad para el matrimonio es diferente de la capacidad general exigida para la celebración de otra clase de actos o contratos, o de negocios jurídicos. Realmente, hay quienes consideran que esa diferencia radica en que, para la celebración del matrimonio, la capacidad que se exige es la que da una madurez suficiente para asumir los compromisos propios del acto matrimonial, que supone la constitución de una familia, la posibilidad de la procreación, las responsabilidades inherentes a los hijos habidos dentro del matrimonio, etc.

De ahí que algunos autores dividan esta capacidad para contraer matrimonio, en dos clases:

- a) La llamada capacidad matrimonial libre, es decir, la que tienen las personas que han cumplido la mayoría de edad, pues para celebrar el matrimonio no necesitan ninguna autorización de sus representantes legales: y,
- b) La capacidad matrimonial no libre, que comprende a los varones y mujeres mayores de 14 años, pero ambos menores de 18 años.

El Código Civil ha considerado que si se ha dado el paso de la infancia a la edad adulta, alcanzar el estadio de la pubertad corresponde a razones de carácter natural, pues el hombre y la mujer han llegado a la aptitud física para reproducirse. Ese fenómeno ocurre, por lo general, a los catorce años cumplidos, siendo varón, y a los doce años, siendo hembra. Precisamente, sobre este último caso, la Corte Constitucional, en pronunciamiento consignado en la sentencia C-507, de mayo 25 de 2004, declaró inexecutable la expresión “de doce” contenida en el artículo 140 del Código Civil, relativo a las nulidades del matrimonio y, de paso, unificó la edad para la pubertad en catorce años, tanto para hombres como también para mujeres.

Pero la capacidad física o natural para engendrar y concebir, no conlleva, por sí misma, la capacidad jurídica para celebrar el matrimonio, razón por la cual, esa capacidad se sule por medio del permiso expreso, por escrito, de los padres (C.C., Art. 117). “Si se parte de la base de que en Colombia es posible el matrimonio de los hombres que hayan cumplido 14 años y de las mujeres de 12 (hoy también de 14), es clara la finalidad del legislador al exigir el permiso de los padres, de los ascendientes, o de los representantes legales en defecto de unos y otros: proteger al mismo menor contra su inexperiencia. Si desde el punto de vista estrictamente somático, las personas que han llegado a la pubertad, son aptas para la función reproductora, no hay que olvidar que el matrimonio es una relación compleja, que exige madurez emocional que generalmente sólo se va alcanzando con el paso de los años. Además, no hay razón para rodear de garantías la celebración de contratos que mira solamente la situación económica de los menores, como los que versan sobre inmuebles, contratos que, en principio, sólo puede celebrar el representante legal, con el lleno de algunos requisitos, y permitir la libre celebración del más importante de los contratos”, dijo la Corte Constitucional en su sentencia C-344, del 26 de agosto de 1993, al declarar la ya mencionada inexecutable del artículo 117 del Código Civil.

5.1.1.4 Expresión de la voluntad de los contrayentes

Otro requisito de fondo, para que haya matrimonio válido, tiene que ver con la expresión de la voluntad de los contrayentes. Esa voluntad se expresa externamente a través de la declaración que cada uno de ellos hace de querer tomarse como marido y mujer. La falta de consentimiento impide la formación del vínculo matrimonial. Inclusive, “Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos...”, se configura una causal de nulidad del matrimonio, según el numeral 3° del artículo 140 del Código Civil.

Ese consentimiento debe ser libre y recae no solo sobre la forma sino también sobre la naturaleza y contenido esenciales del matrimonio, o sea, sobre los propósitos

de cohabitar, de guardarse fe, de prestarse el socorro y la ayuda recíprocas, y el de procrear.

La citada norma dice presumir la falta de consentimiento a quienes se hayan puesto en estado de interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Y en la sentencia que declaró la inexecutable de algunas expresiones (“furiosos locos”, “mentecatos”), del numeral 3º del artículo 140 del Código Civil, la Corte Constitucional hizo algunas reflexiones relativas a la capacidad, de las cuales vale la pena tener en cuenta determinados apartes, así:

En relación con quienes padecen una discapacidad mental, se considera que no es suficiente que una persona esté privada de sus facultades mentales para que se le considere absolutamente incapaz, puesto que, como la capacidad se presume, así debe ocurrir mientras no sea objeto de interdicción judicial.

Según la jurisprudencia nacional, quien sea declarado interdicto, por discapacidad mental, no puede celebrar acto o contrato alguno, “aunque alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido”; por el contrario –dicen al unísono la Corte Constitucional y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia– “el acto o contrato ejecutado sin previa interdicción será válido, “a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente”.

Y explica la primera de las corporaciones mencionadas: “La presunción legal contenida en el numeral 3º del artículo 140 del Código Civil, de faltar el consentimiento para contraer matrimonio respecto de quienes se encuentran en incapacidad por razón de su condición mental, que armonizada con lo previsto en el artículo 553 del Código Civil significa entonces que, la ley presume la falta de consentimiento para contraer matrimonio en quien se encuentre en interdicción judicial, pero como la presunción es de tipo legal bien se podrá demostrar en el proceso de nulidad de matrimonio respectivo la situación contraria, es decir, que para el matrimonio sí medió el consentimiento libre y espontáneo del interdicto, es decir, se estuvo en un intervalo lúcido. Cabe recordar también, que puede ser nulo también el matrimonio de quien si bien no se encuentre en interdicción judicial lo ha contraído encontrándose en una condición mental que le impedía expresar su consentimiento libre y espontáneo, solo que en este caso no puede acudirse a la presunción legal que consagra el numeral 3º del artículo 140 del Código Civil”².

Concluye con estas palabras: “En este orden de ideas, siendo el matrimonio en la legislación civil un contrato para cuya celebración debe mediar la expresión del con-

² Corte Constitucional, Sentencia C-478, junio 10 de 2003, M.P.: Clara Inés Vergas Hernández.

sentimiento libre y espontáneo de los contrayentes, bajo determinados supuestos se estructura una presunción legal, que como tal admite prueba en contrario, de haber faltado dicho consentimiento, por lo que la figura civil de la cual hacen parte las expresiones demandadas, encuentran su razón de ser en la protección que la ley debe a las personas que padecen determinadas enfermedades mentales que les impiden adelantar juicios libres y prestar su consentimiento con plena conciencia de sus actos. Se trata, por tanto, de asegurar, para efectos civiles y en relación con el matrimonio, una igualdad de trato entre desiguales pues la libertad para expresar el consentimiento para contraer matrimonio no se halla presente en quien se encuentra, en un determinado momento, privado de su capacidad de razonar”.

Y sentenció de la siguiente manera: “Así entonces, dicho numeral queda de la siguiente manera: *“Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Pero los sordomudos si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio”*³.

5.1.2 Requisitos de fondo negativos

5.1.2.1 Que no haya vínculo matrimonial precedente

Como consecuencia del principio de la singularidad en las relaciones maritales, es decir, de la monogamia, la Ley prohíbe celebrar matrimonio a una persona que tenga un vínculo matrimonial vigente anterior. El matrimonio así celebrado es nulo y sin efectos, sin perjuicio de las responsabilidades penales que puedan derivarse por posibles conductas punibles relacionadas con la alteración o suposición del estado civil, o la falsedad en documentos, ya que el delito de bigamia, que durante muchos años hizo parte de los tipos penales consagrados en nuestra legislación, fue excluido como tal del Código Penal, a raíz de la expedición de la Ley 599 de 2000.

5.1.2.2 Que los contrayentes no estén en la misma línea de ascendientes o descendientes, ni sean hermanos

Se refiere a los vínculos de parentesco que menciona el artículo 43 del Código Civil, los cuales se producen cuando en línea recta se cuenta bajando del tronco a los otros miembros (descendientes), como padre, hijo, nieto, biznieto, tataranieto, etc.; o subiendo (ascendientes), como padre, abuelo, bisabuelo, tatarabuelo, etc.

³ Ibid.

La parte final del numeral 9º del artículo 140 del Código Civil prohíbe también el matrimonio entre hermanos, es decir, de quienes se encuentren en el segundo grado de consanguinidad de la línea colateral u oblicua. En este caso, la Ley se refiere a cualquier clase de hermanos, ya sean carnales, maternos o paternos, legítimos o extramaritales, pues no hace ninguna clase de distinciones al respecto.

5.1.2.3 Que los contrayentes no estén entre sí en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima

El artículo 13 de la Ley 57 de 1887 dispone que el matrimonio civil es nulo “Cuando se ha contraído por personas que están entre sí en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima”.

La línea recta o directa, según el artículo 42 del Código Civil, es la que forman las personas que descienden unas de otras, o que sólo comprende personas generantes y personas engendradas. “La afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer” (C.C., Art. 47).

En este caso, específicamente se refiere al matrimonio del padrastro con su hijastra; o el del hijastro con la madrastra; al suegro con la nuera y al de la suegra con su yerno.

5.1.2.4 Que no exista relación de parentesco civil

El parentesco civil es el que resulta de la adopción (C.C., Art. 50), la cual es, por definición contenida en el artículo 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. El Código Civil prohíbe la celebración del matrimonio entre padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el adoptivo y la madre adoptante, o con la mujer que fue esposa del adoptante.

5.1.2.5 Homicidio del cónyuge

También se prohíbe el matrimonio del cónyuge que “... ha matado o hecho matar al cónyuge o con quien estaba unido en matrimonio anterior...”. (C.C., Art. 140, numeral 8).

Sobre este aspecto es necesario aclarar que la Corte Constitucional, al declarar exequible el numeral 8° del artículo 140 del Código Civil, condicionó esa decisión “a que se entienda que la nulidad del matrimonio civil por conyugicidio se configura cuando ambos contrayentes han participado en el homicidio y se ha establecido su responsabilidad por homicidio doloso mediante sentencia condenatoria ejecutoriada; o también, cuando habiendo participado solamente un contrayente, el cónyuge inocente proceda a alegar la causal de nulidad dentro de los tres meses siguientes al momento en que tuvo conocimiento de la condena”⁴.

5.1.3 Requisitos de forma

Ya habíamos visto que, según las disposiciones del artículo 42 de la Constitución Política, “Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil”.

Pues bien: de acuerdo a la ley civil colombiana, y empleando las explicaciones que hacen algunos autores expertos en el Derecho Matrimonial, los requisitos de forma para la celebración de un matrimonio se clasifican en dos grupos, según las formalidades sean anteriores a la celebración del vínculo, o coetáneas a él, a saber:

5.1.3.1 Formalidades y requisitos anteriores a la celebración del matrimonio civil

5.1.3.1.1 Formalidades ante el juez

Con relación a los primeros, señala las formalidades que deben surtirse ante el Juez o ante el Notario, según sea el funcionario encargado de celebrar el matrimonio, así:

5.1.3.1.1.1 Petición ante el juez

Esta petición, dirigida al Juez competente (de acuerdo con el artículo 17 del Código General del Proceso, los jueces civiles municipales conocen en única instancia de la celebración del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios), puede ser formulada verbalmente o por escrito, manifestando su propósito⁵.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-271, de abril 1° de 2003, Exp. D-4248, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁵ Obsérvese que el artículo 626 del Código General del Proceso, aprobado por la Ley 1564, del 12 de julio de 2012, y reglamentado a través del Decreto 1736 de 2012, derogó el artículo 128 del Código Civil.

El artículo 127 del Código Civil prohíbe que sean testigos para presenciar y autorizar un matrimonio, las personas menores de 18 años; los que se hallaren en interdicción por causa de discapacidad mental; los que actualmente se hallaren privados de la razón; los condenados a la pena de reclusión por más de 4 años, y, en general, los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos, los extranjeros no domiciliados en el país y las personas que no entiendan el idioma de los contrayentes.

Adviértase que aunque el artículo 127 del Código Civil, relativo a testigos inhábiles, se mantiene vigente, no puede perderse de vista que el artículo 626 del Código General del Proceso, aprobado por la Ley 1564, del 12 de julio de 2012, y reglamentado a través del Decreto 1736 de 2012, derogó los artículos 126 y 128, así como la expresión “y a recibir la declaración a los testigos indicados por los solicitantes”, del artículo 129. En ese sentido, consideramos que el requisito de obtener la autorización de dos testigos hábiles, previamente juramentados, para la celebración del matrimonio civil, ha sido derogado tácitamente y ya no debe aplicarse, y que esta diligencia no requiere ese requisito, tal como ocurre con el matrimonio civil celebrado ante notario público, que solo exige su solemnización mediante escritura pública con el lleno de todas las formalidades que tal instrumento requiere (Decreto 2668 de 1988, artículo 1°).

5.1.3.1.2 Publicaciones

Corresponde al Juez, una vez presentada la petición, adelantar gestiones previas de permiso de los padres, o representantes legales de los contrayentes, cuando fueren menores de 18 años, e interrogar a los testigos que hayan señalado los solicitantes. Una vez cumplido lo anterior, debe ordenar la fijación de un edicto en la Secretaría del Despacho del Juzgado, por el término de 15 días, tal como lo ordena el artículo 130⁶ del Código Civil.

Las exigencia de que el Juez interrogara a los testigos con las formalidades legales, sobre las cualidades de los contrayentes, y les leyera el texto del artículo 140 del Código Civil, el cual se refiere a las causales de nulidad del matrimonio, y, en general, sobre todo aquello que considerara necesario para ilustrar su juicio, desapareció del ordenamiento, a raíz de la derogatoria expresa del artículo 130 del Código Civil.

Con relación a la celebración del matrimonio, el artículo 135 del Código Civil dispone que aquella ocurrirá presentándose los contrayentes en el despacho del Juez, ante éste, su secretario y dos testigos y que el Juez explorará de los esposos si de su

⁶ Obsérvese que el artículo 626 del Código General del Proceso, aprobado por la Ley 1564, del 12 de julio de 2012, y reglamentado a través del Decreto 1736 de 2012, derogó el artículo 130 del Código Civil.

libre y espontánea voluntad se unen en matrimonio; les hará conocer la naturaleza del contrato y los deberes recíprocos que van a contraer, instruyéndoles al efecto en las disposiciones de los artículos 152 y 176 del Código Civil, procediendo a extender un acta de todo lo ocurrido, que firmarán los contrayentes, los testigos, el Juez y su secretario, con lo cual se declarará perfeccionado el matrimonio.

Surge aquí de nuevo una pregunta: ¿Subsiste en el Código Civil la exigencia de los dos testigos, para la celebración del matrimonio? A no ser porque el artículo 626 del Código General del Proceso, ya mencionado, dejó plenamente vigente el artículo 135 del Código Civil, que mantiene en su texto las expresiones “y dos testigos”, y que exige la firma del acta por parte de ellos, podría darse una respuesta negativa, en razón a que la norma derogó expresamente el artículo 126, que precisamente, entre las formalidades para celebrar el matrimonio, contemplaba la autorización de dos testigos hábiles, previamente juramentados, así como también derogó la expresión “y a recibir declaración a los testigos indicados por los solicitantes”. En ese sentido, creemos que no se exige la presencia de testigos en la celebración del matrimonio civil ante Juez, por haber operado la derogatoria tácita del artículo 127 de Código Civil.

“Por último si los contrayentes son vecinos de distintos distritos parroquiales, o si alguno de ellos no tiene seis meses de residencia en el distrito en que se halla...” (C.C., art. 131), el Juez requerirá al del lugar de vecindad del varón, para que fije el edicto por igual término. Empero, conviene aclarar que la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 131, “en el entendido de que en virtud del principio de igualdad entre sexos (C.P., Arts. 13 y 43), se trata del Juez de la vecindad de aquel contrayente cuyo domicilio fue escogido por los futuros cónyuges como lugar para celebrar el matrimonio, y que en ese mismo pronunciamiento se declaró inexecutable la expresión “del varón”, contenida en el mismo artículo, “en el entendido de que se trata del Juez de la vecindad del otro contrayente”⁷.

5.1.3.1.1.3 Trámite de las oposiciones

Como el propósito principal del edicto es hacer pública la solicitud de matrimonio, es posible que se presenten oposiciones a su celebración, en cuyo caso el juez debe fijar un término de ocho (8) días para allegar pruebas. Cumplido este trámite, fija fecha para adelantar el juicio y resolverá la petición dentro del plazo a que se refiere el artículo 132. Si no se hiciera oposición, o si haciéndose se declara infundada, se procederá a señalar día y hora para la celebración del matrimonio, que será dentro de los ocho días siguientes, haciéndole conocer a los interesados esta decisión de manera inmediata.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-112, del 9 de febrero de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

La decisión del Juez no es apelable, como lo establecía el artículo 133 del Código Civil, en cuanto que éste fue derogado y, además, porque el artículo 17 del Código General del Proceso asigna la competencia de celebrar del matrimonio civil a los jueces civiles municipales, en única instancia.

5.1.3.1.2 Formalidades y trámite ante notario

El Decreto 2668 de 1988 facultó a los Notarios para celebrar el matrimonio civil, solemnizándolo por medio de escritura pública, sin perjuicio de la competencia de los jueces civiles municipales.

En este trámite deben adelantarse las diligencias previas a las que se refiere el mencionado Decreto, que principalmente tienen que ver con la formulación de la solicitud, su presentación personal, los nombres y datos de identificación, nacimiento y domicilio de los contrayentes, y las manifestaciones sobre inexistencia de impedimentos legales para celebrar el matrimonio.

Junto con la solicitud deben acompañarse copias de los registros civiles de nacimiento, “válidos para acreditar parentesco, expedidos con antelación no mayor de un (1) mes” (Decreto 1668 de 1988, Art. 3º). En caso de que se trate de nuevas nupcias, esta norma dispone que se acompañarán, además, “el registro civil de defunción del cónyuge con quien estuvo unido en matrimonio anterior o los registros civiles donde conste la sentencia de divorcio o de nulidad o de dispensa pontificia, debidamente registrada y un inventario solemne de bienes”, en caso de existir hijos de precedente relación, en la forma prevista por la Ley.

La publicidad de la solicitud se hace de la misma manera, es decir, fijando un Edicto en la Secretaría de la Notaría, pero por el término de 5 días.

Respecto de las oposiciones, si ellas llegaren a presentarse, la Ley exige que ellas se presenten, por escrito y personalmente, bajo la gravedad del juramento, el cual se presume con la firma del opositor, acompañando las pruebas que pretenda hacer valer. En este caso, se dará por terminado el trámite notarial, y necesariamente habrá de acudir ante el Juez civil municipal competente.

5.1.3.2 Requisitos coetáneos a la celebración del matrimonio civil

5.1.3.2.1 El funcionario competente

De acuerdo a las voces del artículo 115 del Código Civil, “El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente...”.

Son dos los funcionarios competentes para celebrar un matrimonio civil. De un lado, el Juez municipal o promiscuo municipal y el Notario Público, en ambos casos, el que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, a prevención.

En el primer caso, así lo dispone el artículo 17 del Código General del Proceso, (Ley 1564 de 2012), aunque pensamos que siguen vigentes los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-112, del 9 de febrero de 2000, cuando declaró inexecutable la expresión “de la mujer”, del ya derogado artículo 126 del Código Civil, en el entendido de que, en virtud del principio de igualdad entre los sexos (C.N., Arts. 13 y 43), el juez competente para celebrar el matrimonio es el juez civil municipal o promiscuo municipal de cualquiera de los contrayentes, a prevención⁸.

En armonía con lo anterior, el numeral 3º del artículo 17 del Código General del Proceso, dispone en su artículo 17 que es de competencia de los jueces civiles municipales, en única instancia, la celebración del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios públicos.

Por otra parte, el artículo 1º del Decreto 2668 de 1988 faculta a los notarios públicos para la celebración del matrimonio civil, “el cual se solemnizará mediante escritura pública con el lleno de todas las formalidades que tal instrumento requiere”, e igualmente fija esa competencia, sin perjuicio de la que corresponde a los jueces civiles municipales.

Hay que decir también que, conforme al artículo 1º de la Ley 266 de 1938, se les reconocen plena validez en Colombia a los matrimonios que se celebren ante agentes diplomáticos o consulares de países extranjeros, siempre y cuando se llenen los requisitos señalados en dicha norma, los cuales son los siguientes:

- a) Que la Ley nacional de los contrayentes autorice esa clase de matrimonio;
- b) Que ninguno de los contrayentes sea colombiano;
- c) Que el matrimonio celebrado no contrarie las disposiciones de los ordinales 8º (Cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior); 9º (Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes o descendientes, o son hermanos); y 12 (Cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior), del artículo 140 del Código Civil.

⁸ Obsérvese que el artículo 626 del Código General del Proceso, aprobado por la Ley 1564, del 12 de julio de 2012, y reglamentado a través del Decreto 1736 de 2012, derogó el artículo 126 del Código Civil.

- d) Que el matrimonio se inscriba en el registro del estado civil, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la celebración.

Debe observarse, por último, que, independientemente de que estas normas se refieran al matrimonio civil, y dado que, como ya se anotó, la Constitución Política le asigna a la Ley civil todos los aspectos inherentes a las formas del matrimonio, el artículo 1° de la Ley 25 de 1992 les reconoce plenos efectos civiles a “los matrimonios celebrados conforme a los cánones de cualquier confesión religiosa o Iglesia que haya suscrito para ello Concordato o Tratado de Derecho Internacional o Convenio de Derecho Público Interno con el Estado colombiano”.

5.1.3.2.2 Presencia de los contrayentes

Se exige como requisito esencial del matrimonio, la presencia de los contrayentes, para que manifiesten su voluntad ante el funcionario (Juez o Notario). Y de acuerdo a las disposiciones contenidas en los artículos 126, 128 y 129 del Código Civil, en el caso del matrimonio ante el Juez, se obligaba a la presencia de por lo menos dos testigos y a escuchar sus declaraciones, requisitos y trámite que no se exigen cuando el matrimonio se celebre ante Notario Público. No obstante, el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), en el literal a), del artículo 626, corregido por el artículo 16 del Decreto 1736 de 2012, no solo derogó expresamente los citados artículos 126 y 128 del estatuto civil, sino que también hizo lo propio con la expresión “y a recibir declaración a los testigos indicados por los solicitantes”, del artículo 129. Así mismo, derogó la totalidad de los artículos 130 y 133 del Código Civil, el primero de los cuales se refería al interrogatorio de los testigos y a la publicación de un edicto por un término de quince (15) días, y del artículo 133, que regulaba las apelaciones que se presentaran contra las resoluciones que se dictaran en el trámite judicial del matrimonio civil. También fueron derogadas las expresiones “practicadas las diligencias indicadas en el artículo 130, del artículo 134; “y no hubiere por esto tiempo de practicar las diligencias de que habla el artículo 130” y “sin tales formalidades”, del artículo 136 del mismo Código Civil.

Sobre estos aspectos, es menester hacer estas observaciones:

(i) de un lado, que el artículo 114 del Código Civil, en el sentido en el que fue modificado por el artículo 1° de la Ley 57 de 1990, permite la celebración del matrimonio no sólo estando presentes ambos contrayentes, “sino también por apoderado especial constituido ante notario público por el contrayente que se encuentre ausente, debiéndose mencionar en el poder el nombre del varón o la mujer con quien ha de celebrarse el matrimonio”;

(ii) del otro, que la expresión “de la mujer”, contenida en el artículo 131 del Código Civil, fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-112, del 9 de febrero de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, “en el entendido de que en virtud del principio de igualdad entre los sexos (C.P., Arts. 13 y 43), se trata del Juez de la vecindad de aquel contrayente cuyo domicilio fue escogido por los futuros cónyuges como lugar para celebrar el matrimonio, y que, a través de esa misma sentencia, se declaró inexecutable la expresión “del varón”, contenida en el mismo artículo; y,

(iii) que como quiera que el artículo 117 del Código Civil autoriza la celebración del matrimonio civil por menores de 18 años, se exige el permiso expreso, por escrito, de sus padres o, a falta de éstos, por haber fallecido, por interdicción por discapacidad, por su larga ausencia, o por ignorarse su lugar de residencia, por un curador general o especial, según el caso.

Claro está que, en este último caso, el curador no puede oponerse a la celebración del matrimonio, salvo que evidencie la existencia de cualquier impedimento legal; observe que no se ha practicado alguna diligencia concerniente a la celebración de nuevas nupcias; exista un grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia, o de la prole; establezca algunos hechos que permitan identificar que en la otra persona con quien el menor desea casarse existe una vida licenciosa, pasión inmoderada al juego o embriaguez habitual; que el otro contrayente esté sufriendo alguna pena de reclusión o haya una situación total de insolvencia (medios actuales) para atender las obligaciones inherentes al matrimonio.

Lección 6

Otras clases de matrimonio

6.1 Matrimonios religiosos

De acuerdo con los preceptos de la Constitución Política de Colombia promulgada en 1991 (artículos 18, 19, 42 y 68), se garantizan la libertad de conciencia y de cultos, el derecho de toda persona a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Se prohíbe molestar a las personas por razón de sus convicciones o creencias, compelerlas a su revelación u obligarlas a actuar contra su conciencia. El Estado garantiza, además, las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra y se estipula que en los establecimientos oficiales ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa.

De otra parte, como se anotó precedentemente, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil; los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la Ley y éstos cesarán por divorcio con arreglo a la Ley civil.

Dentro de estos criterios constitucionales debe inspirarse el manejo de las relaciones entre la Iglesia católica y el Estado, para efectos del tratamiento a los matrimonios católicos, con la finalidad de armonizar el Concordato celebrado entre el Estado colombiano y la Santa Sede con los principios consagrados en la Carta Política. En igual sentido, deben promoverse y establecerse las relaciones del Estado colombiano con cualesquiera otras clases de religiones o Iglesias.

En desarrollo de los citados preceptos constitucionales, el Congreso de la República expidió las Leyes 25 de 1992 y 133 de 1994, en la primera de las cuales se les otorgaron

plenos efectos jurídicos a los matrimonios celebrados conforme a los cánones o reglas de cualquier confesión religiosa o Iglesia que haya suscrito Concordato o Tratado de Derecho Internacional o Convenio de Derecho Público Interno con el Estado colombiano, y se establecieron los procedimientos y requisitos para la celebración de dichos acuerdos. En la segunda, al desarrollar los derechos de libertad religiosa y de cultos establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política, el Estado reconoce la diversidad de las creencias religiosas y la libre igualdad de todas las confesiones o Iglesias ante la Ley.

En un primer aspecto, debe advertirse, de una parte, la existencia de un Concordato suscrito entre el Estado colombiano y la Santa Sede, aprobado mediante la Ley 20 de 1974, y, de la otra, la existencia de un Convenio de Derecho Público Interno celebrado con algunas Iglesias o congregaciones religiosas cristianas, no católicas, el cual fue firmado bajo el N° 1 de 1997, previamente sometido a control de legalidad ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y aprobado por medio del Decreto 354, del 19 de febrero de 1998, cuyo contenido está en concordancia con la citada Ley 133 de 1994 y se ajusta, en lo correspondiente, a los matrimonios celebrados bajo ese rito, a las disposiciones de la Constitución Nacional y de las leyes civiles que regulan esta materia.

6.1.1 Relaciones entre la Iglesia católica y el Estado

6.1.1.1 Goce de los derechos religiosos católicos

Según el contenido de la Ley 20 de 1974, en su artículo 1°, se considera a la Religión Católica como elemento fundamental del bien común:

Ley 20 de 1974

“ART. 1°.- El Estado, en atención al tradicional sentimiento católico de la nación colombiana, considera la religión católica, apostólica y romana como elemento fundamental del bien común y del desarrollo integral de la comunidad nacional.

El Estado garantiza a la Iglesia católica y a quienes a ella pertenecen el pleno goce de sus derechos religiosos, sin perjuicio de la justa libertad de las demás confesiones y de sus miembros lo mismo que de todo ciudadano”.

Dentro de ese marco concordatario, y en acuerdo con las disposiciones consagradas en su texto, la Iglesia católica conservó su plena libertad e independencia de la potestad civil y, por consiguiente, se la facultó para ejercer, con toda libertad, autoridad espiritual y su jurisdicción eclesiástica, conformándose en su gobierno y

administración con sus propias leyes. Consecuentemente, se le dio a la legislación canónica total independencia de la civil, se dispuso que aquella no formara parte de ésta y se ordenó el más absoluto respeto de la misma por las autoridades de la República.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Estado colombiano, para afianzar esa independencia, le reconoce personería jurídica a la Iglesia católica, y a todas aquellas otras entidades que se derivan de ella.

6.1.1.2 El matrimonio religioso católico

Dado el generalizado sentimiento religioso católico de la población nacional, y no obstante la existencia, desde su redacción inicial, de la figura del matrimonio civil en el Código del ramo, los colombianos optaban, en su gran mayoría, por la celebración del matrimonio bajo los ritos de la Iglesia católica. Es más: desde el primer Concordato celebrado por el Estado colombiano y la Santa Sede, en el año de 1887, se establecía como obligación de todos los bautizados la de celebrar el sacramento del matrimonio, salvo que abjuraran de la religión Católica, o so pena de ser excomulgados.

Pero esa norma, de imperioso cumplimiento, había sido modificada en la reforma que se hizo del Concordato en el año 1973, que fuera ratificado y aprobado mediante la Ley 20 de 1974, por lo que, cuando se vino a expedir la nueva Constitución Política, en el año 1991, resultó relativamente fácil armonizar el texto del mismo con los nuevos preceptos de la Carta Política.

En el artículo 7º del nuevo Concordato se dispuso lo siguiente:

“ART. 7º.- El Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del Derecho canónico. Para la efectividad de este reconocimiento la competente autoridad eclesiástica transmitirá copia auténtica del Acta al correspondiente funcionario del Estado, quien deberá inscribirla en el registro civil”.

Y el artículo 42 de la Constitución Política vino a disponer que “los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley”, lo que facilitó su implementación, en cuanto que, según el texto del nuevo Tratado, suscrito entre los dos Estados, desapareció por completo la obligatoriedad para los colombianos bautizados de celebrar el matrimonio canónico, aunque, conforme al precepto constitucional, el matrimonio civil también quedó como facultativo para los que, perteneciendo a la Iglesia católica, desearan contraer el vínculo por la Ley civil.

El avance de las dos legislaciones consistió en que un ciudadano colombiano puede celebrar su matrimonio bajo los ritos de la Iglesia católica, y éste produce plenos efectos civiles frente al Estado; u optar por celebrar el matrimonio civil, sin exponerse a las graves sanciones que tenía previstas el Concordato del año 1887.

Lo que en otras palabras quiere decir que, aunque el Estado posibilita la celebración del matrimonio civil, con todos sus efectos y sin imponerlo como obligatorio, también les reconoce efectos civiles a los matrimonios sacramentales, y desapareció para los católicos la necesidad de declarar su desafiliación o su no pertenencia a la Iglesia, para acogerse a la legislación civil, aspectos ambos que posibilitaron una transición pacífica de un régimen a otro.

6.1.1.2.1 Naturaleza del matrimonio religioso católico

El matrimonio católico está definido así por el Derecho Canónico:

Código de Derecho Canónico

“1055.- § 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

§ 2. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por ese mismo sacramento”.

Como puede observarse de la mera lectura de su texto, y como es ampliamente reconocido por estudiosos de esta disciplina, el matrimonio católico es una institución de fe, o sea, es un compromiso originado en una creencia religiosa, puesto que, independientemente de que los aspectos civiles queden sometidos a la legislación civil, se deja al Derecho Canónico su práctica, y se impone la obligatoriedad de su celebración entre bautizados.

Empero, en tratándose de una manifestación del consentimiento mutuo entre los contrayentes, hay coincidencia unánime de que el matrimonio así celebrado es un negocio jurídico de carácter contractual, y la misma legislación canónica le reconoce plenos efectos vinculantes, desde esa perspectiva contractual, al punto de aceptar que se establece una relación directa entre el contrato y el Sacramento, al resaltar que “por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento”.

Hay quienes, en acuerdo con este planteamiento, dicen que, “desde el punto de vista de la religión Católica, el matrimonio es contrato natural regulado por las leyes del

Derecho natural, al que se agregan las prescripciones del Derecho canónico”¹, y explican la naturaleza y fines del matrimonio católico, de la siguiente manera:

“... En cuanto a su naturaleza jurídica, y partiendo del principio establecido en el can. 1057 de que es el consentimiento mutuo de las partes lo que constituye el matrimonio... nos encontramos ante un negocio jurídico de carácter contractual, *sui generis*, de un hombre y una mujer para constituir un consorcio total en sus vidas”.

Y agregan: “La finalidad de la alianza matrimonial viene indicada en el mismo párrafo: ordenado al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole. Supone un cambio, casi radical, en relación con la doctrina mantenida hasta el Concilio Vaticano II... (que) establecía una clasificación jerárquica de los fines del matrimonio, distinguiendo entre fin primario –la procreación y educación de la prole– y fines secundarios –la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia–. ...

En consecuencia, los fines que especifican el estado matrimonial y la institución en sí misma considerada –*finis operis*–, y no el fin particular que al casarse persiguen de una forma inmediata los contrayentes –*finis operantes*–, son los que están especificados en el can. 1055... Este fin objetivo del matrimonio, que no pretende ni establecer una prioridad entre ellos ni dar una recensión específica de todos ellos, es doble: 1° El bien de los cónyuges. Se trata de un elemento esencial –de acuerdo con la visión más integradora del matrimonio– del pacto o alianza matrimonial. Su contenido vendría a coincidir con los denominados fines secundarios en el Código anterior y comprendería los aspectos más personalísticos del matrimonio: v. gr., la realización de la cópula conyugal modo humano... etc. 2° La generación y educación de la prole. ... Ambos fines objetivos, en resumen, configuran el consorcio matrimonial. La segunda idea contenida en este canon es la de su sacramentalidad en los bautizados, desglosada en dos afirmaciones muy importantes: 1°) Que entre los bautizados esta misma realidad matrimonial natural ha sido elevada por Cristo a la condición de sacramento; 2°) Que en el matrimonio de los bautizados se da una inseparabilidad entre el contrato (realidad natural) y el sacramento (realidad religiosa) significante de gracia...”².

¹ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Matrimonio Civil y Divorcio en Colombia*, 2ª edición, Temis, Bogotá, 1979.

² *Código de Derecho Canónico*, edición bilingüe comentada, Biblioteca de Autores Cristianos, 1983, pp. 503 y ss.

6.1.1.2.2 Propiedades esenciales del matrimonio católico

Conforme al canon 1056, del Código de Derecho Canónico, son dos las propiedades esenciales del matrimonio celebrado bajo los ritos de la Iglesia católica: la unidad y la indisolubilidad.

La primera significa, sencillamente, que una vez contraído, no puede disolverse ni terminarse, puesto que lo único que puede separar a la pareja es la muerte de uno cualquiera de los cónyuges. Ello descarta la posibilidad del divorcio en el matrimonio católico, en razón a que esta propiedad de la indisolubilidad equivale a que el vínculo sea tenido como perpetuo.

Con todo, de cara a los nuevos preceptos contenidos en la Constitución Nacional, desarrollados por la Ley 25 de 1992, los efectos civiles de todo matrimonio religioso cesarán por divorcio decretado por el Juez de Familia o Promiscuo de Familia (artículo 5º) pero, como en materia del vínculo de los matrimonios religiosos rigen los cánones y normas del correspondiente ordenamiento religioso, en el caso específico de la religión católica es obvio que se mantienen las propiedades esenciales de los matrimonios contraídos por ese rito, una de las cuales es, precisamente, la indisolubilidad.

En otras palabras, no obstante que frente a la ley civil y al Estado colombianos cesan total y definitivamente los efectos civiles de los matrimonios religiosos, en el caso de los católicos, dado el carácter indisoluble, el vínculo se mantiene frente a la Iglesia católica.

La segunda, la de la unidad, como propiedad esencial del matrimonio, quiere decir que un solo hombre y una sola mujer pueden contraer matrimonio católico. No es factible la coexistencia de un vínculo matrimonial entre un hombre con varias mujeres, o una mujer con varios hombres. Uno y otro caso son considerados por la doctrina católica como contrarios al Derecho natural.

6.1.1.2.3 Clases de matrimonio católico

De acuerdo a las previsiones contenidas en el canon 1061 del Código de Derecho Canónico, el matrimonio católico puede ser de varias clases, a saber: el matrimonio rato, si, una vez celebrado, no ha sido consumado; y rato y consumado, “si los cónyuges han realizado de modo humano el acto conyugal apto de por sí para engendrar la prole, al que el matrimonio se ordena por su misma naturaleza y mediante el cual los cónyuges se hacen una sola carne”.

Según esta misma disposición, una vez celebrado el matrimonio, si los cónyuges han cohabitado, se presume la consumación, mientras no se pruebe lo contrario.

Por último, el matrimonio inválido se llama putativo, si fue celebrado de buena fe al menos por uno de los contrayentes, hasta que ambos adquieran certeza de la nulidad.

6.1.1.3 Matrimonio cristiano no católico

Como ya se mencionó, y como lo reitera el Consejo de Estado, “El derecho constitucional a la libertad religiosa y de cultos encuentra su desarrollo en la Ley 133 de 1994, en cuyo artículo 15 se autoriza al Estado colombiano para celebrar convenios de derecho público interno o, en su caso, tratados internacionales con entidades religiosas, entendiéndose por éstas las Iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones y confederaciones de ministros, que tengan personería jurídica y ofrezcan garantía de duración por su estatuto y número de miembros.

Los respectivos convenios o tratados tienen por objeto cuestiones religiosas, especialmente las previstas para regular los siguientes aspectos: efectos civiles de los matrimonios que celebren las entidades religiosas; efectos civiles de las sentencias de nulidad matrimonial que dicten las autoridades religiosas; posibilidad de impartir enseñanza e información religiosa, y la asistencia religiosa ofrecida por las Iglesias y confesiones a sus miembros, cuando ellos se encuentren en establecimientos públicos docentes, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y similares.

Una vez concluida la etapa de negociación, los convenios de derecho público interno deberán ser remitidos por el Ministerio del Interior –organismo gubernamental al que corresponde su negociación, coordinación y desarrollo– a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para efectos de control previo de legalidad.

Surtido el control de legalidad y suscritos los convenios por las partes intervinientes (el Presidente de la República y los representantes legales de las entidades religiosas), entrarán en vigencia cuando el Gobierno Nacional los apruebe mediante decreto que contendrá los términos de los mismos, el cual registrará con su publicación en el Diario Oficial”³.

6.1.1.3.1 Fundamento jurídico del matrimonio cristiano, no católico

En desarrollo de los citados artículos 18, 19, 42 y 68 de la Constitución Política y en aplicación de la Ley 133 de 1994, el Estado colombiano celebró con varias congregaciones o Iglesias cristianas, no católicas, el Convenio de Derecho Público Interno No. 1, del 2 de diciembre de 1997, el cual fue aprobado a través del Decreto 354 de 1998.

³ C. de E., Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto octubre 28/1997, Exp. 1049, M.P.: Javier Henao Hidrón.

6.1.1.3.2 Celebración del matrimonio cristiano, no católico

Conforme al artículo 1º del susodicho Convenio, el Estado colombiano les reconoce plenos efectos civiles a los matrimonios celebrados a partir de la vigencia del mismo, por los ministros de culto de las entidades religiosas que lo suscribieron, en cuanto se cumplan los requisitos contenidos en sus doctrinas internas, las disposiciones de la Constitución Política y la Ley, sin perjuicio de la competencia estatal para regularlos.

De la misma manera como sucede con el matrimonio civil, y con el matrimonio católico, el matrimonio cristiano, no católico, “se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes expresado ante el ministro de culto competente de las entidades religiosas” que suscribieron el convenio, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en él, y no producirá efectos civiles, si en su celebración se contraviniera a tales formas, solemnidades y requisitos (Art. 2º).

Dichos matrimonios deben ser oficiados por ministros de las Iglesias que suscribieron el convenio, y que cumplan con los siguientes requisitos:

“1. Ser ministro de culto. Para todos los efectos legales, son ministros de culto de las entidades religiosas que suscriben el presente convenio, las personas físicas que estén dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación, expedida por la entidad religiosa, de conformidad con sus estatutos y reglamentos internos.

“2. Presentar ante la oficina de registro del estado civil de las personas de su jurisdicción, una certificación expedida por el representante legal de las entidades religiosas que suscriben el presente convenio en la que se haga constar que se trata de uno de sus miembros de culto, autorizado por ella para celebrar matrimonios en el distrito correspondiente a la entidad religiosa ubicada en un barrio, zona o sector determinado, en un municipio o varios municipios o en un departamento enunciando el nombre de los mismos y la delimitación de su área de competencia”.

Atendidos los anteriores supuestos, en el Convenio de Derecho Público Interno N° 1 de 1997 están previstas unas formalidades para la celebración del matrimonio religioso cristiano no católico, incorporadas en el artículo 3º, consistentes en que los aspirantes deberán solicitar ante la autoridad competente la expedición del correspondiente registro civil que no tenga una fecha de expedición superior a tres (3) meses, el cual se deberá presentar ante el ministro de culto competente del domicilio de la mujer (entiéndase el domicilio de cualquiera de los contrayentes, a prevención), para que éste fije fecha de celebración del matrimonio religioso cristiano no católico.

Cumplida esta exigencia, el matrimonio se celebrará ante el ministro de culto competente, correspondiente al distrito de la respectiva entidad religiosa del lugar del domicilio de la mujer (entiéndase del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes), el cual se solemnizará mediante la suscripción y registro de un acta de matrimonio con el lleno de las formalidades que se establecen en el mencionado instrumento (Art. 3°).

En el acta que se levante de la ceremonia religiosa de matrimonio se expresarán los nombres, apellidos e identidad de los contrayentes, lugar y fecha de nacimiento, nacionalidad y domicilio, la circunstancia de encontrarse en su entero y cabal juicio y su manifestación de viva voz ante el ministro competente de la respectiva entidad religiosa, previo interrogatorio de éste, de que mediante la ceremonia religiosa de matrimonio, libre y espontáneamente se unen un hombre y una mujer con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente y que no existe impedimento para celebrarlo.

El acta se levantará en original y copia. El original del acta será remitida por el Ministro de culto a la autoridad competente para los efectos respectivos. La copia deberá reposar en los archivos de la entidad religiosa competente (Art. 4°).

Celebrado el matrimonio mediante el cumplimiento de las anteriores formalidades, el ministro correspondiente presentará e informará ante la autoridad competente, por escrito, de la función de la cual se encuentra investido, allegando certificación expedida por el representante legal de la entidad religiosa, en la que se haga constar el número de su personería jurídica especial, el número del convenio de derecho público interno suscrito con el Estado y fecha desde la cual comenzó a regir, y la delimitación del área de su competencia.

Inmediatamente, la autoridad competente procederá a protocolizar la información suministrada y la firma del ministro, de conformidad con la ley y las actas de matrimonio celebradas por tales ministros de culto de las entidades religiosas en el área de su competencia, con el fin de remitirlos a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para su respectivo registro.

De los efectos del matrimonio

7.1 La igualdad de derechos entre los cónyuges

De acuerdo a las previsiones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, celebrado el 16 de diciembre de 1966 y ratificado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, es deber de los Estados tomar “las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo”.

En armonía con esa norma de carácter internacional, la Constitución Política de Colombia contiene varias disposiciones que le dan cumplimiento al compromiso de adoptar esas medidas de igualdad y responsabilidad. De un lado, el artículo 5º, el cual establece 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”; y, del otro, el artículo 42, el que perentoriamente determina que “Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes”.

Adicionalmente y según lo preceptúan los artículos de la Carta Política, “Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política y filosófica. ...” (Art. 13) y “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades”, y aquélla, la mujer, “no puede ser sometida a ninguna clase de discriminación” (Art. 43).

Sobre este tema de la igualdad de derechos y deberes de la pareja, ha dicho la Corte Constitucional:

“Frente a la igualdad de deberes de la pareja es preciso determinar que el derecho a la igualdad es reconocido por el artículo 13 de la Constitución como un principio jurídico de vinculatoriedad inmediata, del que se derivan dos aspectos importantes: “el primero es el principio de la no discriminación, que, como se suele decir es algo así como el principio negativo del principio de igualdad, al prohibir diferenciaciones sobre fundamentos irrelevantes, arbitrarios o irrazonables. El segundo principio, que se suele llamar principio de protección, está diseñado con el objeto de imponer y lograr una igualdad positiva a través de lo que se denomina ‘discriminación inversa’ y ‘acción positiva’”. (Rabossi, Eduardo. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nro. 7, Madrid, 1990, p. 177).

La igualdad como derecho al que correlativamente le corresponde un deber –artículo 95 de la Constitución–, es analizado también desde dos perspectivas: una positiva, en el sentido de protección a derechos iguales ante la ley; pero desde el punto de vista negativo, como una igualdad de deberes ante la ley” (Corte Constitucional, sentencia T-179, mayo 7/1993, Exp. T-8139).

Así las cosas, es en ese contexto en el que deben observarse las relaciones entre los cónyuges, a fin de asegurar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, que buscan garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, así como también, el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (C.N., Art. 2°).

7.2 De la antigua potestad marital

No obstante lo expresado anteriormente, ese plano de igualdad y las relaciones entre los cónyuges sin ninguna clase de discriminaciones, no siempre se han dado en las relaciones de familia en Colombia. Por el contrario, era la misma legislación civil de nuestro país la encargada de establecer evidentes diferencias en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones entre los esposos. Bástenos hacer algunas remembranzas sobre la figura que consagraban los artículos 176 y 177 del Código Civil, en buena hora derogados.

Los artículos 176 y 177 del Código Civil decían:

Código Civil

ART. 176: “Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

El marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido”.

Código Civil

ART. 177: “La potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer”.

Las normas anteriormente transcritas, tal como se encontraban originalmente incorporadas en el Código Civil, hacen referencia a una época pretérita, en la que se consideraba a la mujer como un ser jurídicamente incapaz, tanto desde el punto de vista civil, como también del político. Y ese estado de minusvalía de la mujer hizo que en nuestro ordenamiento legal existieran, entre otras, las siguientes situaciones:

- a) La llamada “*potestad marital*”, la cual le otorgaba al marido un conjunto de derechos sobre la persona y los bienes de la mujer.
- b) Al marido se le permitía obligar a su mujer a vivir con él y seguirle a donde quiera que trasladara su residencia.
- c) Por el solo hecho del matrimonio, al contraerse la sociedad conyugal, se le permitía al marido la libertad de tomar la administración de los bienes de la mujer.
- d) La mujer casada debía pedir autorización de su marido para comparecer en juicio, o para celebrar algún contrato, o pagar una deuda, o aceptar o repudiar donaciones, herencias o legados, o adquirir bienes a cualquier título.
- e) Un solo acto de adulterio de la mujer era causal de divorcio, mientras que para que el marido pudiera ser sancionado con dicha decisión, debía acreditarse que estuviera en estado de amancebamiento.
- f) La patria potestad sobre los hijos no emancipados se le concedía primeramente al padre legítimo.
- g) Algunos preceptos permitían al marido someter bajo guarda a la mujer recién divorciada que se creyere encinta, y lo autorizaban para enviar una matrona que inspeccionara el alumbramiento, con la consecuente obligación de aquélla de recibirla, so pena de que el marido no fuera obligado a reconocer el hecho y circunstancias del parto sino en juicio contradictorio.

Hoy, frente al nuevo ordenamiento constitucional y legal, las cosas son diferentes. Veamos por qué:

- h) La capacidad legal y política de la mujer es plenamente reconocida y aceptada en nuestro ordenamiento jurídico.

- i) La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades.
- j) El marido y la mujer tienen conjuntamente la dirección del hogar y uno y otra fijan su lugar de residencia.
- k) Corresponde a ambos padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos no emancipados.
- l) La mujer está plenamente habilitada para ejecutar todo tipo de actos y contratos civiles y no puede ser sometida a ninguna clase de discriminación; goza de la especial asistencia y protección del Estado, y le corresponde a éste apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

7.3 Obligaciones y derechos entre los cónyuges

7.3.1 Carácter recíproco de los deberes conyugales

De acuerdo a lo señalado en los ya citados artículos 13, 42 y 43 de la Constitución Política de Colombia, las relaciones conyugales se deben desarrollar en un plano de igualdad de derechos y deberes de la pareja, situación que no puede ser meramente teórica, en cuanto que el primero de los preceptos mencionados le exige al Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y para adoptar las medidas que se requieran en favor de los grupos discriminados o marginados.

Dentro de ese marco constitucional, pues, aplicado a las relaciones de familia derivadas del matrimonio, es plenamente aceptado que éste implica un conjunto de obligaciones mutuas o recíprocas.

La Corte Suprema de Justicia, desde una sentencia de junio 28 de 1985, ya había afirmado lo siguiente:

“El matrimonio como comunidad entre el hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, ayudarse mutuamente y soportar las cargas de la vida y compartir su ordinario destino, implica un conocimiento y aceptación de quienes lo contraen, de las obligaciones recíprocas que la institución les impone, deberes que correctamente cumplidos fundamentan la armonía del hogar y evitan la desintegración de la familia.

Los deberes de fidelidad, cohabitación, respeto, socorro, auxilio y ayuda se basan en el principio de la reciprocidad, es decir, son obligaciones mutuas o recíprocas porque al deber de una parte respecto de la otra, corresponde un deber idéntico de la segunda respecto de la primera, planteamiento que permite reconocer que en su operancia

tales obligaciones se encuentran ligadas por una relación de causa a efecto, es decir de interdependencia, cada vez que la exigibilidad de una parte dependa de la ejecución de los propios deberes.

... no es permitido que los cónyuges se sustraigan al cumplimiento de las obligaciones conyugales por corresponder su regulación a la normatividad, en cuya observancia se interesa el orden público, salvo que exista un motivo que justifique tal comportamiento, como los malos tratos de palabra o de obra, las relaciones extramatrimoniales, el incumplimiento de los deberes de socorro, respeto, auxilio y ayuda, que se hubiere constituido en causa primera del conflicto conyugal” (C.S. de J., Sala de Casación Civil, sentencia junio 28/1985).

Criterio éste que ha sido reiterado en varias oportunidades por la Corte Constitucional, y por la misma Corte Suprema de Justicia, la que, en posteriores pronunciamientos de la Sala Civil ha dicho que “bien puede afirmarse que por virtud del matrimonio, ambos cónyuges tienen igual obligación y derecho respecto a todo aquello que pertenece al consorcio de la vida conyugal, expresión ésta a la vez genérica y exacta que sintetiza, aparte de la noción del vínculo que es la raíz, todo el conjunto de derechos y deberes a los que se viene haciendo referencia”¹.

7.3.2 Del deber de respeto

En las relaciones de familia, en general, y en las matrimoniales, en particular, el primer y, quizás, el más importante de los deberes es el del respeto recíproco entre todos sus integrantes. Así lo dispone el artículo 42 de la Constitución Política, en el cual no solo se exige al Estado y a la sociedad garantizar la protección integral de la familia, sino que también se sanciona cualquier forma de violencia en su seno, por considerarse destructiva de su armonía y unidad.

Los poderes públicos están obligados a asumir una protección de la familia en varios aspectos, uno de los cuales es, precisamente, impedir, a través de instrumentos jurídicos, cualquier ataque contra el medio familiar, ya que se considera que la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Y ese deber lo cumple el Estado dentro de un marco de igualdad de derechos y deberes de la pareja, consagrada en los artículos 13, 42 y 43 de la Carta Política.

Tristemente, en los hogares colombianos se dan muchas manifestaciones que atentan contra los derechos de la familia, muchas de las cuales son constitutivas, por sí solas,

¹ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia 094, marzo 7 de 1990, Superintendencia de Notariado y Registro, Extractos de Jurisprudencia, Tomo 1/1990, pp. 122 y 123.

de actos de violencia doméstica. Baste referirnos al abandono del hogar por parte de los hombres, en la mayoría de los casos; a la progenitura irresponsable; a la soledad y la situación de indefensión de la mujer cabeza de familia, por haber sido abandonada a su suerte; a la inasistencia alimentaria; a la violencia física, sexual y psicológica que ocurre dentro de la unidad doméstica; al maltrato y abuso físico y psíquico; a la discriminación, etc.

Esos actos, en mayor o menor medida, constituyen una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de las personas, y restringen severamente a los miembros de la familia, principalmente a las mujeres, el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades. También configuran unos comportamientos violentos, originados en las relaciones de poder ancestralmente desiguales entre los hombres y las mujeres, que ofenden la dignidad humana.

Refiriéndose a la paz doméstica entre cónyuges, la Corte Constitucional explica lo siguiente:

“a. Uno de los fundamentos de toda organización jurídico constitucional de naturaleza demo-liberal es el de la disposición de las funciones públicas que le son propias, para asegurar a los asociados el respeto a sus vidas y a sus bienes; sin este presupuesto de carácter doctrinario dicha sociedad no tiene Constitución, y así lo expresan las primeras declaraciones de derechos propias del mundo moderno y occidental.

En nuestro sistema constitucional esta característica aparece garantizada categóricamente desde el propio Preámbulo de la Carta, que señala que ella se decreta, sanciona y promulga, entre otros fines, para asegurar la vida de los integrantes de la Nación; igualmente, en ésta se señala como uno de los principios doctrinarios fundamentales del Estado el del respeto de la Dignidad Humana que, en juicio de la Corte Constitucional, comprende en sus amplias dimensiones, tanto a la Vida como la Integridad de todas las personas naturales, sin distingo alguno. Además, en el artículo segundo de la Carta se señala que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

También, en el Capítulo I del Título II de la Carta, se asegura como el primero de los derechos constitucionales fundamentales el Derecho a la Vida con carácter de inviolable y se proscribe la pena de muerte; igualmente, y con la misma jerarquía, el artículo 12 de la Carta establece como otro de aquellos derechos constitucionales fundamentales, el de la integridad de la persona humana al establecer que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos a penas crueles, inhumanos o degradantes”.

En sus originarias proyecciones normativas, uno y otro derechos habían sido objeto de regulación conjunta tanto en el orden constitucional como en el ámbito legal; empero, ahora, dadas las proyecciones sociales de los derechos humanos se establece que el derecho a la vida y a la integridad física adquieren dimensiones diversas, que exigen regulaciones e interpretaciones adecuadas a sus propios contenidos y proyecciones. Estos derechos, que son presupuesto sustantivo de la configuración de la personalidad del hombre libre, y son lo mínimo que la sociedad puede reclamar del individuo para superar el umbral de la barbarie, hacen derivar precisas responsabilidades predicables del Estado, de los jueces y, en general, de todas las personas, inclusive de los cónyuges que a la luz del derecho se deben otras obligaciones adicionales.

Así, el respeto a la vida y a la integridad física de los demás, en un sentido moral y jurídicamente extenso que no se reduce sólo a la prevención policiva o a la represión penal del agresor, comporta el deber de no maltratar, ni ofender, ni torturar, ni amenazar a las personas, mucho menos a aquella con quien se comparten la unión doméstica de procreación y desarrollo de los hijos y de la familia, y la promesa de mutuo fomento material y espiritual.

Estos derechos no son sólo predicados del inicio o del fin de la vida humana o de la integridad física en sentido material y corporal; además, se dirigen a asegurar su intangibilidad y su plenitud, y comportan en todos los ámbitos de la vida social especiales consideraciones relacionadas fundamentalmente con los más altos valores sociales y con la dignidad plena de la persona natural sin distingo alguno. ...". (Corte Constitucional, sentencia T-529, septiembre 18/1992).

Desde estos puntos de vista, entonces, el respeto recíproco entre todos los integrantes de la familia es la piedra angular de las relaciones entre sus miembros. Y la violación del mismo, no solo debe ser sancionada por la Ley, sino que puede constituir un grave e injustificado incumplimiento de los deberes que ésta les asigna a los cónyuges, como tales, y como padres.

7.3.3 Del deber de fidelidad

La fidelidad constituye uno de los deberes principales que orientan la comunidad matrimonial, y debe ser cumplido con carácter absoluto y permanente, en un nivel de igualdad entre los cónyuges.

Antes de la expedición de la Ley 1ª de 1976, que modificó el artículo 154 del Código Civil, había una desigualdad en el tratamiento al deber de fidelidad entre el hombre y la mujer. Situación que no era del todo extraña para aquellas épocas de marcado machismo, debido a la generalizada actitud de prepotencia de los hombres respecto de las mujeres.

El artículo 154, en su redacción original, decía, por ejemplo, respecto de las causales de divorcio:

Código Civil

ART. 154.- "Son causales de divorcio:

1ª. El adulterio de la mujer;

2ª. El amancebamiento del marido; (...)".

Si, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, amancebarse es "trato ilícito y *habitual* del hombre y la mujer", surgía una desigualdad entre uno y otra frente al antiguo precepto del Código Civil, pues bastaba un solo acto de adulterio de la mujer para que emergiera la causal de divorcio, en tanto que al hombre se le permitía, o al menos se le toleraba, la relación carnal con mujeres distintas de su cónyuge, sin ninguna clase de sanciones, salvo que fuera habitual.

Hoy en día, pues, las cosas han cambiado, pues al menos teóricamente existe una igualdad entre hombre y mujer. Ciertamente, a raíz de las modificaciones introducidas a la legislación civil y con fundamento en la igualdad de los derechos entre los cónyuges, actualmente el deber de fidelidad es recíproco y se predica por igual entre ellos.

Y aunque el texto del inciso primero del artículo 176 sigue siendo del mismo contenido original, el artículo 154 del Código Civil, que últimamente fuera modificado por el artículo 6º de la Ley 25 de 1992, pone al uno y a la otra en igualdad de condiciones frente a las exigencias del deber de fidelidad, así como también respecto a las sanciones por el incumplimiento de tal deber.

Además, el deber de guardarse fe es permanente y absoluto, no solo porque se mantiene durante toda la existencia del vínculo matrimonial, sino también porque se extiende a cualquier circunstancia y a toda clase de comportamientos en la vida conyugal, pues no se limita a los actos configurativos del adulterio propiamente dicho.

En efecto, hay ciertas conductas que "sin embargo de no ser constitutivas de relaciones sexuales con personas distintas del cónyuge, sí lo son de injuria grave contra la dignidad del honor conyugal, cuando ellas tengan la suficiente connotación de crear apariencias comprometedoras o lesivas para cualquiera de los casados", como lo señaló la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia².

² C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencias febrero 9 de 1954, julio 19 de 1989, M.P.: Eduardo García Sarmiento.

En el fallo que se acaba de extractar, la Corte agrega:

“En este sentido, se consideran como tales aquellos comportamientos contrarios al decoro, respeto mutuo, recato y, en fin, la consideración que se debe a los cónyuges, ocasionados con palabras, con escritos, hechos y actitudes, cuando revisten el calificativo de graves según las circunstancias particulares, esto es, de acuerdo con la educación y estado social de los casados, con sus costumbres y tradiciones, con el entorno o ambiente, etc., los cuales, repítese, aunque no alcanzan a configurar trato sexual alguno, por lo menos constituyen violaciones al deber de fidelidad moral, comoquiera que, por ejemplo, cualquier relación aun simplemente sentimental con persona diferente al cónyuge, bien puede crear la apariencia o el aspecto exterior de una relación amorosa y, por ende, herir la susceptibilidad del cónyuge inocente”³.

Si, al examinar el carácter absoluto y permanente del deber de fidelidad, se quisiera ir más lejos, bastaría un análisis más profundo de los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, puesto que ella afirmó, inclusive, que cuando se presentan hechos que permitan inferir una profunda admiración de uno de los esposos hacia otra persona distinta del cónyuge, abonados con palabras que constituyan graves afrentas contra el otro, puede darse una causal de divorcio. “Una sola palabra puede sensibilizar tremendamente o menoscabar la dignidad del otro cónyuge hasta el punto de poner en jaque la paz y la convivencia domésticas”, había señalado dicha Corporación en sentencia del 19 de febrero de 1954.

Aspectos todos que no tienen que ver directamente con la causal que formalmente se invoque para impetrar el divorcio. Porque es obvio que si se quiere invocar la causal primera, la de las relaciones sexuales extraconyugales, en este caso específico será menester demostrar el adulterio propiamente dicho, así sea un solo acto, pues ello implica, a juicio de la misma Corte, “centrarse en el hecho concreto de la unión carnal”, o sea, la real existencia del trato sexual completo o acabado, que supone, para expresarlo con toda crudeza, la penetración del miembro viril en la vagina de la mujer; pero ello no es óbice para que, si se dan actos de infidelidad moral, consistentes en caricias u otra clase de escarceos amorosos, o en actos lascivos, éstos se invoquen como motivo del divorcio, no ya acudiendo a la causal primera, sino a la segunda, que consagra para ello cualquier violación grave e injustificada, entre otros, del deber de fidelidad, o, inclusive, a la tercera, si tales comportamientos conllevan un ultraje grave a la dignidad del otro cónyuge.

³ Ibid.

7.3.4 La obligación de socorrerse y ayudarse mutuamente

El deber de asistencia es de la esencia del matrimonio, es recíproco entre los cónyuges, y tiene un aspecto moral o espiritual y otro material. En el primero, comprende la ayuda espiritual en todas las situaciones que presente la vida, en especial en la adversidad, en la enfermedad y en la vejez; en otras palabras, “impone compartir alegrías y penas, triunfos y desdichas”, dice un reconocido autor del Derecho Civil argentino⁴.

Por lo tanto, la obligación de prestarse ayuda incluye, por su propia naturaleza, el deber de asistencia en todos los aspectos de la vida doméstica y se extiende también a las prestaciones alimentarias entre cónyuges, consagradas en los artículos 411 y siguientes del Código Civil.

Pero, como quedó dicho, la ayuda y el socorro no tienen un carácter meramente material o económico, ni corresponden, exclusivamente, al desarrollo de los deberes de suministrarse alimentos, sino que se extiende al apoyo espiritual y moral de toda clase de uniones, como consecuencia de los afectos y los sentimientos, pero, principalmente, por la obligación de solidaridad que se predica de todos los integrantes de la familia y de la sociedad. Al fin y al cabo se trata de un consorcio, el cual supone la unión de esas dos personas para compartir un mismo objetivo, y que deben atender y resolver las más variadas situaciones domésticas.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“... por los detalles narrados... se colige que el demandado, si no incumplía totalmente las obligaciones económicas, a las cuales no se circunscribe la obligación de socorro, sí faltaba a ellas al menos parcialmente, siendo así que sus recursos le permitían aportar una colaboración suficiente. A ello hay que agregar que el deber de socorro para el cónyuge y la prole no se traduce exclusivamente en dinero o alimentación sino también en apoyo moral y afectivo para el normal desenvolvimiento de la vida familiar, llamada a propiciar un clima apto para el florecimiento de valores espirituales y morales entre quienes la integran”⁵.

No faltan los comentaristas que se han encargado de explicar las diferencias que existen entre *ayuda* y *socorro*. Un profesor español, por ejemplo, lo expresa con las siguientes palabras: “Algunos autores han pretendido distinguir entre la ayuda mutua (...) y el socorro mutuo (...). En esta línea, señala Espín que, junto al socorro

⁴ Belluscio, Augusto César; *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, 2ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977, pp. 323-324.

⁵ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia junio 13 de 1985.

mutuo, en el que se comprende “el auxilio económico, especialmente los alimentos, e incluso el auxilio espiritual, la ayuda debe encaminarse hacia otras situaciones, como podrían ser las de asesoramiento y consejo, aceptación del mandato y de la representación que voluntariamente le confiere el otro cónyuge, en interés especial del mandante o poderdante, e incluso la gestión sin mandatos de asuntos del otro cónyuge impedido o ausente”⁶. Y los autores que él cita, consideran que mientras el socorro se circunscribe al marco de las necesidades económicas o materiales (alimentos, recursos económicos,...), la ayuda comprende el aspecto personal, fundamentalmente el de índole intelectual y psíquico. Sin embargo, concluye lo siguiente: “La mayoría de la doctrina, sin embargo, considera que son deberes idénticos, siendo redundantes, por lo tanto, en este aspecto los dos preceptos citados (...). Realmente no hay argumentos para distinguir entre ambos deberes (...) ni tampoco, como consecuencia de esta distinción, restringir el contenido del socorro mutuo a lo meramente material (...). En cualquier caso, y al margen de cuestiones terminológicas, aquí utilizamos la expresión socorro mutuo” en sentido amplio, esto es, incluyéndose en él tanto el deber material de mantenimiento como los deberes meramente personales o espirituales (...)⁷.

Como comentario final, precisemos que esta obligación es también de carácter recíproco y permanente, al punto de que el artículo 9º del Decreto 2820 de 1974, que subrogó el artículo 176 del Código Civil, menciona que esos deberes se deben cumplir “en todas las circunstancias de la vida”.

7.3.5 Obligación de vivir juntos

Como ya se vio, el artículo 113 del Código Civil, al definir el matrimonio, dice que es un contrato solemne, entre un hombre y una mujer, “... con el fin de vivir juntos...”. Y, de otro lado, el artículo 178, tal como fue modificado por el artículo 11 del Decreto 2820 de 1974, dispone:

Código Civil

ART. 178. Modificado, Decreto 2820 de 1974, Art. 11.- “Salvo causa justificada, los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos tiene derecho a ser recibido en la casa del otro”.

⁶ Moreno Mozo, Fernando, *Cargas del Matrimonio y Alimentos*, Colección Estudios de Derecho Privado, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Editorial Comares, S.L., Granada, España, 2008, pp. 40 y ss.

⁷ *Ibid.*, p. 41.

La doctrina y la jurisprudencia tienen definido que la obligación de cohabitar no es meramente aparente, sino real y plena, e incluye:

- a) El derecho recíproco a la disposición de sus cuerpos.
- b) El derecho de compartir la misma habitación.
- c) El derecho a compartir el lecho.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de octubre 2 de 1985, dijo:

“... se traduce en una comunidad de techo, cama y lecho, con la recíproca entrega de sus cuerpos, convivencia doméstica y sexual, dentro de la cual los esposos se guardan fidelidad, se respetan, se ayudan, se auxilian y socorren y comparten el cuidado de sus hijos...”

Así las cosas, y como consecuencia del contrato matrimonial, los cónyuges están obligados a vivir juntos, es decir, a cohabitar, deber que se encuentra explícitamente consagrado en la definición del matrimonio prevista en el artículo 113 del Código Civil. Y como consecuencia de esta obligación, cada esposo tiene derecho a ser recibido en la casa del otro.

En Colombia es frecuente que, ante las desavenencias de los cónyuges, alguno de ellos, usualmente el marido, abandone el hogar conyugal y opte por establecer residencia separada. En nuestra opinión, en principio, esa sola circunstancia es constitutiva de un grave incumplimiento de los deberes de los esposos, específicamente al de vivir el uno junto al otro. Inclusive, en aquellos casos en los que marido y mujer pactan por escrito la residencia separada, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han venido sosteniendo que esos convenios carecen de eficacia jurídica, porque las normas que reglamentan el matrimonio comprometen el orden público y, por lo tanto, no pueden los particulares, a través de convenios privados, desconocer sus efectos.

No obstante lo anterior, en muchas ocasiones la relación entre los esposos se hace insostenible, cuando se dan circunstancias en las que el grado de conflictividad entre ellos, incluyendo maltrato y violencia física o psíquica, hace más aconsejable la separación, que permanecer unidos en tal nivel de desavenencias. Son aquellos casos en que se compromete, en algunos momentos, la propia integridad física o psíquica de alguno de los consortes, o la estabilidad emocional de la prole.

Pero creemos que, si bien esos comportamientos justifican la separación de cuerpos y residencias, ello siempre deberá tener un carácter transitorio, en lo concerniente al tiempo razonable que necesita la víctima para acudir ante las autoridades administra-

tivas o judiciales, en la búsqueda de alguna medida de protección contra la violencia intrafamiliar, en el primer caso, o, en el segundo, de una separación de cuerpos, provisional o indefinida, de un divorcio o, en el caso de los matrimonios religiosos, de la cesación de sus efectos civiles.

Es más: en estos últimos eventos, lo aconsejable es que, producida la separación de cuerpos, de hecho, en la correspondiente demanda judicial se solicite que, mientras se ventila el respectivo proceso, se autorice la residencia separada de los cónyuges, entre otras medidas provisionales de importante conveniencia. Una vez obtenida la autorización, la separación, como tal, se reviste de un manto de legitimidad.

7.3.6 Del débito conyugal

Desde luego que el trato y la satisfacción sexuales, son inherentes a la naturaleza del contrato matrimonial. No solo porque en su definición, la Ley tiene como uno de sus propósitos el de vivir juntos, sino también por razón a que dentro de las finalidades del matrimonio está la de procrear.

El matrimonio supone “un lazo de naturaleza particular que crea entre los dos cónyuges una íntima comunión de vida, ya en el sentido físico o ya en el afectivo o espiritual, vínculo del cual surgen derechos y obligaciones... basados en la Ley natural y en la conciencia íntima de los hombres”⁸:

Por ello, dentro de las prestaciones familiares que se exigen al interior de la vida doméstica de una pareja matrimonial, está la del don de sus cuerpos, lo que supone una relación sexual lícita entre los esposos, como deber de ineludible cumplimiento.

Ya habíamos dicho atrás que, si uno de los fines del matrimonio es la procreación, que comprende la satisfacción de las necesidades sexuales, la capacidad sexual se torna en uno de los requisitos para la celebración del mismo, razón por la cual se exige que los contrayentes estén en posibilidad de tener relaciones sexuales normales. A ese respecto, mencionamos algunos ejemplos de incapacidad sexual y de imposibilidad de procreación.

También aclaramos que, hoy en día, los avances de la medicina permiten superar algunas de esas situaciones, tales como las disfunciones eréctiles, los casos de reconstrucción del pene, entre otras.

⁸ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia 094, marzo 7/1990, Supernotariado y Registro, Extractos de Jurisprudencia, Tomo I/1990, pp. 122 y 123.

Pero también advertimos que estas son especulaciones puramente doctrinarias, porque la Ley colombiana no señala expresamente que, de darse alguno de esos casos, el matrimonio sea inexistente y señalamos que ni siquiera la impotencia está consagrada como causal de nulidad del matrimonio civil, y ninguna circunstancia similar está contemplada como tal en la lista contenida en los artículos 140 del Código Civil y 13 de la Ley 57 de 1887.

Por manera que, si bien el débito conyugal es uno de los deberes propios del contrato matrimonial, su incumplimiento injustificado debe tratarse conforme a la causal de divorcio prevista en el numeral 2° del artículo 6° de la Ley 25 de 1992.

De la filiación

8.1 Concepto de filiación

La filiación tiene origen en la expresión latina *filius-ii*, que quiere decir hijo y se entiende como “el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia... El derecho de filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos, y recíprocamente que atañen tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación, cuanto el contenido que funcionaliza su objeto, es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el Derecho protege en razón de la paternidad y la maternidad...”¹.

Otros la explican de manera más sencilla, definiéndola como “La descendencia de padres a hijos; o bien, la calidad que uno tiene de hijo con respecto a otra persona que es su padre o madre”², o “La procedencia de los hijos respecto a los padres”³.

Ha expresado la Corte Suprema de Justicia:

FILIACIÓN. Concepto y fuentes.- “1. La filiación, que es vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado, encuentra

¹ García Sarmiento, Eduardo, *Elementos de Derecho de Familia*, Editorial Facultad de Derecho, Bogotá, 1999, p. 67.

² Escriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de legislación y Jurisprudencia*, Librería de la Viuda de Ch. Bouret, París, México, 1925, p. 691.

³ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Vigésima Primera ed., Madrid, España, 1992.

su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo obviamente en la adoptiva que corresponde a una creación legal.

La maternidad y la paternidad constituyen pues la doble fuente de la filiación: consiste la primera en el hecho de que una mujer haya tenido un parto y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto de ese parto; y consiste la segunda en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre.

Al respecto ha dicho la Corte que el “parto dice que la mujer es madre, pero no dice jamás con la misma evidencia quién es el padre. Débese ello a que la paternidad no la determina el nacimiento, sino un hecho anterior, o sea la concepción. Esta implica siempre la participación de un hombre, consistente en haber cohabitado con una mujer y ser la concepción el efecto de tal cohabitación” (LXXXVII, 84).

La vinculación de sangre entre el hijo y su padre o su madre pueden tener origen en relaciones sexuales lícitas o ilícitas, esto es, en el matrimonio o en uniones extramatrimoniales: si lo primero, la filiación es legítima, si lo segundo, ésta es ilegítima, sin que tal categoría dependa de la voluntad del hijo o la de sus padres, puesto que es la ley la que impone esta o aquella filiación independientemente del querer del uno o de los otros”⁴.

Hasta ahora hemos estudiado lo concerniente al matrimonio, en sus distintas modalidades, y los efectos personales que produce entre los cónyuges.

Pero el matrimonio produce otra clase de efectos con relación a los hijos. Ya vimos cómo, de una parte, el artículo 42 de la Constitución Política establece que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Igualmente observamos que las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la Ley civil.

Recordemos también el comienzo de estas lecciones, cuando informamos que durante algún tiempo, en varias legislaciones, como la francesa, por ejemplo, “el matrimonio constituye la única fuente de la familia, porque no existe otra familia, en el verdadero sentido de la palabra, que la familia legítima”⁵.

Fueron aquellas épocas durante las cuales predominaba el criterio de que no existía jurídicamente familia distinta que la formada por el matrimonio, en razón a que

⁴ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia enero 12 de 1976, publicada en Código Civil, de Torrado, Helí Abel, Ediciones Librería del Profesional, Ltda., p. 127.

⁵ Mazeaud, Henri, Léon y Jean, *Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Volumen III, La Familia – Constitución de la Familia*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1959, p. 253.

“cuando el legislador se preocupa de la familia no es para comprobar algunas relaciones que la naturaleza ha creado, sino para organizarlas de modo tal que contribuyan al ideal de vida social que persigue. La familia no es, pues, para el Derecho, toda colectividad formada entre padres e hijos: es preciso además que esa agrupación presente los caracteres de moralidad y de estabilidad que son los únicos susceptibles de permitirle cumplir con su misión social. La familia jurídica es, pues, una agrupación particular: la agrupación fundada sobre el matrimonio. Es la familia legítima.

Ésta es la única “familia”. Lo que a veces se llama la “familia natural” no constituye jurídicamente una familia. Sin duda, el legislador debe trazar las reglas que rijan las relaciones entre el hijo natural y sus padres; pero una “familia natural” no podría ser considerada como una agrupación merecedora de protección jurídica. Por una parte, la ausencia de familia natural tiene por consecuencia que entre el padre y la madre naturales no existan otros vínculos de Derecho que aquellos susceptibles de nacer entre cualesquiera: la situación de quienes viven en concubinato no puede y no debe parecerse en nada, incluso desde lejos, a la de los esposos;... igualmente, no existe ningún vínculo de derecho entre el hijo natural y sus abuelos...”⁶.

Pero también explicamos cómo en Colombia –que durante muchos años mantuvo un criterio similar al expuesto atrás– a partir de la Constitución de 1991 fueron aceptados los vínculos naturales como medio de constituir una familia, a través de la expresión de la voluntad responsable de conformarla, por lo que el criterio que venía siendo generalmente aceptado consistía en que, independientemente de los efectos patrimoniales que produzcan las relaciones entre parejas del mismo sexo, solo el matrimonio o la unión marital de hecho *entre un hombre y una mujer* se consideraban fuente de la familia, según la lectura del artículo 42 de la Constitución Política.

Igualmente dijimos al comienzo de estas apuntaciones que, no obstante esa clara postura de la doctrina y la jurisprudencia, ahora necesariamente debemos tener en cuenta algunas manifestaciones de la Corte Constitucional, cuando tuvo que pronunciarse sobre la exequibilidad de las expresiones “*un hombre y una mujer*” y “*de procrear*”, del artículo 113 del Código Civil, y “*de un hombre y una mujer*”, que hacen parte de los textos de los artículos 2° de la Ley 294 de 1996 y 2° de la Ley 1361 de 2009. Allí, en esa providencia, la Corte Constitucional afirmó por primera vez que hay otras formas de constituir la familia, con origen en diferentes clases de vínculos, “entre los cuales el artículo 42 superior destaca los denominados “naturales” (...)”, que pueden ser de carácter extramatrimonial y que, por lo tanto, se basan “en el solo hecho de la convivencia”, hecho que, según dicha corporación de justicia, puede darse entre parejas de diferente sexo, o entre homosexuales. Y en la sentencia SU-214,

⁶ Mazeaud, ob. cit, pp. 8 y 9.

del 28 de abril de 2016, la Corte Constitucional fue más lejos, en cuanto que les dio validez jurídica plena a los matrimonios celebrados entre parejas del mismo sexo.

8.2 Clases de filiación

Tenemos entonces, que como ha sido reconocido por la jurisprudencia patria, la filiación es el «vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado» (CSJ SC, 12 Ene. 1976, G.J. T. CLII, p. 12). Esa relación «da lugar a un estado civil, de suyo “indivisible, indisponible e imprescriptible”» (CSJ SC, 26 Sep. 2005, Rad. 1999-0137). Atendiendo a su conformación, la filiación puede ser natural (matrimonial o extramatrimonial), adoptiva (por uno o ambos padres), o por reproducción artificial o asistida⁷.

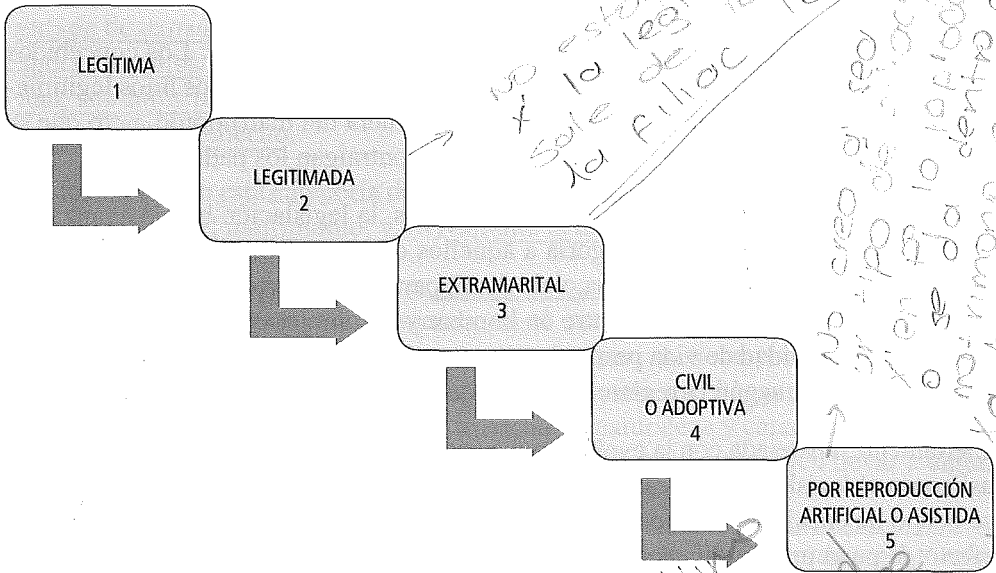
Así las cosas, si se trata de hijos concebidos dentro de un vínculo originado en el matrimonio, o en una unión marital de hecho, estamos hablando de la *filiación legítima*; y si es fruto de una relación extramarital, nos referimos a una *filiación ilegítima* o, mejor llamada, *filiación extramarital*, anteriormente llamada *natural*; y si es consecuencia de la adopción, estamos hablando de una *filiación civil* o *filiación adoptiva*. Pero el artículo 42 de la Constitución Política también contempla a los hijos procreados con asistencia científica, que da lugar a la reproducción artificial o asistida, tema sobre el cual daremos algunas explicaciones más adelante.

En el anterior orden de ideas, con base en este sucinto relato, debemos precisar, pues, que el Derecho Civil colombiano reconoce actualmente cinco clases de filiación: (i) la legítima; (ii) la legitimada; (iii) la extramarital; (iv) la filiación adoptiva; y, (v) la filiación por reproducción artificial o asistida.

Pero, también es conveniente advertir desde ahora que, hoy en día, esa clasificación no tiene trascendencia jurídica en Colombia, en razón a que desde la Ley 29 de 1982, en su artículo 1° se dispuso que los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, y tendrán los mismos derechos y las mismas obligaciones, y a que el artículo 42 de la Constitución Política establece que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”. Luego la instauración del principio de igualdad de derechos entre todos los hijos, cualquiera que sea su clase, hace que se le reste incidencia real o efectiva en las relaciones filiales.

⁷ C.S. de J., Sala de Casación Civil, sentencia SC6359-2017, de mayo 10 de 2017, Rad. N° 54001-31-10-009-2009-00585-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

CLASES DE FILIACIÓN



8.3 De la filiación legítima

Decía así el artículo 213 del Código Civil:

“ART. 213. El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo”.

La fuente determinante de la filiación legítima era, entonces, el matrimonio de los padres. Con el matrimonio, los hijos se unían a su madre por el vínculo de *maternidad legítima*, y al padre por el de *paternidad legítima*.

Pero también debe aceptarse que no bastaba la celebración del matrimonio, sino que era y sigue siendo indispensable que el hijo hubiera sido concebido durante la vigencia del mismo, “... lo cual indica que no afecta la legitimidad el hecho de que tal matrimonio se destruya más tarde por divorcio o nulidad. En forma clara estatuye el art. 149 del C.C. que “los hijos procreados en un matrimonio que se declara nulo son legítimos”. La misma regla se aplica a los casos de disolución del matrimonio por divorcio. No coinciden con nuestra legislación la francesa, ni la canónica y otras, que exigen que el hijo haya sido concebido en matrimonio válido o putativo. En cambio, nuestro Código, lo mismo que el Derecho suizo, alemán, español, inglés, norteamericano, conserva la legitimidad del hijo procreado en matrimonio que se anula, aunque ambos padres hayan procedido de mala fe a casarse. ... Igualmente son legítimos o

matrimoniales los hijos póstumos, pues fueron concebidos durante el matrimonio de sus padres (C.C., arts. 92, 232 y 233)...”⁸.

De esta circunstancia se derivaban dos especies de hijos legítimos: Los concebidos durante el matrimonio a que se refería el artículo 213 transcrito, y los hijos legitimados, es decir, aquellos que fueron concebidos por fuera del matrimonio, pero que se legitiman por el matrimonio que posteriormente contraigan los padres.

No obstante, en materia de legitimidad de los hijos, la legislación ha ido avanzando para también acoger en esta categoría a aquellos que sean fruto de la voluntad responsable de conformar una familia, vale decir, para estos efectos específicos, que se originen en aquellas relaciones entre un hombre y una mujer que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular, figura denominada como unión marital de hecho, según la reglamentación que sobre ella trae la Ley 54 de 1990.

Ciertamente, aparejada con la evolución constitucional sobre las fuentes de la familia, así como el legislador se encargó de reglamentar la unión marital de hecho, también se ocupó de encajar a los hijos concebidos dentro de ella en la filiación legítima, y al efecto dispuso una modificación del contenido del artículo 213 del Código Civil, a través de la Ley 1060 de 2006, cuyo artículo 1° lo sustituyó en los siguientes términos:

Código Civil

ART. 213.- Subrogado, Ley 1060 de 2006, Art. 1°.- El artículo 213 del Código Civil quedará así:

“ART. 213.- El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad”.

Como consecuencia del nuevo texto, el artículo 1° de dicha Ley, al modificar el artículo 213 del Código Civil, también alteró el sentido y alcance de otras disposiciones legales. En efecto, con dicha norma debe entenderse modificado el artículo 1° de la Ley 45 de 1936, dado que, de acuerdo a la nueva Ley, se presume la legitimidad del hijo concebido en el matrimonio o en la unión marital de hecho, razón por la cual, respecto de este último no se requerirá el reconocimiento o declaración de hijo extramatrimonial a los que se refiere el artículo 52 del Código Civil, tal como fue modificado por la norma últimamente mencionada. También se modifica el artículo 53 del Código Civil, respecto a las denominaciones que se les dan a los hijos, para aplicarlas correlativamente a los padres. Después de la vigencia de la mencionada Ley, los hijos ilegítimos o extramaritales son, exclusivamente, los nacidos de una relación

⁸ Valencia Zea, Arturo, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo V, 7ª Ed., Temis, 1995, p. 397.

pasajera o transitoria, o quienes hayan sido concebidos por fuera del matrimonio o de una unión marital de hecho. Y hemos acogido la denominación de *extramaritales*, en vez de *extramatrimoniales*, precisamente porque, a raíz de dicha reforma legal, ahora hay hijos que, aunque fueron concebidos por fuera de una relación matrimonial, son hijos legítimos, en cuanto su concepción se haya producido dentro de una unión marital de hecho.

De forma que en esta categoría de *legítimos* se exige que el hijo haya sido concebido así: (i) durante el matrimonio; y, (ii) durante la unión marital de hecho.

El primero no da lugar a mayores elucubraciones, en razón a la misma forma solemne como se contrae el matrimonio, en el que la fecha de su celebración queda plenamente establecida y, por lo tanto, en principio, no tiene por qué ofrecer duda respecto a la época de la concepción del hijo. Empero, en el segundo, es decir, en la concepción durante la unión marital de hecho, la naturaleza y características mismas de esta figura ofrecen varias inquietudes o interrogantes, que pueden llevar a alguna confusión jurídica.

De esta manera, como consecuencia de las reformas legislativas que se han introducido en los últimos tiempos, particularmente la originada en la expedición de la Ley 1060 de 2006, vale la pena hacer alguna síntesis del tema atinente a la filiación, extendiendo al sistema anterior algunos efectos producidos sobre la legitimidad proveniente de las uniones maritales de hecho.

Para este tema de la filiación legítima se exige como su fuente la concepción dentro del matrimonio o en la unión marital de hecho entre los progenitores, fijando como elemento que la distingue de la filiación extramarital la época de la concepción del hijo, tanto en relación con la fecha de matrimonio, como con la de la formación de la unión marital de hecho. Y la del legitimado, para aquellos eventos en que, habiendo sido el hijo concebido antes del matrimonio, o de la unión marital de hecho, nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración de aquél o a la formación de ésta, o para el que, no obstante haber nacido antes de uno y otra, es legitimado por el matrimonio que posteriormente celebren sus padres, y, pensamos nosotros, según el espíritu que se deduce del texto del artículo 1º de la Ley 1060 de 2006, tan pronto los padres forman una comunidad de vida permanente y singular.

Se sabe que la unión marital de hecho está definida por el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 como “la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular”. Y el artículo 2º le otorga efectos patrimoniales a la unión marital de hecho, en aquellos casos en que, además de cumplirse otras exigencias legales, la comunidad de vida perdura por más de dos años.

Precisamente por su origen fáctico, que no jurídico, son varias las inquietudes relativas a la filiación *legítima* cuando el hijo es concebido durante la unión marital de hecho. Porque, a diferencia del matrimonio, las relaciones de hecho crean incertidumbre respecto a algunos aspectos esenciales a la hora de definir la filiación, como, por ejemplo, la fecha probable de la concepción, el inicio exacto de la comunidad de vida, o la misma formación de esta figura que, aunque de efectos jurídicos, solo se basa en los hechos.

Con relación a la fecha de inicio de la comunidad de vida, será menester establecer el momento a partir del cual se cumplen los hechos que se acomoden a sus características de permanencia y singularidad, las cuales son inherentes a la voluntad responsable de conformar una familia. De ahí se debe partir para establecer, de un lado, si se dan los requisitos para la formación de la unión marital, y, del otro, si la concepción del hijo se produjo durante ella.

Y, así por el estilo, siguen pendientes de resolver otros interrogantes, como –también como ejemplo– saber si la convivencia por un tiempo inferior a los dos años a los que se refiere el artículo 2º de la Ley 54 de 1990, da lugar a la formación de la unión marital; o determinar lo que ocurre en el evento de que ésta se rompa anticipadamente a ese período, y que, no obstante la brevedad del mismo, se haya producido la concepción del hijo. O conocer si para que el hijo se considere concebido durante la unión marital de hecho, ésta debe ser declarada judicialmente o a través de las otras formas autorizadas por el artículo 1º de la Ley 979 de 2005, que adicionó el ya mencionado artículo 2º de la Ley 54 de 1990.

El tema no deja de ser confuso, quizás por ese origen fáctico. Nosotros pensamos que, para estas finalidades, lo importante es poder determinar la voluntad responsable de crear la unión marital, con la finalidad de conformar una familia, todo lo cual exige la comunidad de vida, organizarse como si estuvieran casados, independientemente del tiempo que transcurra o haya transcurrido. No se concibe, *verbi gratia*, que un hombre y una mujer tomen la decisión consciente y responsable de irse a vivir juntos; que, como consecuencia del trato sexual durante esa convivencia, la mujer quede en estado de embarazo al poco tiempo de su iniciación, y que se predique que, por no haberse cumplido determinado tiempo de la relación, el hijo no fue concebido durante la unión. Tampoco podría explicarse que, concebido un hijo dentro de una unión marital de hecho, pero interrumpida ésta en un breve lapso, el hijo, que había adquirido la categoría de legítimo, terminara considerándose ilegítimo por causa de la ruptura de la unión de hecho entre sus padres.

Somos de la opinión de que la unión marital de hecho es una figura autónoma, independiente de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes; es decir,

que puede haber, inclusive, unión marital de hecho sin que produzca efectos patrimoniales, bien porque no transcurrió el tiempo mínimo exigido por el artículo 2° de la Ley 54 de 1990, o porque no se cumplieron los demás requisitos exigidos en esta norma (que los compañeros no tuvieran impedimento legal para contraer matrimonio o que, teniéndolo, hayan disuelto la sociedad o sociedades conyugales anteriores). Pero esta circunstancia no puede deslegitimar al hijo nacido durante el tiempo de esa convivencia, sencillamente porque contradiría el propósito serio y responsable que pudieron haber tenido los compañeros permanentes para conformar una familia.

A diferencia de las dos anteriores (la filiación legítima y la legitimada, cuyas fuentes únicas son el matrimonio y, ahora, la unión marital de hecho), la filiación extramarital (mal llamada ilegítima) surge de la simple unión libre esporádica u ocasional, que por lo tanto no constituye una manifestación responsable de conformar una familia; es, en consecuencia, una concepción por fuera del matrimonio o de la unión marital de hecho.

Desde este punto de vista, pese a la confusión que mencionábamos, no deja de ser un importante avance del legislador, porque debemos recordar que en el sistema anterior se enlistaba como hijo ilegítimo, en general, al extramatrimonial, incluyendo dentro de esa categoría a una inmensa mayoría de colombianos cuyas familias estaban formadas por la vía de las uniones de hecho. Situaciones que igualmente exigían el reconocimiento del hijo, o el adelantamiento de una acción de filiación natural o extramatrimonial, en contraste con la presunción de legitimidad que nace de la aplicación del texto del artículo 1° de la Ley 1060 de 2006. Avances que se suman a los que habían sido obtenidos con el régimen aprobado en las Leyes 45 de 1936 y 75 de 1968, cuando desaparecieron las especies de hijos llamados incestuosos, adulterinos o de dañado ayuntamiento, con lo cual se obtiene un inmenso aporte al orden público, al interés social y en los aspectos morales que rigen de manera tan importante las relaciones de familia.

No obstante los anteriores comentarios, insistimos en que esa clasificación, además de odiosa, por lo discriminatoria, en la actualidad no tiene trascendencia jurídica en Colombia, en razón al principio de igualdad consagrado inicialmente en la Ley 29 de 1982, y, más tarde, en la Constitución Política que fue proclamada en el año 1991.

8.4 Presunción de paternidad legítima

Puestas así las cosas, por causa de haber sido concebido dentro del matrimonio o en la unión marital de hecho, el hijo se considera serlo del marido o del compañero

permanente, y, por lo tanto, se presume legítimo, salvo cuando el cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio no ser el padre.

Ciertamente, conforme a las disposiciones de los artículos 213 y siguientes, el hijo que sea concebido dentro del matrimonio, o en la unión marital de hecho, se presume legítimo. Esta presunción nace del principio latino según el cual “*pater is est quem nuptiae demonstrant*”, lo que significa que se presume que es el padre quien ostente la condición de marido o esposo o, ahora, de quien tenga el estado civil de compañero permanente. Lo que es lo mismo, el hijo de mujer casada, o de mujer que vive en una comunidad de vida permanente y singular, se presume hijo del marido o del compañero permanente, con arreglo a estos preceptos.

Sobre este aspecto, sin embargo, es preciso aclarar cuándo se considera que un hijo es concebido durante la vigencia del matrimonio, o de la unión marital de hecho, para resaltar la presunción consagrada en el artículo 214 del Código Civil, según el nuevo texto del artículo 2º de la Ley 1060 de 2006, y la reforma por la derogatoria que se le introdujo a este último, a través del literal c), del artículo 626, de la Ley 1564 de 2012, así:

Código Civil

ART. 214.- Subrogado, Ley 1060 de 2006, Art. 2º.- “El artículo 214 del Código Civil quedará así:

“ART. 214.- El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos:

- 1. Cuando el cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre.*
- 2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad (mediante prueba científica) se desvirtúe esta presunción, (en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001)”*⁹.

⁹ Los apartes que aparecen entre paréntesis, fueron expresamente derogados por el literal c), del artículo 626, de la Ley 1564 de 2012, por la cual se expide el Código General del Proceso, con vigencia a partir del 1º de enero de 2014.

Por medio de la Sentencia C-109, del 15 de marzo de 1995, referente al antiguo texto del artículo 214 del Código Civil, la Corte Constitucional extendió al hijo de mujer casada las causales con que cuenta hoy el marido para impugnar la presunción de paternidad, esto es, las previstas en los artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5º de la Ley 95 de 1890. Según el texto de dicha sentencia integradora, “esto significa que el hijo también podrá impugnar la presunción de paternidad si demuestra que durante los diez meses anteriores al parto, el marido no hizo vida conyugal con su mujer (Art. 5º de la Ley 95 de 1890) o estuvo en imposibilidad física de acceder a ella (Art. 214 C.C.). Igualmente,

Norma que indispensablemente debe armonizarse con las disposiciones del artículo 92 del mismo estatuto, cuando dice lo siguiente:

Código Civil

“ART. 92. De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume (de derecho) que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento”.

Sobre este particular, y antes de seguir adelante, es necesario aclarar que la expresión “de derecho” contenida en el inciso segundo del artículo 92, que se encuentra entre paréntesis, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-04, del 22 de enero de 1998 (Exp. D-1722), M.P.: Jorge Arango Mejía, porque, hoy en día, “... la ciencia médica ha llegado a una conclusión diferente: la duración del embarazo que culmine en el nacimiento de un ser humano, de una criatura que sobreviva a la separación completa de la madre, puede ser inferior a 180 días o superior a 300 días. ... la ciencia médica ha llegado a establecer sin lugar a dudas la posibilidad de nacimientos de seres humanos que sean el resultado de gestaciones de duración inferior a 180 días o superior a 300 días. La presunción de derecho del artículo 92 tiene una finalidad clara: permitir que se pruebe o se descarte la filiación, pues la calidad de hijo de una persona en especial, como es bien sabido, es parte del estado civil y determina, por lo mismo, derechos y obligaciones diversos, que no viene al caso enumerar...”¹⁰.

Lo anterior permite concluir que es perfectamente viable desvirtuar esa presunción, antes considerada “de derecho”, cuando quiera que se demuestre científicamente que una persona nació por fuera de los límites establecidos en el artículo 92 del Código

en caso de demostrarse el adulterio de la mujer durante la época en que se presume ocurrida la concepción, el hijo podrá ejercer la acción de impugnación y se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que el marido no es el padre (Art. 215 C.C.)”. Véanse extractos de la sentencia correspondiente, bajo el entendimiento de que, conforme a lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 1060 de 2006, que subrogó el artículo 213 del Código Civil, se presumen legítimos no solo los hijos concebidos durante el matrimonio de sus padres, sino también los concebidos durante una unión marital de hecho.

Los artículos 4º y 5º de la Ley 1060, del 26 de julio de 2006, que subrogaron los artículos 216 y 217 del Código Civil, respectivamente, determinan quiénes pueden impugnar la paternidad, y la norma últimamente mencionada faculta al hijo para hacerlo, en cualquier tiempo.

El artículo 214 del Código Civil, en su texto anterior, había sido declarado executable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-04, enero 22/1998, Exp. D-1722, M.P.: Jorge Arango Mejía.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-04, de 22 de enero de 1998.

Civil; cuando el cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio no ser el padre; o, cuando, en proceso de impugnación, se desvirtúe esa presunción.

Esta consideración que dio lugar a la declaratoria de inexecutable de la presunción “de derecho”, se basó en valoraciones científicas que en la actualidad permiten probar la filiación, con márgenes de verosimilitud que llegan al cien por cien (100%). “Las pruebas científicas disponibles en el mundo, y en aplicación en Colombia, permiten descartar en un 100% a los falsos acusados de paternidad y establecerla, cualesquiera sean los fundamentos que rodean a la pareja, con una probabilidad de 99.999999... La inclusión o afirmación de la paternidad se expresa en términos probabilísticos porque se fundamenta en la frecuencia de cada uno de los marcadores genéticos que se analizan, en la población específica del país, región, departamento o municipio, de acuerdo con la heterogeneidad de la misma. La aplicación de la fórmula matemática al número de marcadores que se requieran para llegar a la probabilidad señalada, que es la única que se acepta a nivel internacional, aumenta la cola de nueves. Sólo en el caso –si llega a ocurrir, ya que hasta ahora se considera innecesario– de estudiar la totalidad de la mitad genética proveniente del padre, en el hijo –se considera que en el genoma humano hay entre 50.000 y 100.000 genes activos–, se podría hablar del 100%. ...”¹¹.

Pero, no obstante la reforma introducida al artículo 213 del Código Civil por el artículo 1° de la Ley 1060 de 2006, la legislación relativa a la presunción de la legitimidad de un hijo es incompleta y aparentemente inarmónica, porque deja inocultables vacíos legales. Por ejemplo –pensamos–, en tratándose de la presunción de legitimidad del hijo concebido dentro de una comunidad de vida permanente y singular, la cual corresponde, hoy en día, a un estado civil, y partiendo de la base de que el nuevo texto exige la declaración de la unión marital de hecho, ¿previamente debería obtenerse esta declaratoria, por cualesquiera de los medios autorizados por la Ley (sentencia judicial, escritura pública o acta de conciliación)? O, ¿basta la afirmación del padre o madre que haga el registro civil de nacimiento? ¿Qué ocurre si la concepción se produjo antes de ese formalismo, pero después de hacer vida en común de manera estable? ¿Es suficiente que al hacer el registro civil del nacimiento la madre afirme que el hijo es fruto de su compañero permanente, para que sea inscrito como hijo de éste?

Aunque no imaginamos en qué podría basarse un notario público, o un registrador del estado civil, para negarse a extender el registro civil de nacimiento de un hijo como legítimo, por haber sido concebido durante la comunidad de vida de sus padres, sí creemos que, al menos debería acreditársele documentalmente la formalización de la declaratoria de la unión marital de hecho, o, a falta de ésta, hacérsele una manifestación juramentada al respecto.

¹¹ Yunis Turbay, Emilio, Concepto dado a la Corte Constitucional, en septiembre 17 de 1997.

Volvemos a advertir que estos comentarios, a la larga, se convierten en una mera especulación doctrinaria, a raíz de la carencia absoluta de efectividad práctica de una clasificación de los hijos. Pero, de todas maneras, esta reglamentación se echa de menos por tratarse de un hecho relativo al estado civil de las personas que, como tal, debe ser inscrito en el competente registro civil, especialmente en lo que tiene que ver con nacimientos, reconocimientos de hijos extramaritales, legitimaciones, etc., conforme a las voces de los artículos 1º y siguientes del Decreto 1260 de 1970.

8.5 Excepciones a la presunción general

También estimamos necesario concordar estas disposiciones legales, con el artículo 20 de la Ley 57 de 1887, que se refiere al hijo concebido durante el divorcio o separación de cuerpos, con el siguiente texto:

Ley 57 de 1887

“ART. 20.- No se reputará hijo del marido el concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges a menos de probarse que el marido, por actos positivos, lo reconoció como suyo, o que durante el divorcio hubo reconciliación privada entre los cónyuges”.

Esta norma puede ser analizada con base en la tradicional jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, pero adaptada a la nueva legislación, “La máxima latina *pater is est quem nuptiae demonstrant* consagrada en los arts. 213 y 214 del Código Civil, que al reputar hijo legítimo al concebido durante el matrimonio (o en la unión marital de hecho) impone la paternidad al marido (o al compañero permanente), no es aplicable cuando el hijo, a pesar de haber sido concebido durante el matrimonio (o en la unión marital de hecho), lo fue mientras su madre estaba divorciada o separada legalmente de su marido (o compañero permanente). Y por el contrario, la presunción rige en todo caso en que no se demuestre que estaba suspendida legalmente la obligación de cohabitar, así el marido (el compañero permanente) o la mujer estuvieron separados de hecho al producirse la concepción del hijo, por abandono del hogar o por cualquier otra causa. Se ve entonces, que en punto de hijos concebidos durante el matrimonio (o durante la unión marital de hecho), dos, y antagónicas, son estas presunciones: una positiva y otra negativa. Por la primera, que es la positiva, se reputa que el hijo concebido durante el matrimonio (o en la unión marital de hecho), es decir, el nacido después de 180 días de celebradas las nupcias (o de formada la unión marital de hecho), tiene por padre el marido (o compañero permanente) de la madre (arts. 213 y 214); y por la segunda, que es la negativa, se presume legalmente que no es hijo del marido (o del compañero permanente) el que

la mujer casada (o de compañera permanente) concibe durante el estado de divorcio o de separación legal (Ley 57 de 1987, art. 20)¹².

8.6 Personas que pueden reclamar contra la legitimidad

La impugnación de la paternidad puede ser ejercitada por: (i) el cónyuge o el compañero permanente; (ii) por la madre, dentro del término expresamente establecido en el artículo 216 del Código Civil, con la nueva redacción consagrada en el artículo 4º de la Ley 1060 de 2006; (iii) por el hijo, en cualquier tiempo; (iv) por los herederos; y, (v) por los ascendientes.

Veamos:

8.6.1 Impugnación por el cónyuge o compañero permanente, y la madre

Código Civil

ART. 216.- Subrogado, Ley 1060 de 2006, Art. 4º.- El artículo 216 del Código Civil quedará así:

“ART. 216.- Podrán impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, el cónyuge o compañero permanente y la madre, dentro de los ciento cuarenta (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico”.

En efecto, de acuerdo al texto de la Ley 1060 de 2006, la acción de desconocimiento de la paternidad mientras viva el marido o el compañero permanente, corresponde a estos. Muerto el marido o el compañero permanente, el ejercicio de tal acción pertenece a los herederos, desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o la madre o con posterioridad a ésta, o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo (Art. 219, subrogado por el artículo 7º de la Ley 1060 de 2006).

En tratándose de la paternidad o maternidad naturalmente concebida, la presunción de paternidad puede destruirse en caso de demostrar lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de la paternidad (Art. 213, subrogado por el artículo 1º de la Ley 1060 de 2006), o en el evento de demostrar que el cónyuge o compañero permanente no es el padre, o cuando, mediante cualquier medio, se desvirtúa esa presunción (Art. 214, subrogado por el artículo 2º de la Ley 1060 de 2006).

¹² C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia junio 19 de 1975, publicada en Código Civil, de Torrado, Helí Abel, p. 131.

Como comentario al margen, anticipadamente se advierte –como se verá más adelante – que cuando se trata de hijos habidos mediante reproducción artificial o con asistencia científica, el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad prevista en el artículo 214 del Código Civil no es idéntico, en cuanto que resulta irrelevante demostrar la ausencia de vínculo consanguíneo, y aquélla debe centrarse en la demostración de la ausencia o vicio del consentimiento al momento de autorizar el proceso de reproducción asistida.

Y volviendo sobre el tema, se observa que, aun en el nuevo texto introducido al artículo 216 del Código Civil, se mantiene la titularidad de la acción de impugnación en el marido (también en el compañero permanente), mientras viva, y que sólo después de su muerte pueden ejercitarla otras personas, en los plazos respectivos. Lo que también significa la posibilidad a la que se refiriera en alguna ocasión un célebre comentarista del Código Civil colombiano, expresada en las siguientes palabras: “Así es que un marido (también un compañero permanente, agregamos nosotros), aun a sabiendas de que no es el padre de un hijo de su mujer, como en el caso notorio de que ella lo hubiera tenido después de dos años de ausencia de su esposo en país lejano, puede darle la legitimidad no impugnándola; pero con un hijo suyo y que no fuese de su mujer, no podría hacer esto, porque la impugnación de la maternidad está sometida a otras reglas (arts. 335 etc.). Tampoco podría hacerlo en el caso de no haber matrimonio (o, ahora, unión marital de hecho), ni siquiera putativo entre él y la madre, ni en el caso en que se discutiese la identidad del hijo”¹³.

Un comentario final respecto a este tema de la impugnación de la paternidad por el marido, el compañero permanente, o por la madre: siempre será de interés conocer las circunstancias de modo y tiempo que permitan considerar el momento en que el presunto progenitor supo que no era el padre biológico de quien ostenta la condición de hijo. Porque la jurisprudencia patria se ha encargado de distinguir entre la simple duda, “y la certeza sobre su apariencia, pues es a partir de este último suceso que debe contar el término de caducidad para promover la acción de que se trata, vale decir, que el derecho a impugnar la paternidad solo surge cuando el demandante es consciente de que no es el verdadero padre (CSJ SC 12 Dic. 2007, Rad. 2000-01008-01)”.

Lo que concluye la Corte en relación con este tema, es que “En principio es a partir de que se revelan los resultados de la prueba de ADN, con un índice de probabilidad superior al 99.999%, que empieza a transcurrir el fenómeno extintivo de que trata

¹³ Vélez, Fernando, *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, Tomo I, Imprenta París América*, 2ª ed., corregida y aumentada por Luis-Ángel Arango, París, Francia, 1926, p. 215.

el artículo 216 del Código Civil”¹⁴, explicando que esa es la hermenéutica que se aviene con la Constitución Política, “al otorgarle supremacía al derecho sustancial, y proteger los derechos al estado civil, a la personalidad jurídica y a la filiación real, garantías que no pueden ser desconocidas, so pretexto de las sospechas del progenitor acerca de la relación biológica con su hijo, pues la incertidumbre jamás constituye el punto de partida para contabilizar la caducidad de la acción, no solo porque la norma de manera clara señala que los 140 días inician desde (que) “tuvo conocimiento de que no es el padre o madre biológico”, sino también debido a las dificultades de índole probatorio que se presentarían”¹⁵.

8.6.2 Impugnación de la paternidad por el hijo

Código Civil

ART. 217.- Subrogado, Ley 1060 de 2006, Art. 5º.- El artículo 217 del Código Civil quedará así:

“ART. 217.- El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. (En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera)”¹⁶. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico. (SIC)

La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto.

PAR.- Las personas que soliciten la prueba científica lo harán por una sola vez y a costa del interesado; a menos que no cuenten con los recursos necesarios para solicitarla, podrán hacerlo siempre y cuando demuestren ante I.C.B.F. que no tienen los medios, para lo cual gozarán del beneficio de amparo de pobreza consagrado en la Ley 721 de 2001”.

Se anota que la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-405, del 17 de junio de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, se había declarado inhibida de fallar sobre el inciso segundo del artículo 217 del Código Civil, por ineptitud de la demanda.

¹⁴ C.S. de J., Sala de Casación Civil, sentencia SC 11339-2015, agosto 27 de 2015. Rad. 11001-31-10-013-2011-00395-01, M.P.: Ariel Salazar Ramírez.

¹⁵ *Ibidem*, sentencia SC 11339-2015.

¹⁶ Téngase en cuenta que la expresión “En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera”, que se encuentra entre paréntesis, fue derogada por el literal c), del artículo 626, de la Ley 1564 de 2012, o Código General del Proceso, con vigencia a partir del 1º de enero de 2014.

La Corte Constitucional aduce en su providencia que la demanda instaurada contra dicho inciso, “no cumple con el requisito de certeza, por cuanto una interpretación sistemática e histórica de su contenido lleva a concluir que el enunciado normativo sobre el que se basa el cargo de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa es inexistente. De un lado, esa interpretación tiene origen en un error ostensible del legislador, producto de una equívoca transcripción del texto inicial del artículo 217 del Código Civil y la versión modificada de esta disposición; de otro, desconoce que la Ley 1060 de 2006 establece reglas suficientemente definidas acerca del tratamiento paritario entre el cónyuge y el compañero permanente, en lo relativo a la legitimidad para impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio y la unión marital de hecho, el término para ejercer esa acción y el momento en que inicia la contabilización de ese término, aspectos todos ellos regulados por el artículo 4° de la citada ley, que modificó el artículo 216 del Código Civil”.

Además, el inciso 2° del artículo 5° de la Ley 1060 de 2006, que corresponde al mismo inciso del texto original del artículo 217 del Código Civil, quedó fuera de contexto, porque el inciso primero de la nueva norma no hace referencia a la fecha en que el marido, o compañero permanente, tuvieron conocimiento del parto. Da la impresión de que el inciso segundo del artículo 5° de la Ley 1060 de 2006, ha debido corresponder a un segundo inciso del artículo 4° de la misma Ley, aunque también debemos advertir que el supuesto anterior era el conocimiento de la fecha del parto, y ahora lo es el conocimiento de que no es el padre o la madre biológicos.

De otra parte, el artículo 218 de la nueva Ley 1060 consagra expresamente la posibilidad de ordenar la vinculación oficiosa del presunto padre o madre, al proceso judicial, para proteger los derechos del menor. Desde esta perspectiva, se autoriza una especie de acumulación de pretensiones, en cuanto que se dispone que en un solo proceso no solo se impugne la paternidad, sino que se establezca la filiación real, es decir, que también se pueda fallar indicando quién es el verdadero padre, o la verdadera madre.

Dice así la norma correspondiente:

Código Civil

ART. 218.- Subrogado, Ley 1060 de 2006, Art. 6°.- El artículo 218 del Código Civil quedará así:

“ART. 218.- El juez competente que adelante el proceso de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico o la presunta madre biológica, con el fin de ser declarado (sic) en la misma actuación procesal la paternidad o la maternidad,

en aras de proteger los derechos del menor; en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre”.

8.6.3 Impugnación de la legitimidad por herederos

La nueva norma que autoriza la impugnación de la paternidad o maternidad por los herederos, quedó redactada así:

Código Civil

ART. 219.- Subrogado, Ley 1060 de 2006, Art. 7º.- El artículo 219 del Código Civil quedará así:

“ART. 219.- Los herederos podrán impugnar la paternidad o la maternidad desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o la madre o con posterioridad a esta; o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo, de lo contrario el término para impugnar será de 140 días. Pero cesará este derecho si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en el testamento o en otro instrumento público”.

Hay varias situaciones por comentar en el análisis del artículo 219 del Código Civil, con la nueva redacción que le introdujo el artículo 7º de la Ley 1060 de 2006, siendo acaso la más relevante que el derecho a impugnar la paternidad por los herederos, sólo se da cuando el padre o la madre no hubieren hecho el reconocimiento voluntario de la paternidad o de la maternidad, a través de testamento o en otro instrumento público.

Pensamos nosotros que este precepto debe entenderse en el sentido de que los herederos no pueden impugnar la paternidad cuando, de cualquier forma, se hubiere hecho un reconocimiento voluntario de la paternidad, es decir, incluyendo aquellos otros casos en que legalmente puede hacerse el reconocimiento voluntario, como, por ejemplo, (i) firmando el padre o la madre que reconoce la paternidad o la maternidad, el registro civil de nacimiento; (ii) por testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento; (iii) por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido objeto único y principal del acto que lo contiene; (iv) o por reconocimiento hecho ante el Defensor de Familia, el Inspector de Policía, o ante el Juez de Paz (Ley 75 de 1968, Arts. 1º y 2º; C. de la I. y A., Art. 109; Ley 497 de 1999, Art. 9º).

Pese a este criterio, reafirmado por el precepto que establece que el reconocimiento de la paternidad es irrevocable, hay autores que piensan lo contrario, es decir, que, según ellos “El derecho de impugnación (...) lo pierden los herederos e interesados, si el marido (ahora también entiéndase el compañero permanente) reconoció al hijo

como suyo *en testamento* o en *otro instrumento público*. Luego ese derecho no cesa, si el padre reconoció al hijo ante testigos, por cartas, firmando la partida de bautismo (entiéndase registro civil de nacimiento), etc., porque ninguno de estos actos, ni aun la partida (...) constituiría un instrumento público. Cuando el marido fallece después de dejar transcurrir voluntariamente el término que tiene para establecer el juicio de impugnación, sin iniciarlo, puede decirse que reconoció de manera *tácita* la legitimidad del hijo, y que por esto ninguna persona puede impugnarla”¹⁷.

8.6.4 Impugnación de la legitimidad por terceros

Código Civil

“ART. 220.- A petición de cualquier persona que tenga interés actual en ello, declarará el juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio.

Si el marido estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer desde antes de la disolución del matrimonio, se contarán los trescientos días desde la fecha en que empezó esta imposibilidad.

*Lo dicho acerca de la disolución se aplica al caso de la separación de los cónyuges por declaración de nulidad del matrimonio”*¹⁸.

Los dos preceptos anteriores hacen referencia a la posibilidad de que los herederos y terceros actualmente interesados, puedan pedir la declaratoria de ilegitimidad del hijo. Realmente, esos terceros solo pueden ser aquellos a quienes la presunta legitimidad del hijo les irrogare algún perjuicio, siempre y cuando el hijo no haya sido reconocido voluntariamente; porque si así ocurrió, la acción que cabe no es la de impugnación de la paternidad, sino la de impugnación del reconocimiento.

Ahora bien, toca dilucidar a qué se refiere el legislador cuando concede el derecho de impugnar la paternidad o maternidad a “cualquier persona que tenga interés actual en ello”, es decir, precisar a qué tipo de interés jurídico se refiere, si a intereses jurídicos económicos, o también a intereses morales y personales. “Acerca de los *herederos e interesados*, debe notarse que lo que les da el derecho de impugnar la legitimidad, es que ésta les causa perjuicio actual”, dice el comentarista Fernando Vélez. Y agrega: “Así es que lo que en vida del marido pudo ser sólo cuestión de honra, después de

¹⁷ Vélez, Fernando, *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, Tomo I, Imprenta París América, 2ª ed., corregida y aumentada por Luis Ángel Arango, París, Francia, 1926, p. 219.

¹⁸ El artículo 220 del Código Civil fue declarado exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-04, enero 22/1998, Exp. D-1722, M.P.: Jorge Arango Mejía.

su muerte es simple cuestión de intereses. De esto deducimos que un heredero testamentario, a quien no perjudique la legitimidad, no podría impugnarla, y que otro hijo del marido que no fuese heredero por incapacidad, indignidad, desheredamiento o repudiación, tampoco podría impugnarla. Según los Sres. Cood y Fabres (...) se entiende por *interés actual*, todo interés pecuniario directo e inmediato, y no, como pretenden otros, todo interés efectivo. Habrá, pues, perjuicio actual, siempre que la pretendida legitimidad prive al demandante de un derecho que sin ella forzosamente había de corresponderle¹⁹.

Desde luego que el *interés actual* que exige la norma se refiere a la fecha, es decir, a la oportunidad en que debe presentarse la correspondiente impugnación, sencillamente porque no sería procedente la acción frente a un interés posterior. También se acepta que el interés jurídico se refiere a aspectos patrimoniales. Sin embargo, nosotros creemos que el *interés actual* no puede circunscribirse a aspectos puramente materiales, sino que también se extiende a aspectos personales. Al fin y al cabo, no puede perderse de vista que estos asuntos guardan relación directa con la personalidad jurídica del individuo, uno de cuyos atributos es, precisamente, el relativo al estado civil, el que a su vez depende de la filiación, la cual se considera vinculada a la dignidad humana. En otras palabras, no se concibe pensar que el interés jurídico para instaurar una acción de impugnación de la paternidad o la maternidad, solo nazca de derechos puramente patrimoniales (derechos de herencia, derechos de gananciales de una sociedad conyugal o de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, etc.), sino que, en muchas ocasiones, tiene connotaciones de carácter personal, como, por ejemplo, el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad; el cumplimiento de los deberes y el ejercicio correlativo de los derechos fundamentales de los hijos no emancipados; los derechos y las obligaciones por alimentos; la porción conyugal, etc., o, específicamente, temas relacionados con los atributos de la personalidad o los vínculos de parentesco.

Esta afirmación tiene respaldo en varios pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como también de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Precisamente, en una reciente sentencia, originada en una acción de tutela, la Corte Constitucional explicó el concepto del “Interés para presentar la acción de impugnación de la paternidad”, y rememoró varias acciones de tutela en las que los accionantes alegaron una vulneración al debido proceso, por haber declarado la caducidad de la acción o “la falta de interés actual para incoarla”.

¹⁹ Vélez, Fernando, *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, Tomo I, Imprenta París América, 2ª ed., corregida y aumentada por Luis-Ángel Arango, París, Francia, 1926, p. 219.

La Corte, citando la sentencia T-888 de 2010, recordó cómo, según lo dispuesto en la Ley 75 de 1968, en aquella providencia había dicho que “la interpretación razonable del interés actual para impugnar la paternidad, comienza a contarse a partir de la primera duda que surja, luego de que se reconozca a la persona como hijo”, y explicó como razonable que, “en aquellos casos en los que surja la duda de la paternidad, pero la persona deja pasar un tiempo prolongado para cuestionarla”, se declare la caducidad de la acción. También precisó que “en los casos en los que exista un elemento adicional, como cuando se presenta certeza de que no hay vínculo filial como resultado de la práctica de un examen de ADN, el interés actual se debe entender “actualizado gracias a la novedad de la prueba científica”. Como otro comentario al margen, llama la atención que, aunque los términos procesales son de obligatorio cumplimiento e improrrogables, la Corte, a través de esta sentencia, haya abierto las puertas a una “actualización” de los mismos.

A ese mismo respecto, la Corte, al reproducir un extracto de la sentencia últimamente mencionada, dijo lo siguiente:

“Respecto del “interés actual” la sentencia profundiza indicando que (...) “hay entonces una laguna axiológica cuando no se toma en cuenta un hecho sumamente relevante (la contundencia de la verdad científica) al interpretar una ley generalmente válida, y esa laguna amenaza derechos fundamentales del tutelante. En esos casos, debe buscarse una interpretación distinta que colme la laguna. Y en este en particular eso puede lograrse si se entiende de un modo distinto el ‘interés actual’.

Por ejemplo, si se interpreta que cuando una persona (i) reconoce a otra como su hija, (ii) aunque con dudas sobre la verdadera paternidad, (iii) luego deja pasar un tiempo prolongado para cuestionar la paternidad, y (iv) decide finalmente impugnarla con fundamento en esas mismas dudas, pero (v) lo hace pocos días después de tener certeza sobre la realidad de la filiación, gracias a una prueba como la de ADN, entonces el ‘interés actual’ o bien se presume, o bien no se presume pero se entiende actualizado gracias a la novedad de la prueba científica. Ambas interpretaciones se adecuan al espíritu de la legislación civil, como pasa a mostrarse:

23.1. Presumir que la persona tiene ‘interés actual’, supone admitir que todo padre o madre extramatrimonial puede impugnar la paternidad o maternidad, sin probar que tiene ‘interés actual’, cuando la impugnación se interpone poco tiempo después de conocer la primera prueba de ADN que lo descarta como padre o madre. Eso significa que sólo debe demostrar que conoció recientemente la prueba de ADN, regulación que por lo demás prohija la misma Ley 1060 de 2006 para casos en que quien impugna la paternidad es el cónyuge o el compañero permanente. Estos últimos pueden impugnar la paternidad, sin necesidad de probar ‘interés actual’, siempre que lo hagan “dentro de los ciento cuarenta (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que es el padre o madre biológica” (art. 4, Ley 1060 de 2006). Luego

no es extraño a la ley que una persona impugne la paternidad años después de tener la primera duda sobre la verdadera filiación, siempre y cuando lo haga dentro de los ciento cuarenta (140) días siguientes al tiempo en el cual “tuvo conocimiento” de no ser el padre o madre biológico del supuesto hijo.

23.2. Exigir la acreditación de un interés actual, por su parte, tampoco riñe con la legislación civil. Ni está en contradicción con ella un entendimiento especial de lo que significa tener un ‘interés actual’, pues no existe en todo el Estatuto Civil una estipulación vinculante de esos términos, que el juez esté obligado a respetar sin importar las propiedades fácticas de un caso como este. Por tanto, no estaría ni en contra de la letra, ni del espíritu de la legislación, entender que el interés de una persona, aunque caduco en cierto momento, puede actualizarse en determinadas hipótesis. Y, en este caso al menos, es cierto que (...) tuvo interés por vez primera, como acertadamente lo indican los jueces demandados, al reconocer a (...); es decir, mucho tiempo antes de instaurar su acción. Sin embargo, no es cierto que por ese solo hecho el interés no haya sido actual cuando la promovió, pues con el conocimiento de la prueba de ADN el interés se actualizó, y como poco tiempo después de ello se interpuso la demanda de impugnación, al momento de acceder a la justicia no carecía de ‘interés actual’.

24. Así las cosas, es posible ofrecer interpretaciones distintas del ‘interés actual’ en casos como el presente. Esos entendimientos no conducen a desconocer la letra o el espíritu de la ley, ni aparejan un menoscabo para los derechos del accionante a la libertad de decidir el número de hijos, a la personalidad jurídica, a la filiación y a la administración de justicia efectiva. Ciertamente, suponen una incidencia en el derecho de la menor a la protección de los vínculos y las proyecciones que había hecho con seguridad, como fruto de los lazos afectivos y de las memorias que alcanzó a construir en compañía del tutelante. Cuando menos, es de esperarse que se puedan frustrar algunos anhelos contruidos (...) a lo largo de este tiempo, en relación con los bienes que debe proporcionar la paternidad, que son regularmente los de garantizar “protección, bienestar y formación integral, desde el momento mismo de la concepción, y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”. Pero ese quebranto se ve compensado, de una parte, por la salvaguarda cierta de su derecho “al nombre” real, y no a uno ficticio como el que se le registraría si se la hace aparecer como hija de quien no es su padre y, de otra, por la protección cierta también de los demás derechos y libertades del tutelante”.

También citó apartes de la sentencia de tutela T-071 de 2012, cuando se estudió una providencia judicial de impugnación de la paternidad, aduciendo una prueba de ADN que certificaba que el actor no era el padre de la menor que había reconocido, y en la que el Juez declaró la caducidad de la acción, “con el argumento de que el interés surgió en el momento en el que tuvo dudas sobre su paternidad, o en la fecha en la que reconoció a la menor”.

La Corte Constitucional dijo lo siguiente:

“Cuando el cónyuge o compañero permanente impugna la paternidad del presunto hijo y para ello allega una prueba de ADN con la que demuestra la inexistencia de la filiación, la interpretación del artículo 216 debería ser aquella que: (i) propenda por los intereses legítimos de las partes, (ii) confiera una eficacia óptima a los derechos fundamentales en juego y (iii) respete el principio de prevalencia del derecho fundamental sobre las simples formalidades (artículo 228 Superior). Es decir, la interpretación constitucionalmente válida de la norma en mención, en estos casos, es aquella en la que el término de caducidad de la impugnación de la paternidad se empieza a contar a partir de la fecha en la cual se tuvo conocimiento cierto a través de la prueba de ADN de que no se era el padre biológico”.

Y, en la ya mencionada sentencia T-160, del 21 de marzo de 2013, sacó las siguientes conclusiones:

“8.5. Conclusiones

Con fundamento en la normatividad vigente y teniendo en cuenta lo expuesto en las Sentencias T-1342 de 2001, T-411 de 2004, T-1226 de 2004, T-584 de 2008, T-888 de 2010, T-071 de 2012 y T-352 de 2012, se concluye lo siguiente:

- a. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1060 de 2006, el término de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad en todos los casos es de 140 días, “siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico”. Con anterioridad, el término previsto en el Código Civil era de 60 días, contado desde el momento en que se demostrara el interés actual.*
- b. En el parágrafo transitorio del artículo 14 de la citada Ley 1060 de 2006, el legislador contempló un periodo adicional de 180 días para que aquellas personas a las que se les hubiera declarado la caducidad de la acción pudieran incoarla nuevamente. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dicha disposición no sólo reabre la posibilidad de iniciar un nuevo proceso, sino que también permite su aplicación a los juicios en curso, cuando en su trámite haya entrado en vigencia la Ley 1060 de 2006 y el operador judicial evidencie que debe declarar la caducidad de la acción, según los plazos establecidos en la normatividad anterior.*
- c. La ley exige que en los procesos de filiación es necesario decretar y practicar una prueba de ADN o en caso dado una prueba científica que dé más certeza respecto de la filiación. La jurisprudencia constitucional ha insistido en la importancia de esta prueba.*
- d. El examen de los requisitos de procedibilidad de la acción de amparo debe ser menos riguroso, cuando existe una prueba que exteriorice la ausencia de dicha relación filial, en razón de los derechos fundamentales que se encuentran comprometidos y dada la prevalencia del derecho sustancial.*

- e. *Los derechos fundamentales que se encuentran comprometidos en los procesos de la filiación son: el derecho a la personalidad jurídica (art. 14 CP), el derecho a tener una familia (arts. 5, 42 y 44 CP), el derecho a tener un estado civil, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP), el derecho a la filiación y a la dignidad humana (art. 1 CP).*
- f. *Finalmente, el “interés actual” para que opere el término de caducidad, en los casos en los que se obtiene una prueba de ADN, surge a partir del momento en que se obtiene certeza sobre los datos, en virtud de la supremacía del derecho sustancial sobre las formas y de la prevalencia de los derechos fundamentales a la personalidad jurídica, al estado civil y a la dignidad humana”²⁰.*

Por último, más recientemente, a través de la sentencia SC12907, de agosto 25 de 2017, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia hizo consideraciones similares, aceptando como “interés actual” lo que dicha entidad llama “un motivo serio para demandar, bien sea de carácter moral o pecuniario”.

8.6.5 Impugnación de la legitimidad por los ascendientes

Código Civil

ART. 222.- Subrogado, Ley 1060 de 2006, Art. 8°.- El artículo 222 del Código Civil quedará así:

“ART. 222.- Los ascendientes del padre o la madre tendrán derecho para impugnar la paternidad o la maternidad, aunque no tengan parte alguna en la sucesión de sus hijos, pero únicamente podrán intentar la acción con posterioridad a la muerte de estos y a más tardar dentro de los 140 días siguientes al conocimiento de la muerte”.

Pareciera que este precepto legal trae una excepción de los anteriormente comentados, en cuanto que en él no se exige que los impugnantes de la paternidad o de la maternidad tengan interés en la sucesión de los hijos, excepción que tiene aparente apoyo en el concepto de que no es lógico imponerles a los ascendientes la obligación de tener como heredera a una persona que realmente no es su descendiente. Ese es el criterio de la doctrina, imperante desde hace mucho tiempo.

Se aclara que, en desarrollo de los principios de igualdad de las personas, la nueva redacción dada al artículo 222 del Código Civil por el artículo 8° de la Ley 1060 de 2006, eliminó la expresión “legítimos”, para dar cabida a que la acción sea interpuesta por cualquier ascendiente. Igualmente, se precisa que la acción solo puede iniciarse con

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-160, de marzo 21 de 2013, Exp. T-3630613, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

posterioridad a la muerte, y prevé que el plazo para que sea interpuesta la correspondiente demanda es “a más tardar dentro de los 140 días al conocimiento de la muerte”.

8.6.6 Acciones sobre filiación y formas de destruir la presunción de paternidad legítima

Las acciones sobre filiación y la destrucción de la presunción de paternidad legítima, en tratándose de un asunto concerniente al estado civil de las personas, requieren una decisión judicial. A través de ellas se esclarecen los vínculos de parentesco de las personas, con lo que, a su turno, se consolidan jurídicamente los derechos y obligaciones derivados de éste.

En realidad, son dos las acciones que pueden interponerse con relación a la filiación. De un lado, la conocida como *impugnación*, tanto de la paternidad, como también de la maternidad; y, del otro, la de *reclamación* de una u otra.

“La necesidad de investigar la paternidad (entiéndase también la maternidad), ha servido de fuente para reconocer diferentes garantías, algunas elevadas –incluso– a rango constitucional. Así, se ha hecho referencia al derecho a conocer la procedencia, a tener una familia y a formar parte de ella, al estado civil y a gozar de personalidad jurídica, uno de cuyos atributos es el nombre, compuesto, precisamente, por los apellidos de los ascendientes”, ha dicho la Corte Suprema de Justicia²¹.

Y siempre ha habido formas jurídicas tanto para reconocer la paternidad o maternidad, como también para desconocer una u otra.

La Ley civil colombiana, como acaba de verse, parte de unas presunciones respecto a la paternidad legítima. El artículo 213 del Código Civil, en su redacción primigenia, decía que “El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo”, dándole al matrimonio la fuente principalísima de la legitimidad de los hijos. Hoy en día, a través de la Ley 1060 de 2006, esa presunción se extiende al hijo concebido dentro de una unión marital de hecho.

Inclusive, según los artículos 318 y siguientes del Código Civil, tal como fue inicialmente adoptado a través de la Ley 57 de 1887, los hijos nacidos fuera del matrimonio podían ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos y tenían “la calidad legal de hijos naturales, respecto del padre o madre que los haya reconocido”, y se esta-

²¹ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia mayo 21/2010, M.P.: Edgardo Villamil Portilla, Exp. 50001-31-10-002-2002-00495-01.

blecían las formas del reconocimiento, pudiendo ser por instrumento público entre vivos, o por acto testamentario.

Además, el hijo que no hubiera sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, podía pedir que su padre o madre le reconociera, y la demanda podía ser instaurada a nombre de un impúber, por cualquier persona que probare haber cuidado de su crianza.

El hijo también tenía derecho a que el supuesto padre fuera citado ante un Juez a declarar, bajo juramento, si creía serlo, y se establecía que “Si el demandado no compareciere pudiendo, y se hubiere repetido una vez la citación, expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad”. Las disposiciones de esos artículos 321 y 322 del Código Civil, eran comunes a la comprobación de la maternidad.

Es más, había una especie de presunción de paternidad en el original artículo 328 del Código Civil, donde se disponía que “Los hijos de la concubina de un hombre serán tenidos como hijos de éste, a menos que compruebe que durante el tiempo en que debió verificarse la concepción estuvo imposibilitado para tener acceso a la mujer”.

Tristemente, el Título 16 del Código Civil se derogó expresamente por medio del artículo 65 de la Ley 153 de 1887 y aquél fue sustituido con los artículos 54 a 59 y 66 a 79 de la misma Ley. Los nuevos preceptos crearon, sin lugar a dudas, trabas y dificultades para el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, comenzando porque el reconocimiento se limitó a “los hijos nacidos fuera del matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento” y porque se derogó la norma que consagraba la presunción de paternidad del hijo de la mujer que viviera públicamente con su concubino.

Allí, en la Ley 153 de 1887 (Art. 58), se estableció también que “El reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que pruebe tener interés actual en ello”, probando alguna de las causas que la norma enlistaba, dentro de las cuales vale la pena destacar que el hijo hubiera sido concebido cuando estaba casado el padre o la madre, o en dañado ayuntamiento calificado tal por sentencia ejecutoriada.

Para probar la paternidad se acudía a los elementos probatorios más convencionales, como el parecido físico con el hijo; los testimonios de terceros, referidos a las circunstancias de la relación sentimental y personal; cualquier clase de escritos en los que hubiera un reconocimiento expreso o tácito de la paternidad; la confesión del padre o el testimonio de la madre, etc.

Pero estos medios probatorios no siempre llevaban al operador judicial el pleno convencimiento de la paternidad, y fueron muchos los casos en donde las decisiones terminaron siendo incongruentes o incompatibles con la realidad de la relación filial.

La Corte Suprema de Justicia, en una providencia del 26 de abril del año 1940, reproducida en una sentencia de casación de mayo 21 de 2010, “recordó cómo en el derecho feudal europeo se reconoció “el principio de la libre investigación de la paternidad, como un postulado del derecho natural que inclina fatalmente a los seres a buscar y a conocer a sus progenitores. Así lo consagró el derecho francés de la antigua monarquía, pero tal régimen de la libre investigación de la paternidad vino a ser abolido por la Revolución Francesa, en la ley del 12 de Brumario, año II, promulgada por la convención revolucionaria, así procedió a pesar de haber sentado principios rígidos de justicia social e igualdad jurídica y de haber abolido todas las prerrogativas del sistema feudal”.

Así lo dijo:

“Las razones que asistieron a la convención para proceder con tan severo criterio –agrega la Corte Suprema– nos las explican los expositores Planiol y Ripert en su «Traité élémentaire de Droit Civil», en esta forma: «En el antiguo derecho, hasta la revolución, la investigación de la paternidad era libre, aunque con fines distintos de los actuales, porque los bastardos carecían de derechos sucesorales: se dirigían al único objeto de obtener alimentos. Sin embargo, las acciones de investigación eran frecuentes. Los procesos de este género vinieron a ser, según la expresión de Bigot du Preameneu, el azote de la sociedad. Tronchet refiere que las muchachas que querían dar un padre a sus hijos, perseguían al más rico de los que las habían frecuentado. Cuando una muchacha se declaraba en cinta e indicaba un hombre como el autor de su embarazo, ese hombre era considerado sin remedio, con la simple afirmación de ella, a proveer provisionalmente a los gastos del parto de la madre y al mantenimiento del hijo. De ahí el adagio: Virgini praegnati creditur».

Expirada en Francia la época revolucionaria, el Código de Napoleón de 1804 consagró el mismo criterio revolucionario, al prohibir en el artículo 340 la libre investigación de la paternidad ilegítima, con la única excepción del caso de raptó. Al decir de los principales redactores de tan famosa obra, el antiguo sistema deshonoró la justicia y asoló la sociedad. Tal norma prohibitiva se mantuvo en Francia hasta 1912, en que –atendiéndose a la opinión expresada por tratadistas y tribunales contra la inflexibilidad de la prohibición– se dictó la Ley 16 de noviembre de 1912, que autoriza la investigación de la paternidad en cinco casos, aunque manteniendo implícitamente la prohibición en principio. (...) Esta ley, con espíritu de moderación de humanidad y de justicia realiza una transacción aceptable entre los intereses antagónicos que se enfrentan en las relaciones extramatrimoniales. El dogma de la irresponsabilidad del padre natural se quebranta, sin que se abra la puerta a los abusos y a las tentativas de chantaje... La ley de 1912 no cambió completamente la situación anterior; no abolió la regla que prohíbe la investigación de la paternidad natural. Se limitó a consagrar importantes derogaciones al principio; pero la base no se cambió, y por consiguiente, la ley de 1912 requiere interpretación restrictiva» (Págs. 679 a 681).

Los cinco casos en que permite la Ley francesa de 1912 la investigación de la paternidad son los siguientes:

“1º En caso de rapto o de violación, cuando la época del rapto o de la violación coincide con el de la concepción;

“2º En caso de seducción realizada mediante actos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, si existe un principio de prueba por escrito, según indica el artículo 1347;

“3º En el caso de que existan cartas u otros escritos privados cualquiera del presunto padre y de los cuales resulte una confesión inequívoca de paternidad;

“4º En el caso de que el pretense padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio durante el periodo legal de la concepción;

“5º En el caso de que el pretense padre haya provisto o participado, en calidad de padre, al mantenimiento y educación del hijo”.

Comentando Planiol y Ripert esta reforma de la nueva redacción del artículo 340 del Código Francés, dicen que «la enumeración legal es limitativa y los Tribunales no pueden declarar arbitrariamente una filiación fuera de los casos previstos». (...)

Nuestro Código no quiso adoptar el sistema prohibitivo del francés en lo relativo a la investigación de la paternidad, y, separándose de tales influencias, adoptó el principio contrario de la libertad de investigación. (...)

Pero conviene advertir que tanto el reconocimiento voluntario de los padres, como la declaración judicial de paternidad estaban destinados a producir en el sistema de nuestro Código limitados efectos jurídicos, tales como el deber de los padres de cuidar personalmente a sus hijos y atender a los gastos de crianza y educación incluyéndose en esta última la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio (Artículo 333 y 334 del C. C. derogado por el artículo 75 de la L. 153 de 1887).

La Ley 153 de 1887 incorporó en nuestra legislación civil modificaciones sustanciales al régimen consagrado en el código en materia de filiación ilegítima. Ante todo, sólo otorgaba la condición y prerrogativas del hijo natural al nacido fuera del matrimonio que no proviniera, a la vez, de dañado ayuntamiento; quedando estos, es decir, los adulterinos e incestuosos, al margen de toda protección de la ley, salvo la excepción del artículo 66 de la Ley 153 de 1887 respecto a los alimentos.

Igualmente adoptó este nuevo estatuto el sistema del Código francés, consagrando que el reconocimiento era un acto libre y voluntario del padre o de la madre que reconoce; lo que equivale a prohibir implícitamente la investigación de la paternidad en las uniones ilegales. Cuando el reconocimiento proviene de un acto voluntario, debía hacerse por instrumento público o por acto testamentario; debía ser aceptado

o repudiado por el hijo; podía ser impugnado por toda persona que probara tener interés actual en ello; y tampoco debía producir otros efectos que los de cuidar responsablemente a los hijos naturales y atender a los gastos de su crianza y alimentación, incluidos los de la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio (Artículo 54 a 59, 61 y 62 de L. 153 de 1887).

Una sola excepción vino a consagrarse dentro de este nuevo régimen prohibitivo de la investigación de la paternidad, en el artículo 7° de la Ley 95 de 1890, al sentar la presunción de reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda, los que en consecuencia tendrían el carácter de naturales con relación a su madre”²².

Fue solo a través de la expedición de la Ley 45 de 1936 que el legislador colombiano vino a cubrir tan protuberantes vacíos en torno a la investigación de la paternidad, producidos como consecuencia de la derogatoria del Título 16 del Código Civil, en su versión inicial, por el artículo 65 de la Ley 153 de 1887, y por causa de los nuevos textos incorporados en los artículos 54 a 59 y 66 a 79 de esta Ley.

La Ley 45 de 1936 significó, pues, un gran paso en materia de investigación de paternidad, especialmente por los siguientes motivos: (i) porque se eliminó la odiosa clasificación de los hijos extramatrimoniales²³; (ii) porque autorizó la investigación de la paternidad, en los casos y bajo los supuestos taxativamente previstos en ella (Art. 4°); y, (iii) porque, mediante el artículo 30, derogó expresamente los numerales 3, 4 y 5, del artículo 58 de la Ley 153 de 1887, y dejó vigentes, únicamente, como causas a probar en la impugnación, la primera y segunda de las que se señalan para impugnar la legitimación en el artículo 248 del Código Civil.

El siguiente es el texto original del artículo 4° de la Ley 45 de 1936:

“ART. 4°.- Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural:

1° En el caso de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción;

2° En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, siempre que exista un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y que haga verosímil esa seducción;

²² *Ibíd.*

²³ El artículo 1° de la Ley 45 de 1936 decía: “El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento”.

3° Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad;

4° En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron;

5° Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo.

En el caso del ordinal 4° de este artículo, no se hará la declaración de paternidad, si el demandado demuestra que durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción, según el artículo 92 del Código Civil, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, o prueba que dentro de dicho tiempo ésta tuvo relaciones carnales con otro nombre”.

No obstante estos significativos progresos en procura de establecer la filiación de las personas, fueron muchos los casos en que se presentaron errores graves en la apreciación de las pruebas, que condujeron a sentencias equivocadas, y no pocos los abusos que se dieron en el manejo judicial de esta problemática. De cualquier modo, la paternidad solo era susceptible de declarar sobre la base de presunciones basadas en antecedentes y circunstancias conocidos (por el rapto, la seducción, documentos, posesión notoria), no mediante prueba plena del hecho mismo de la filiación, que llevara al Juez a un convencimiento irrefutable del mismo.

El artículo 4° de la Ley 45 de 1936, fue modificado por el artículo 6° de la Ley 75 de 1968, así:

Ley 45 de 1936

ART. 4°.- Modificado, Ley 75 de 1968, Art. 6°.- El artículo 4° de la Ley 45 de 1936 quedará así:

“Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente:

- 1. En el caso de rapto o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.*
- 2. En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.*
- 3. Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.*
- 4. En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.*

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

En el caso de este ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si se prueba, en los términos indicados en el inciso anterior, que en la misma época, la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquél por actos positivos acogió al hijo como suyo.

5. Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere, por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior.

6. Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo”.

Sin embargo, el nuevo texto del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 mantenía el sistema legal de las presunciones como una forma de probar la paternidad, y los procesos judiciales exigían, para no declararla, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 6º, ordinal 4º de la Ley 75 de 1968, probando estas circunstancias concretas: (i) que el demandado había tenido relaciones sexuales con una determinada mujer; (ii) que dicha mujer era la madre del demandante; (iii) que la mujer tuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres (*exceptio in plurium costupratorum*); y, (iv) que las relaciones tuvieron lugar durante la concepción del demandante.

No obstante, la Ley 75 de 1968 trajo al ordenamiento jurídico una importante novedad, porque en su artículo 7º dispuso, por primera vez en Colombia, que en todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, el Juez, a solicitud de parte o de oficio, ordenara, entre otras pruebas, una *peritación antropoheredobiológica*, con la práctica de exámenes y análisis de los grupos sanguíneos, para establecer los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles.

Decía así la norma:

Ley 75 de 1968

“ART. 7º.- En todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, el juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordenará peritación antropoheredobiológica, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles, que valorará según su fundamentación y pertinencia.

La renuencia de los interesados a la práctica de tales, exámenes, será apreciada por el juez como indicio, según las circunstancias.

PAR.- El juez podrá también en todos estos juicios pedir que la respectiva administración o recaudación de hacienda nacional certifique si en la declaración de renta el presunto padre hay constancia de que el hijo o la madre o ambos han figurado como personas a cargo del contribuyente”.

En concordancia con este texto legal, debemos mencionar también la Ley 9ª de 1979 y el decreto reglamentario 2388 de ese mismo año, a través de los cuales se asignó al entonces recién creado Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la obligación de la práctica de exámenes científicos en los procesos de investigación de la paternidad y la maternidad, y la emisión de conceptos o dictámenes periciales de tipo antropoheredobiológico.

En efecto, el artículo 36 del decreto reglamentario citado, dispone que “Los exámenes antropoheredobiológicos serán practicados por el laboratorio de genética del ICBF a solicitud del juez, en relación con asuntos de su competencia. Estos exámenes se realizarán en forma simultánea, a las personas involucradas en el proceso”; facultó al entonces Defensor de Menores (hoy Defensor de Familia) para solicitar también la práctica de los mismos y ordenó que el Laboratorio de Genética emitiera los conceptos que sobre esa materia le solicitaran los funcionarios judiciales.

Aun mediando el aparente progreso del legislador al incorporar a los procesos judiciales de investigación e impugnación de la paternidad y la maternidad, como medios de prueba, los *análisis antropoheredobiológicos*, gran parte de los resultados de la aplicación este método terminaron siendo errados. La Corte Suprema de Justicia, en varias ocasiones advirtió sobre la relatividad de estos resultados, señalando que “lo único que esta prueba (la antropoheredobiológica) permitía establecer con toda certeza, era cuándo un individuo no era progenitor de otro (exclusión)”, pero aclaró que “Los resultados positivos, apenas si reflejaban una probabilidad relativa, que variaba dependiendo de la cantidad de personas que pudieran tener el mismo tipo de sangre del posible padre”, al punto de considerar que “es indiscutible que tal pericia... no constituye por sí misma prueba plena de la paternidad investigada, por cuanto ella arroja solamente el resultado de compatibilidad. Por el contrario, en el evento de que el resultado sea la incompatibilidad, esa prueba se transformaría en plena y excluiría, de manera terminante, la paternidad debatida” (Sent. Cas. Civ. de 17 de julio de 2001)”²⁴.

²⁴ Citada en la Sentencia de mayo 21 de 2010, M.P.: Edgardo Villamil Portilla, Exp. 50001-31-10-002-2002-00495-01, C.S. de J., Sala de Casación Civil.

Inclusive, hubo varios miles de casos en los que, pese a los resultados arrojados por el Laboratorio de Genética del ICBF, incluyendo la paternidad, terminaron siendo cuestionados a raíz de estudios científicos de mayor valor.

Años más tarde, ante los avances de la ciencia genética en torno a la identificación del principal componente de los cromosomas, el ácido desoxirribonucleico o ADN, para la identificación de los individuos, se adoptaron algunas disposiciones legales al respecto.

Veamos el más reciente resumen que aparece en una importante sentencia de casación de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al respecto:

“El principal componente de los cromosomas es el ácido desoxirribonucleico (ADN), sustancia que contiene los genes, mismos que transmitidos como son de los padres al hijo, permiten que éste se distinga como individuo único, pues contienen una información exclusiva que permite la producción de proteínas y enzimas necesarias para el funcionamiento del organismo. El ADN, entonces, representa una sustancia vital del núcleo celular que es constante e irrepetible, salvedad hecha de los gemelos idénticos, que excepcionalísimamente comparten una misma información genética.

A través de técnicas que en la actualidad son confiables, seguras y rápidas, es posible tomar de casi cualquier tejido humano células nucleadas con un número plural de porciones o fragmentos específicos de ADN, denominados microsátélites o STR (Short Tandem Repeats o repeticiones cortas en tándem), que se hallan en lugares previamente determinados (loci o locus) y a partir de éstos pueden establecerse los marcadores cuya comparación hace posible calcular científicamente la probabilidad de paternidad.

Para ese efecto, se comparan los marcadores genéticos de la madre, del hijo y del sujeto a quien se atribuye la paternidad. Así, los marcadores del hijo que no se hallen en el ADN materno, tendrán que provenir necesariamente del ADN paterno, lo cual sirve al propósito de esclarecer si existe un nexo biológico con el candidato a progenitor, tomando en consideración, claro está, la frecuencia con que ese marcador se repite en una población determinada. Hoy por hoy, esos procedimientos arrojan índices de paternidad (IP) tan altos que, de acuerdo con los Predicados Verbales de Hummel, permiten tener la paternidad como prácticamente probada (si IP es $> \text{ó} = a$ 99.73%), extremadamente probable (si IP es $> \text{ó} = a$ 99% y $< a$ 99.73%), muy probable (si IP es $> \text{ó} = a$ 95% y $< a$ 99%) y más probable que no probable (si IP es $> \text{ó} = a$ 50% y $< a$ 95%).

La jurisprudencia de la Corte estuvo a la vanguardia a la hora de reconocer el valor persuasivo de ese tipo de pruebas, pues anticipándose a los designios de la Ley 721 de 2001, instó a los jueces a valerse de los análisis de los marcadores de ADN en los juicios de paternidad.

Así, por ejemplo, se admitió que el trato personal y social de la pareja podía darse por establecido a partir de los resultados de una prueba de ADN. Entonces, dijo la Corte

que “puesta la ley en medio de averiguación tan delicada como es la que entraña el misterio de la fecundación, estimó razonable inferir la paternidad del hombre que por la época de la concepción entró en contacto sexual con la madre de la criatura, tal como desde la Ley 45 de 1936 se consagró. Y admitido que ese de la cópula es un hecho cuya prueba no es fácil, vino después a indicar que bien podía colegirse del signo revelador hallado en el trato social y personal de la pareja (Ley 75 de 1968). Pero tal devenir legislativo no puede ser interpretado con el criterio restrictivo que propone el recurrente, en el sentido de que la relación sexual se comprueba únicamente a través del susodicho trato, lo cual, como salta a la vista, se opondría al espíritu de la norma y al sentido de la lógica. Lo uno, por cuanto la previsión legal, consciente de la complejidad demostrativa sobre el particular, antes que limitar, sin duda alguna vino en pos de la pesquisa paterna y recordó al punto la posibilidad de las deducciones; es lo que se desprende incluso de la misma redacción normativa, al emplear la expresión ‘podrá’. Y después, porque es ilógico pensar que de aquella manera clausure la ley todo otro sendero apto a la consecución de la verdad, de modo de señalarse que de cara a pruebas que en un momento dado son tanto o más contundentes, verbigracia la confesión misma de las relaciones o incluso el supuesto exótico de un registro filmico, aun así cupiera reclamar a ultranza la prueba del trato social y personal habido entre los amantes; profanaríase la sapiencia legislativa con la imputación de semejante desprecio probatorio, puntualmente traducido en que cuando la ley acude a la inferencia, malquiere todo lo demás, incluso las pruebas directas; en una palabra, que por encima de todo, se encuentra la mera probabilidad que anuncia una presunción. Bien es verdad que los antecedentes de las supradichas leyes dan cuenta de un legislador cauto en punto de pruebas, pero, eso sí, siempre dentro de una línea racional.

Así que no es cierto lo de la prueba única o tarifada de las relaciones sexuales; por ende, lo del trato social y personal de la pareja es apenas un camino para llegar a ella. Ahora, en ese orden de ideas, otra conclusión se impone, y es la de que consecuentemente cabe admitir que no habría base jurídica para descartar la prueba genética con ese fin, pues si, como lo ha expresado la Corte, su poder persuasivo «es sencillamente sorprendente (...), al extremo que existen pruebas de tal naturaleza que pueden determinar la paternidad investigada en un grado de verosimilitud rayano en la seguridad» (Cas. Civ. 23 de abril de 1998), no está fuera de propósito admitir que como mínimo contiene tan buena señal como la que emite el mismo trato personal o social de los amantes. Tema este respecto del cual conviene todavía memorar que la prueba científica de que se trata «le presta tal apoyo a su veredicto (del juez), que se constituye en pilar de su sentencia», y que, en fin, «la paternidad biológica, esto es, la posibilidad de que un gameto femenino haya sido fecundado por uno de determinado hombre (...) es hoy posible demostrarla con alcances de certidumbre casi absoluta (...)». (Cas. Civ. 10 de marzo de 2000, exp. 6188). Se ha llegado, pues, al punto en que el problema no es el de cómo creer en la prueba genética, sino el de cómo no creer en ella, de manera que, en cualquier caso, quienquiera desvirtuar esa alta dosis demostrativa, que lo acredite” (Sent. Cas. Civ. de 15 de noviembre de 2001, Exp. No. 6715).

La Corte también abrió paso a la posibilidad de deducir las relaciones sexuales con base en los exámenes de ADN, como cuando anotó que “si lo que se persigue es [que] la verdad biológica coincida con la realidad jurídica, pues al fin de cuentas se trata es de vincular a una persona, con los efectos que declaración semejante comporta, «con su origen sanguíneo y su incontrastable derecho a conocer a sus progenitores»²⁵, resulta importante contar con las pruebas que el avance de la ciencia brinda, concretamente en el campo de la genética. Desde luego que si practicados los exámenes, científicamente se determina, con un índice de probabilidad de la paternidad superior al 99.99%, esto sería suficiente, sin lugar a evacuar otras pruebas, para tener por establecidos los hechos de la presunción” (Sent. Cas. Civ. de 22 de noviembre de 2002, Exp. No. 6322). En ese mismo sentido, explicó que “en virtud de los adelantos de la ciencia se le da hoy un cariz de firmeza más consistente a los exámenes de genética que se practican con el fin de determinar el grado de probabilidad de paternidad; en ese sentido, con apoyo en el principio de la libre apreciación de la prueba, esta Corte ha admitido, con sustento en dicha prueba, la demostración de la filiación de paternidad que viene respaldada en las relaciones sexuales de la pareja procreadora... cuando esta Corporación con referencia a la causal de paternidad consagrada en el artículo 6, numeral 4 de la ley 75 de 1968, ha señalado la posibilidad de deducir las relaciones sexuales de los padres a partir de la prueba científica adecuada, no ha sido ajena a considerar que la pareja correspondiente, de acuerdo con diversas circunstancias probadas en el proceso, ha tenido ocasión de sostener ese trato íntimo”²⁶ (Sent. Cas. Civ. de 3 de junio de 2004, Exp. No. 97-0360).

Igualmente, expresó que “la prueba de ADN, en cuanto haya sido recaudada con observancia de las exigencias de orden científico y técnico que le son propias y con sujeción a las formalidades previstas en la ley para el momento de su realización, si constituye elemento de juicio para afirmar la existencia de relaciones sexuales entre la madre de quien investiga su paternidad y el demandado que soporta la pretensión, pues tal medio probatorio, en últimas, permite conocer –en gran medida– el perfil genético de una persona y, a partir de él, establecer, en términos de probabilidad estadística, si el presunto padre pudo ser el aportante de dicho material que, junto con el de la progenitora, dio lugar a la concepción del demandante. En ese sentido, con apoyo en el principio de la libre apreciación probatoria, esta Sala ha admitido, con sustento en dicha prueba, la demostración de la filiación de paternidad que viene respaldada en la del trato sexual de la pareja procreadora” (Sent. Cas. Civ. de 1º de noviembre de 2006, Exp. No. 11001-31-10-019-2002-01309-01).

Asimismo, se destacó su valía en asuntos en los cuales se alegaba la posesión notoria del estado civil, pues según señaló, “la prueba de marcadores genéticos, que no es ni por semejas la misma practicada en el otro pleito en 1981, no era medio de prueba que pudiera desechar en esos términos, pues que siendo hoy ésta un instrumento

²⁵ Sentencia de Casación Civil de 23 de abril de 1993 (CCXXII, 452).

²⁶ Sentencia de Casación Civil de 20 de abril de 2001, Exp. 6190.

científico de incalculable valor en la investigación de la filiación, al punto que ha dado en decirse que como «avance de la ciencia en materia de genética es sencillamente sorprendente, contándose ahora con herramientas que a juicio de doctos contienen un indiscutible rigor científico, al extremo de que existen pruebas de tal naturaleza que pueden determinar la paternidad investigada en un grado de verosimilitud rayano en la seguridad» (cas. civ. sent. de 23 de abril de 1998, exp. 5014), nada justifica que el juzgador, menospreciándola desde un comienzo, no hubiere analizado su trascendencia en la prueba de la posesión notoria” (Sent. Cas. Civ. de 22 de septiembre de 2005, Exp. No. 2000-00430-01).

La Corte, pues, estableció el criterio fundacional para reconocer el alto valor persuasivo de las pruebas de ADN. A ese respecto, debe memorarse también que “antes de la vigencia de la ley 721 de 2001, ley que impone como obligatoria la práctica de las pruebas científicas en los procesos de investigación de la paternidad o maternidad, se había dicho que esas pruebas también eran, en caso de ser trascendentes, de «obligatoria práctica, según las voces del artículo 7° de la ley 75 de 1968», porque «la paternidad biológica... es hoy posible demostrarla con alcances de certidumbre casi absoluta, mediante procedimientos que el medio científico colombiano ofrece». Por esto, la Corte instó a los jueces a que en tales procesos «se busque la utilización de los más recientes sistemas que estén en aplicación... y de los que pueda predicarse su accesibilidad» (sentencia de 10 de marzo de 2000)...” (Sentencia de 12 de agosto de 1997, CCXLIX-333)...” (Sent. Cas. Civ. de 21 de septiembre de 2004, Exp. No. 3030)”²⁷.

En efecto, paralelamente a estos desarrollos científicos, que llevaron a considerar la prueba de ADN como un método de la mayor verosimilitud, fue expedida la Ley 721, del 24 de diciembre de 2001, en cuyo artículo 1°, que subrogó el artículo 7° de la Ley 75 de 1968, se dispone que “En todos los procesos para establecer la paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%”, para, posteriormente, en el artículo 3° disponer que “Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente”.

Pero a pesar de la aparente explicitud de los términos del mandato contenido en la Ley 721, hay varias apuntes por hacer a este respecto:

La primera de ellas es que, de su texto podría deducirse que la prueba científica ordenada por la Ley 721 se convirtió en prueba única, y que, en principio, se debe

²⁷ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia mayo 21/2010, M.P.: Edgardo Villamil Portilla, Exp. 50001-31-10-002-2002-00495-01.

descartar el decreto y práctica de otros medios probatorios, salvo cuando resultare imposible la realización de ese tipo de exámenes. Y ello no es así, porque sobre esta primera apreciación debemos recordar la posición de la Corte Constitucional a este respecto. Precisamente, por no ser la prueba científica la única válida en este tipo de debates judiciales, dicha corporación, mediante Sentencia C-476, del 10 de mayo de 2005, decretó la exequibilidad condicionada, con las siguientes aclaraciones:

“En este orden de ideas, ha de entenderse que el artículo 3° de la Ley 721 de 2001 no puede ser interpretado como si en él se instituyera una prueba única para decidir los procesos de investigación de la paternidad o la maternidad, consistente en la obtención de la “información de la prueba de ADN” con la cual habría de proferir el fallo correspondiente, salvo en aquellos casos en que dicha prueba no hubiere sido posible incorporarla al proceso, hipótesis en la cual, por excepción, podría recurrirse “a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente” en los procesos de filiación. Tal interpretación no guardaría la debida armonía con el artículo 1°, inciso 1° y su parágrafo 2°, pues en el primero se reconoce que las pruebas científicas deben decretarse de oficio cuando “determinen índice de probabilidad superior al 99.9%” en relación con la paternidad o maternidad que se investiga, al paso que en parágrafo 2° citado se indica cuál es la técnica que debe utilizarse en esos exámenes científicos mientras no existan otros que “ofrezcan mejores posibilidades” para alcanzar “el porcentaje de certeza” a que se refiere la norma en cuestión. De esta suerte conforme al propio texto de la ley, el Estado reconoce que la “información de la prueba de ADN” no es completa, absoluta, con ella no se alcanza a plenitud la certeza, sino tan solo un “porcentaje” de ella. Y, entonces, si ello es así, el texto del artículo 3° de la Ley 721 de 2001 no impide que en el estado actual de la ciencia, además de las pruebas científicas sobre el ADN pueda recurrirse tanto a las pruebas testimoniales, como a las documentales y a otros medios de prueba, pues la “información de la prueba de ADN” no arroja certeza absoluta sino tan solo una altísima probabilidad de paternidad o maternidad. Ello significa, entonces, que mientras la situación no varíe hasta tal punto que la información de la prueba de ADN sea inequívoca y ofrezca certeza absoluta, puede recurrirse a otras pruebas para formar la convicción del juzgador; interpretación que resulta acorde con la finalidad de la ley y que sirve para armonizar sus distintas disposiciones.

‘Así, no puede afirmarse válidamente que el legislador optó por un regreso a la tarifa legal de pruebas para imponerle al juez certeza legal en lugar de la certeza judicial, como tampoco resulta de recibo concluir que se le impide al juzgador apreciar la prueba científica que se ha aludido con exclusión de las demás pues, al contrario, si esa prueba avanzada y de alto valor científico llega a establecer tan solo un alto “porcentaje de certeza” que constituye “índice de probabilidad” que incluso podría ser muy cercano al ciento por ciento, la práctica y la valoración de otros medios de prueba permiten una recta administración de justicia que no resulta violatoria del debido proceso ni en desmedro de la autonomía judicial.’

Desde este punto de vista, entonces, y según la interpretación que dan los teóricos del Derecho de Familia y la jurisprudencia patria, para destruir la presunción de paternidad a que se refieren las normas trascritas, es procesalmente viable pedir y obtener el decreto y práctica de otras pruebas, adicionales al ADN. Por ello, no es acertado que los jueces, amparados en una restrictiva lectura del mandato de la Ley 721 de 2001, se nieguen a decretar, cuando se les solicita, otros medios de prueba, tales como testimonios, interrogatorios de parte, documentos, etc., para buscar la verdad real. Eso, al menos, es lo que consideró la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del artículo 3° de la Ley en comento.

De tal manera que no resulta inane, y menos inocuo, sino que, por el contrario, podría terminar siendo mucho más contundente un fallo que se apoye en diferentes elementos probatorios, por lo que estimamos totalmente procedente que en acciones judiciales de esta clase se hagan otros esfuerzos encaminados a demostrar alguna de las situaciones que permitan desvirtuar esa presunción de paternidad legítima, o, en su caso, establecer la verdadera filiación. A título de mero ejemplo, y no obstante el imperio del artículo 3° de la Ley 721 de 2001, sigue siendo posible demostrar: (i) que durante el tiempo en que se presume la concepción, el marido o el compañero permanente no tuvo relaciones sexuales con la mujer; (ii) que durante ese tiempo la mujer tuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres diferentes del marido o al compañero. En este último caso se daría la figura conocida como la “*exceptio plurimum constupratorum*”, que significa que la pluralidad de relaciones sexuales de la madre con otros hombres podría desvirtuar la presunción de paternidad, salvo que, precisamente, a través de la prueba genética se demuestre que la paternidad resulta compatible; (iii) que el marido o el compañero permanente estuvo en imposibilidad absoluta de cohabitación; (iv) que hubo imposibilidad absoluta de las relaciones sexuales, bien porque efectivamente no hubo acceso carnal con la mujer durante el tiempo de la concepción, o porque el acceso carnal resultó inepto en forma absoluta para engendrar; y, en fin, cualesquiera otros elementos que contribuyan a establecer la verdadera paternidad. No hacerlo podría significar, a la postre, que el juzgamiento se le deferiría al perito, no al Juez.

La segunda apuntación sobre esta materia se refiere a que, a través de leyes posteriores, se han derogado algunas expresiones que le daban carácter imperativo y casi único a la prueba científica. Efectivamente, por ejemplo, a través del literal c), del artículo 626 del Código General del Proceso, fueron expresamente derogados, entre otras disposiciones, las expresiones “mediante prueba científica” y “el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera”, contenidas en el articulado de la citada Ley 721, entre otras. Y está bien que así haya sido, para

poder armonizar los criterios de la Corte Constitucional expuestos al decretar la exequibilidad condicionada del artículo 3° de la Ley 721 de 2001, ya mencionada, en cuanto existen otros elementos probatorios que, sin restarle eficacia jurídica a la prueba científica de ADN, pueden ayudar a establecer la filiación real, según las circunstancias del caso, en un momento dado. Nótese al respecto que los nuevos textos se refieren a la posibilidad de “demostrar por cualquier medio”, que no se es el padre; o a cuando en el proceso de impugnación “se desvirtúe la presunción”; o a cuando se tuvo conocimiento de que “no es el padre o madre biológico”; o a cuando el hijo fue concebido “durante el divorcio”, entre otras expresiones que, por lo amplias, permitirían traer a debate cualquiera de las situaciones que estaban reglamentadas aun antes de la Ley 721 de 2001, e interpretadas por los jueces de la República.

8.7. Impugnación del reconocimiento de hijos extramaritales

Como veremos más adelante, el reconocimiento voluntario de la paternidad es un acto libre y voluntario del padre o madre que lo hace (Ley 153 de 1887, Art. 55), y conforme a los preceptos del artículo 2° de la Ley 45 de 1936, modificado por el artículo 1° de la Ley 75 de 1968, es irrevocable.

No obstante, esa irrevocabilidad se entiende sin perjuicio de su impugnación. Para estos efectos, se contemplan dos situaciones concretas, a saber:

De una parte, las disposiciones del artículo 5° de la Ley 75 de 1968, que autorizan impugnar el reconocimiento “por las personas y por las causas indicadas en los artículos 248 (modificado por el artículo 11 de la Ley 1060 de 2006) y 335 del Código Civil”, el primero de los cuales, en relación con quien hizo el reconocimiento, autoriza la acción si se prueba que no ha podido ser el padre (Num. 1°); y respecto a la madre, demostrando que el hijo no ha tenido por madre a la que pasa por tal (Num. 2°), si se prueba falso parto o suplantación del pretendido hijo verdadero.

La impugnación de la paternidad podrá ejercerse por quienes prueben un interés actual en ello y los ascendientes de quienes se creen con derechos, “durante los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad”.

De otra parte, también es procedente la impugnación del reconocimiento de la paternidad por la mujer que ha cuidado de la crianza de un niño, “que públicamente ha proveído a su subsistencia y lo ha representado como hijo suyo”, contra el hombre que ha hecho el reconocimiento de ese niño. Sobre este aspecto debe examinarse el contenido del artículo 9° de la Ley 45 de 1936.

Ahora bien: desde el punto de vista atinente a la naturaleza de la acción, conviene hacer las siguientes precisiones:

Se han dado situaciones en las que quien ha hecho el reconocimiento voluntario de la paternidad, en atención a que dicho acto es irrevocable, opta por estudiar y promover la acción de nulidad del acto mismo del reconocimiento, fundamentándose en un posible vicio del consentimiento (error, fuerza, dolo), o, también, aduciendo la falta de causa, o aun el objeto ilícito.

Sobre este particular precisa advertir que la jurisprudencia vigente de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que por ser las normas relativas al estado civil de orden público, “le (sic) está vedado a las personas implementar acciones dirigidas a repudiar o indagar su filiación, por vías distintas a las autorizadas por la Ley”,²⁸ pues “(...) ha precisado la Corte en múltiples pronunciamientos de los que son ejemplo las sentencias de febrero 14 de 1942, julio 18 de 1944, junio 8 de 1948, junio 9 de 1970, octubre 2 de 1975 y marzo 28 de 1984, que en aquellos eventos en los “que la pretensión debatida en juicio estuvo orientada, en resumidas cuentas, a obtener la declaración judicial de que una determinada persona carecía del estado civil que ostentaba en la correspondiente partida, por no corresponder ese hecho a la realidad”, lo que en últimas se debatía era “una auténtica y genuina acción de impugnación de esa filiación, así se le llame por el actor acción de nulidad del registro o de inoponibilidad o invalidez, pues lo que en el fondo prevalece e importa en todas ellas es que se declare judicialmente que es irreal el hecho afirmado en la partida”.

En la sentencia del 26 de septiembre de 2005, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, dicha Corporación se preguntó “si la circunstancia de que el reconocimiento del hijo extramatrimonial no corresponda a la realidad, o más concretamente, si el hecho de que el hijo no haya podido tener por padre a quien lo reconoce, es situación que, a la par que permite la impugnación propiamente dicha de tal reconocimiento, da lugar a su anulación dentro de las taxativas causas legales”. Y la misma Corte respondió ese interrogante, diciendo categóricamente lo siguiente:

“... la respuesta a dicha cuestión es negativa, contundentemente negativa. No hay dos senderos que conduzcan a ese destino: es tan solo el de la impugnación, propuesta desde luego en oportunidad, el camino apropiado para aniquilar el reconocimiento realizado en condiciones tales.

“La ley, efectivamente, atendidos altos intereses sociales, fijó unos precisos requisitos para que los interesados ejerzan su derecho de impugnar el reconocimiento de

²⁸ C.S. de J., Sala de Casación Civil, sentencia de septiembre 26/2005, Exp. 6600 1311 0002 1999 0137, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

hijo extramatrimonial; la causal que les es dable invocar, conforme al artículo 248 del Código Civil, al cual remite el artículo 5° de la Ley 75 de 1968 para estos efectos, no es otra que la de que el reconocido no ha podido tener por padre a quien le reconoció, la cual causal, además, han de alegar dentro de los perentorios términos que se fijan; vencidos éstos, caduca el derecho allí consagrado, lo cual traduce que el reconocimiento en cuestión se consolida, haciéndose impermeable a dicha acción.

“De donde, si el legislador se tomó el trabajo de otorgar al evento de la falsedad en la declaración de paternidad natural un especial y cauteloso tratamiento jurídico, determinando estrictamente quiénes, cuándo y cómo pueden impugnar el reconocimiento del hijo, absurdo sería pensar que admitió simultáneamente la existencia de una acción paralela (léase la de nulidad) cuyo objetivo sería así mismo el de despojar al reconocido de su filiación con fundamento en idénticas circunstancias fácticas, acción que, por si fuera poco, no solo coexistiría con la de impugnación sino que subsistiría, y por largo tiempo, luego de fenecida ésta.

“Visto de otro modo, el legislador no abandonó, o mejor, sustrajo la situación de que se viene tratando del régimen general de las nulidades sustanciales y de eventos jurídicos análogos, y reservó lugar especial, cómodo y casi diríase que privilegiado para el hijo reconocido, al tiempo que fue exigente y francamente restrictivo con los interesados en desconocer dicho estado, fijando las causas y los plazos, cortos y definitivos estos, para intentar la correspondiente acción; y esta posición no es gratuita; tiene su razón de ser, como antes se expresó, en las más sentidas necesidades de la comunidad, que mal soportaría la zozobra que traerían consigo la prolongada indefinición en el punto, amén de una legislación laxa y permisiva en relación con un tema que afecta los fundamentos mismos del orden social. Tal como lo ha señalado la Corte, “por la especial gravedad que para el ejercicio de los derechos emanados de las relaciones de familia y para la estabilidad y seguridad que entraña el desconocimiento del estado civil que una persona viene poseyendo, el legislador ha señalado plazos cortos para las acciones de impugnación”; agregando que “como el estado civil, que según el artículo 346 ‘es la calidad de un individuo en tanto lo habilita para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones’, no puede quedar sujeto indefinidamente a la posibilidad de ser modificado o desconocido, por la incertidumbre que tal hecho produciría respecto de los derechos y obligaciones emanados de las relaciones de familia, y por constituir, como ya se dijo, un atentado inadmisibles contra la estabilidad y unidad del núcleo familiar, el legislador estableció plazos perentorios dentro de los cuales ha de intentarse la acción de impugnación, so pena de caducidad del derecho respectivo”. (Sentencias de 9 de junio de 1970 y 25 de agosto de 2000).

“Todo se conjunta, pues, para señalar cómo la única interpretación valedera es la de que en estas materias del estado civil, y concretamente en lo de las acciones encaminadas a suprimirlo, ha de estarse a las causas y a los términos que específicas normas consagran para esos efectos, sin que pueda pensarse que el alegar esas mismas causas de impugnación pero situándolas en un diferente marco jurídico, - para el caso el

de las nulidades - se convierta en airoso medio de esquivar aquellas normas y evadir su tan justificado rigor” (se subraya; cas. civ. de 27 de octubre de 2000; Exp.: 5639).

Con base en esas claras argumentaciones, en la mencionada sentencia la Sala Civil de la Corte concluye, sin lugar a dubitaciones, “que el único camino que tiene la persona que ha reconocido a otra como hijo suyo, para controvertir ese acto sobre la base de no ser su progenitor, es el de impugnar el reconocimiento, en los términos y condiciones a que hace referencia el artículo 5º de la Ley 75 de 1968, toda vez que, en últimas, por más que se pretenda calificar esa circunstancia como falta de causa, causa irreal u objeto ilícito, lo que se habrá cuestionado por el demandante es la filiación paterna, asunto que tiene reservada una acción especial para esos fines, que no puede ser desconocida o soslayada, so capa de acudir al régimen general de las nulidades sustanciales”²⁹.

8.8 Impugnación de la maternidad legítima

No es para nada difícil establecer la filiación respecto de la madre. Realmente, quien desee probar quién es su madre, sólo tiene que acreditar el hecho jurídico mismo del parto, es decir, “Que una mujer dio a luz un ser humano y que él es ese ser humano (problema de identidad); (...) que su madre estaba casada cuando dio a luz (...) El primer elemento se demuestra con el acta de nacimiento del estado civil, pues en ella consta la fecha del parto y el nombre de la mujer de cuyo vientre nació el hijo. (...). En cuanto a la existencia del vínculo matrimonial en la época de la concepción, se establece con el acta matrimonial y la de nacimiento. ...”³⁰. Y, respecto a la demostración de la unión marital de hecho, prevista en el artículo 213 del Código Civil, a raíz de la reforma introducida por el artículo 1º de la Ley 1060 de 2006, como presunción de legitimidad del hijo nacido dentro de ella, creemos que, pese a los vacíos legislativos, el tema se subsana acreditando la declaratoria formal de la misma, a través de los diferentes procedimientos establecidos en la Ley.

A pesar de lo anterior, la Ley ha hecho una regulación de los casos en que puede adulterarse o alterarse la realidad de la maternidad, eventos en los cuales es viable impugnarla. Esas normas están incorporadas en un título denominado “de la maternidad disputada”, (artículos 335 y siguientes, parcialmente derogados o modificados por la ya citada Ley 1060 de 2006), y contemplan estas posibilidades:

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Valencia Zea, Arturo, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo V, 7ª ed., Temis, Bogotá, 1995, p. 398.

(i) Probando el falso parto; o, (ii) acreditándose la suplantación del pretendido hijo al verdadero.

Dice así el inciso primero del artículo 335:

Código Civil

“ART. 335. La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero...”

Advirtiendo previamente que esta acción de impugnación de la maternidad ocurre muy de vez en cuando, puede haber lugar a ella cuando el hijo supuesto figura como tal en el registro civil de nacimiento, o, inclusive, cuando ha gozado notoriamente de la posesión de ese estado civil. Para tales efectos, menester será demostrar, además del interés jurídico para hacerlo, la ocurrencia de las causales de Ley, en la oportunidad legalmente prevista para ello. En otras palabras, (i) que quien ejercite la acción esté legitimado para hacerlo; (ii) que pruebe el falso parto, o la suplantación del pretendido hijo al verdadero; y, (iii) que lo haga dentro de los términos de Ley. Desde este punto de vista, las pruebas deben estar encaminadas a desvirtuar la presunción, vale decir, que realmente no hubo el tal alumbramiento o parto (falso parto), o que, si lo hubo, el hijo nacido no es el mismo que pasa como hijo suyo (suplantación).

Al hablar del objeto de las acciones de reclamación o impugnación de la maternidad, la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Civil, ha precisado lo siguiente: “1. (...). La maternidad y la paternidad constituyen (...) doble fuente de la filiación: Consiste la primera en el hecho de que una mujer haya tenido un parto y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el fruto de ese parto; y consiste la segunda en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre.

La filiación constituye un estado civil. Y como éste es la situación jurídica que un individuo ocupa en la familia y la sociedad y que le confiere determinados derechos y obligaciones civiles, para su protección se han consagrado las acciones de Estado, de las cuales emergen con singular relevancia, en cuanto dice a la maternidad, la de reclamación y la de impugnación. Mediante la primera se busca el reconocimiento de la filiación materna que no se posee y que en derecho corresponde realmente al reclamante; tiene por finalidad la segunda destruir una filiación materna cuando de ella un individuo viene gozando aparente y falsamente.

2. En punto de maternidad (...) la acción de reclamación se dirige a lograr judicialmente el reconocimiento de esa filiación, cuando el demandante se halla privado de

tal calidad que es la que en derecho le corresponde. Y para darla por establecida se necesita demostrar, esencialmente, los dos presupuestos que la integran, o sea: a) el parto de la supuesta madre en una fecha determinada, y b) la identidad del hijo cuya filiación es discutida con el hijo cuyo nacimiento está demostrado. (...)

3. La acción de impugnación de la maternidad se contrae a obtener judicialmente, en cambio, la declaración de que un individuo cuyo estado se discute no nació de la mujer que se señala como su madre. Y para establecerla se necesita demostrar, como lo reclama el artículo 335 citado, que “hubo falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero”.

Si los elementos esenciales de la maternidad son el parto y la identidad del producto de éste, es lógico pensar que ella puede impugnarse probando uno de estos dos extremos, o los dos a la vez: a) que hubo suposición de parto...; b) que el ser humano nacido en determinado parto es diferente del que actualmente protege esa maternidad aparente...”³¹.

Y, refiriéndose a la única vía para dejar sin efecto el registro afectado de falsedad, respecto a la filiación materna, dijo: “la acción judicial tendiente a que se declare falso el hecho de la maternidad, lo que conlleva en el fondo es, en realidad, la acción de impugnación de esa maternidad, como lo consagra el artículo 335 del Código Civil, porque si dicha acta está destinada a probar documentalmente el parto y la identidad del producto de éste, la falsedad solicitada respecto del hecho allí declarado ataca, sin lugar a dudas, los mencionados pilares de esa filiación, así el actor solicite, en la práctica, la declaración de nulidad del registro u otra petición específica cualquiera (invalidez, inoponibilidad, ineficacia, cancelación del registro, etc.), pues, llámese como se le llamare, lo cierto e indiscutible es que la acción así propuesta tiene como soporte fundamental la falsedad de la maternidad afirmada en la partida; falsedad que implica, desde luego, que el parto es irreal, haya participado o no en el fraude (...) la supuesta madre (...)

Sentada (...) la partida que acredita la filiación materna respecto de un hijo determinado (...) la única manera de desvirtuar aquella, si el hecho es irreal, es mediante la acción de impugnación contemplada en el artículo 335 del Código Civil, que se contrae (...) a obtener judicialmente la declaración de que aquél no nació biológicamente de la madre a quien se atribuye falsamente el parto. La Ley... no consagra la figura de la nulidad sustancial prevista en el título XX del libro IV del Código Civil como herramienta autónoma para remediar afirmaciones falsas que afecten materialmente

³¹ C.S. de J., Sentencia marzo 28 de 1984, publicada en *Código Civil*, de Torrado, Helí Abel, ob. cit., p. 191.

la inscripción de una filiación materna; por lo que consecuentemente es del caso admitir que dicha solución es extraña al ordenamiento, en tanto el legislador encontró en la acción de impugnación (C.C., art. 335) el instrumento apropiado y único para combatir dicha irregularidad. (...) Si, pues, con arreglo a lo dicho, la declaración judicial promovida por la madre supuesta tiene fundamento fáctico en la falsedad contenida en la partida, y si adicionalmente dicha declaración está apoyada en el artículo 335 del Código civil y fue presentada en la oportunidad indicada en el artículo 336 *ibídem*³², ella resulta procesalmente procedente, así la actora pida en concreto que se declare la nulidad del registro, o su invalidez o su ineficacia, o su falsedad o inoponibilidad, porque todas esas declaraciones persiguen materializar la acción de impugnación contenida en esa norma. Por el contrario, aun cuando medie igual base fáctica, si con apoyo ya no en el artículo 335 sino en el 1740 del Código Civil se pretende la declaración de nulidad de la partida o del registro, aduciendo objeto ilícito deducido precisamente de la falsedad allí sentada, la vía escogida se torna improcedente porque la acción así ejercida es muy otra y no está contemplada, se reitera, en la ley como solución posible a la alteración del estado civil, fuera de que su ejercicio no encuentra otra explicación posible que no sea la de eludir el término de oportunidad previsto en el artículo 336 del Código Civil³³.

8.9 Titulares del derecho a impugnar la maternidad

El mismo artículo dispone que tienen derecho a impugnar la maternidad, las siguientes personas: (i) el marido de la supuesta madre, y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo; (ii) los verdaderos padre y madre legítimos del hijo, para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya; y, (iii) la verdadera madre para exigir alimentos al hijo. Obviamente, la primera pretensión deberá estar enfocada a impugnar la supuesta maternidad, y, una vez satisfecha ésta, la segunda debe buscar la declaratoria de la propia maternidad.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 1060 de 2006, al modificar el artículo 337 del Código Civil, extendió el derecho a impugnar la maternidad legítima a “toda otra persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre”.

³² Téngase en cuenta que el artículo 336 del Código Civil fue derogado por el artículo 12 de la Ley 1060 de 2006.

³³ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia agosto 25/2000, Exp. 5215, M.P.: Nicolás Bechara Simancas, publicada en *Código Civil*, de Torrado, Helfí Abel, ob. cit., p. 191.

8.10 Término para impugnar la maternidad

Ante la expresa derogatoria que se hiciera del artículo 336 del Código Civil, por el artículo 12 de la Ley 1060 de 2006, cabe preguntar ahora cuál es el término máximo para interponer la acción de impugnación de la maternidad. La respuesta depende de quién sea el impugnante. Porque, si se trata del hijo, o del marido, de la madre supuesta o de quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico, la acción de impugnación podrá interponerse en cualquier tiempo, al tenor de la letra del artículo 5° de la Ley 1060, que subrogó el 216 del Código Civil. Y si, en razón a la inadecuada redacción del nuevo precepto legal, surgieren dudas al respecto, creemos que puede echarse mano del artículo 406, que textualmente dice:

Código Civil

ART. 406.- “Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce”.

Precisamente, sobre la extensión al hijo de las causales de que dispone el marido para impugnar la paternidad legítima, y la contradicción que existía entre la regulación en los artículos 335 y 336 (este último hoy derogado), de una parte, y el 406 del Código Civil, de la otra, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-109, de marzo 15 de 1995, al “Declarar exequible el aparte “cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal”, contenido en el artículo 3 de la Ley 75 de 1968” (también derogado), había reconocido el derecho de toda persona a reclamar su verdadera filiación, y señaló que, en algunos casos, debería dársele aplicación preferente al artículo 406 del Código Civil.

Al efecto, al hablar de la filiación real, destacó lo siguiente: “La Corte concluye que, dentro de límites razonables y en la medida de lo posible, toda persona tiene derecho a acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real. Las personas tienen entonces, dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero “derecho a reclamar su verdadera filiación”, como acertadamente lo denominó, durante la vigencia de la anterior Constitución, la Corte Suprema de Justicia. Por consiguiente, si una persona sabe que es hijo extramatrimonial de otra, sería contrario a la Constitución que se le obligara jurídicamente a identificarse como hijo legítimo de un tercero”.

En esa misma y trascendental sentencia, refiriéndose a la impugnación de la paternidad, pero con criterios también aplicables para la impugnación de la maternidad,

remató con estas perentorias palabras: “La Corte considera que la única decisión razonable a ser tomada en este caso específico es formular una sentencia integradora que, con fundamento en las actuales disposiciones legales, permita subsanar la inconstitucionalidad de la actual regulación de la impugnación de la paternidad. Y la Corte considera que ello es posible, pues basta establecer, en la parte resolutive de esta sentencia y con efectos *erga omnes*, los siguientes dos elementos: De un lado, la sentencia conferirá primacía al artículo 406 del Código Civil que regula la reclamación de estado civil sobre las acciones de impugnación de la paternidad. Esto significa que cuando una persona acumula la impugnación de la presunción de paternidad con una acción de reclamación de la paternidad, entonces el proceso se regirá, de ahora en adelante, por el amplio artículo 406 del Código Civil, y no por las normas restrictivas que regulan la impugnación. Ahora bien, la Corte precisa que esta prevalencia que la sentencia confiere al artículo 406 del C.C no tiene como base una discusión legal sino que deriva de valores constitucionales, y es por ello que la Corte puede establecerla con particular fuerza normativa, pues tiene efectos *erga omnes*. En efecto, el artículo 406, según la doctrina más autorizada en la materia, establece el derecho de las personas a reclamar su filiación verdadera, por lo cual, la entrada en vigor de la Constitución de 1991 ha conferido a este artículo una nueva dimensión y jerarquía normativa, pues ese derecho ha sido constitucionalizado. Esto explica entonces la prevalencia que la Constitución confiere a las acciones de reclamación de paternidad sobre las restricciones legales que existen en materia de impugnación”.

Ahora bien, si el impugnante es otra persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre (C.C., Art. 337, reformado por el artículo 13 de la Ley 1060 de 2006), también podrá ejercerse la acción en cualquier tiempo³⁴.

Pero, en tratándose del cónyuge o compañero permanente, necesariamente deberá acudir a las disposiciones del artículo 216 del mismo estatuto civil, tal como fue subrogado por la ley últimamente mencionada, el cual dispone que “Podrán impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, el cónyuge o compañero permanente y la madre, dentro de los ciento (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico.”

Por último, si se trata de los herederos, tanto la maternidad, como la paternidad, podrán impugnarse desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o

³⁴ Ver sentencia C.S. de J., Sala de Casación Civil, SC12907-2017, de agosto 25/2017, M.P.: Álvaro Fernando García Restrepo.

la madre, o con posterioridad a ésta; o desde cuando conocieron del nacimiento del hijo, en cuyo caso la impugnación deberá hacerse dentro de los ciento cuarenta (140) días (C.C., Art. 219, modificado por el artículo 7º de la Ley 1060 de 2006). El mismo término corre para los ascendientes del padre o la madre, quienes tendrán derecho para impugnar la paternidad o la maternidad, aunque no tengan parte alguna en la sucesión de sus hijos (C.C., Art. 222, modificado por el artículo 8º de la Ley 1060 de 2006).

8.11 Fraude por falso parto

No puede desconocerse el principio general de que a nadie le está permitido invocar a su favor la propia torpeza de sus actos. Bajo ese criterio, el artículo 338 estatuye que a ninguno de los que hayan tenido parte en el fraude de falso parto o de suplantación, puede aprovechar en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni siquiera en los siguientes casos: (i) ni para ejercer los derechos de patria potestad; (ii) ni para exigir alimentos; y, (iii) ni para suceder en sus bienes por causa de muerte.

Todo lo anterior, sin perjuicio de las sanciones penales, en razón de que esta clase de conductas está erigidas como delitos. En efecto, el Código Penal dispone en su artículo 238, lo siguiente:

Código Penal

“ART. 238. SUPRESIÓN, ALTERACIÓN O SUPOSICIÓN DEL ESTADO CIVIL. El que suprima o altere el estado civil de una persona, o haga inscribir en el registro civil a una persona que no es su hijo o que no exista, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”³⁵.

Y, desde el punto de vista civil, la procedencia de la indemnización de perjuicios por falsa legitimidad está consagrada en el artículo 10 de la tantas veces citada Ley 1060 de 2006, que subrogó el artículo 224 del Código Civil, al disponer que “Durante el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad se presumirá la paternidad del hijo, pero cuando exista sentencia en firme el actor tendrá derecho a que se le indemnice por todos los perjuicios causados”.

³⁵ El artículo 14 de la Ley 890 de 2004, aumentó las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal, en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, según dicha disposición, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de dicha Ley. El texto con las penas aumentadas, quedaría así: “El que suprima o altere el estado civil de una persona, o haga inscribir en el registro civil a una persona que no es su hijo o que no existe, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses”.

Aunque el texto transcrito pareciera disponer la necesidad de que exista sentencia en firme, para que se cause el derecho a favor del actor de que se le indemnice por los perjuicios sufridos por haber tenido que soportar una paternidad que no le correspondía, estimamos que esta última pretensión es susceptible de acumular con la acción principal de impugnación de paternidad y que, por lo tanto, en la sentencia en que ésta sea declarada, también puede condenarse a la parte demandada al reconocimiento y pago de dichos perjuicios, pues pugna contra la economía procesal que sea menester obtener previamente la sentencia de impugnación y, sólo cuando ésta quede en firme, iniciar otro proceso judicial encaminado al reconocimiento de la indemnización de perjuicios.

Esta apreciación también encuentra fundamento en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el que, dentro de los objetivos de eficiencia en la justicia, dispone que en cualquier proceso, en la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, se atiendan los principios de reparación integral y equidad.

Es obvio que el desconocimiento de la paternidad legítima es supuesto básico para que se profiera sentencia condenatoria de los perjuicios, pero una y otra pretensión pueden presentarse y evacuarse en un mismo proceso judicial, incorporándolos en el fallo, como condena en concreto, o mediante el incidente que se promueva para hacer la correspondiente liquidación. Sobre el particular puede verse el artículo 283 del Código General del Proceso.

8.12 Del reconocimiento voluntario de la paternidad

El reconocimiento voluntario de la paternidad es un acto unilateral que implica la manifestación de la voluntad de una persona con capacidad legal para hacerlo, y que recaiga sobre un objeto y causa lícitos. El artículo 55 de la Ley 153 de 1887 lo define así: “El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o de la madre que reconoce”.

A falta de declaratoria judicial, o en sustitución de ella, desde la expedición de la Ley 45 de 1936 se posibilitó que el hijo fuera reconocido con arreglo a lo dispuesto en dicha Ley, disposición sobre la cual vale la pena hacer las siguientes precisiones:

a) Que conforme a lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 29 de 1982, que adicionó el artículo 250 del Código Civil, los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos. En ese sentido, siempre que exista la expresión “natural”, debe entenderse como “ilegítimo” o “extramarital”, dado que el término “extramatrimonial” ha perdido aplicación, en razón a que los hijos concebidos dentro de una unión marital de hecho que, pese a

la singularidad y permanencia que la caracterizan, es una relación por fuera del matrimonio, también se presumen hijos legítimos, según el nuevo texto del artículo 213 del Código Civil, tal como fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1060 de 2006. Después de esta disposición legal, la mejor manera de leer el texto del artículo 1º de la Ley 45 de 1936 es refiriéndose al hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, o no tenían una unión marital de hecho.

b) Que por medio de la Ley 1060, del 26 de julio de 2006, se modificaron las normas del Código Civil que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad. El artículo 1º de dicha Ley, al modificar el artículo 213 del Código Civil, alteró el sentido y alcance de algunas disposiciones legales. En efecto, con dicha norma debe entenderse modificado el artículo 1º de la Ley 45 de 1936, dado que, de acuerdo con la nueva ley, se presume la legitimidad tanto del hijo concebido en el matrimonio, como también del concebido dentro de la unión marital de hecho, razón por la cual, respecto de este último, no se requerirá el reconocimiento o declaración de hijo extramatrimonial a los que se refiere el artículo 52 del Código Civil, tal como fue modificado por la norma últimamente mencionada. También se modifica el artículo 53 del Código Civil, respecto a las denominaciones de “ilegítimos” y “naturales”, que se les dan a los hijos, para aplicarlas correlativamente a los padres. Después de la vigencia de la mencionada Ley, los hijos ilegítimos o extramaritales son, exclusivamente, los nacidos de una relación pasajera o transitoria, o quienes hayan sido concebidos por fuera del matrimonio o de una unión marital de hecho.

El reconocimiento del hijo extramarital, por lo tanto, conforme a lo establecido por el artículo 2º de la Ley 45 de 1936, como fue modificado por el artículo 1º de la Ley 75 de 1968, es un acto irrevocable.

Sobre este tema de la irrevocabilidad del reconocimiento, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, antes de la expedición de la Ley 1060 de 2006, había dicho lo siguiente:

FILIACIÓN. El reconocimiento de la paternidad extramarital es irrevocable, sin perjuicio de su impugnación.- “... desde la entrada en vigencia de la Ley 45 de 1936, el reconocimiento de paternidad extramatrimonial es irrevocable (Art. 2º), vale decir, no puede dejarse sin efecto por la mera voluntad del reconecedor, característica ratificada por la Ley 75 de 1968 (Art. 1º), que modificó la anteriormente citada, lo que no obsta para que “por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil” (Art. 5º Ley 75 de 1968), pueda ser impugnado, lo que ha llevado a esta Sala a puntualizar que “la irrevocabilidad no tiene por qué aceptarse siempre y en todo supuesto a fardo cerrado, concediéndole así un alcance que rebasa su propio límite. La irrevocabilidad lo único que significa es que dentro

del arbitrio del reconociente no está el arrepentirse. Porque nadie duda que por encima de ello queda a salvo el derecho de impugnarlo, aunque sólo por las causas y en los términos expresadas en el artículo 5° de la Ley 75 de 1968, evento en el cual... se persigue es correr el velo de la inexactitud del reconocimiento, en cuanto éste no se aviene con la realidad: en una palabra, busca demostrarse la falsedad del reconocimiento” (Se subraya; cas. civ. 27 de octubre de 2000, Exp. 5639)” (...).

En cuanto atañe al aspecto temporal, el artículo 248 del Código Civil, aplicable a juicios de impugnación de la paternidad extramatrimonial, establece...

Ahora bien, esta Corporación ya ha tenido oportunidad de señalar que, en ciertos eventos, quien reconoce puede tener interés en impugnar el reconocimiento. En efecto, en cas. civ. de 11 de abril de 2003, Exp. 6657, se expresó que “aquellas personas que tengan un interés actual, pecuniario o moral, según corresponda en cada situación, son quienes están autorizadas legalmente para promover la respectiva impugnación”; que “la hipótesis fáctica que consulta la dinámica de la disposición exige, por tanto, un interés actual, cuyo surgimiento deberá establecerse en cada caso concreto y que cobra materialidad con el ejercicio del derecho de impugnar el reconocimiento, el cual, por su propia naturaleza, que lo erige en potencial exclusivo de la ley y no del mero querer de las partes, impone la intervención judicial, pues sería inútil cualquier intento particular de cambiar sus efectos mediante un acto voluntario de los interesados, más cuando su contenido atañe al orden público. Ese interés actual pone en evidencia que está latente la necesidad de acudir a la decisión judicial ante la imposibilidad de decidir el derecho privadamente, de forma individual ora consensual, prédica que invade desde luego la esfera de quien efectuó el correspondiente reconocimiento frente a la irrevocabilidad unipersonal del acto objeto de impugnación, según lo dispone el artículo 1° de la Ley 75 de 1968” y que “es ese supuesto, valga repetirlo, el que origina el interés, toda vez que su objeto trasciende a los atributos de la personalidad, que lo convierte en inalienable, inescindible e imprescriptible, no obstante haberse activado por un acto de potestad o prerrogativa del padre, forma exclusiva de reconocimiento de antes, concepto que ha venido cambiando con los avances sucesivos de la legislación que permitieron la posibilidad de que el hijo reclame contra su filiación, momento a partir del cual, frente al contenido del estado civil, surge concomitantemente la irrevocabilidad del mismo” (se subraya).

Agregó la Corte, en la decisión anterior, que “no obstante que en determinados supuestos el mismo autor del reconocimiento puede llegar a tener interés actual en la declaración que persigue”, este “no alcanza a confundirse con cualquier otro motivo antojadizo, pues aquél refiere a la condición jurídica necesaria para activar el derecho, al paso que éste apenas viene a ser cualquier otra circunstancia veleidosa y, por ende, carente de trascendencia o de razón algunas. Así, la presencia del segundo deviene innecesaria y, por ende, es inane en relación con el propósito de accionar; dicho interés, por consiguiente, valga repetirlo, no puede estar sometido al estado de

ánimo o a la voluntad de los afectados, o a la simple conservación y mantenimiento de las relaciones interpersonales” (se subraya)”³⁶.

Se aclara que el artículo 248 del Código Civil, fue subrogado por el artículo 11 de la Ley 1060 de 2006.

El reconocimiento puede hacerse de las siguientes maneras:

1. “En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce”.

Para esos efectos, la norma preceptúa que “El funcionario del estado civil que extienda la partida de nacimiento de un hijo natural (entiéndase extramarital), indagará por el nombre, apellido, identidad y residencia del padre y de la madre, e inscribirá como tales a los que el declarante indique, con expresión de algún hecho probatorio y protesta de no faltar a la verdad. La inscripción del nombre del padre se hará en libro especial destinado a tal efecto y de ella sólo se expedirán copias a las personas indicadas en el ordinal 4, inciso 2º de este artículo y a las autoridades judiciales y de policía que las soliciten. Dentro de los treinta días siguientes a la inscripción, el funcionario que la haya autorizado la notificará personalmente al presunto padre, si éste no hubiere firmado el acta de nacimiento. El notificado deberá expresar, en la misma notificación, al pie del acta respectiva, si acepta o rechaza el carácter de padre que en ella se le asigna, y si negare ser suyo el hijo, el funcionario procederá a comunicar el hecho al defensor de menores (hoy Defensor de Familia) para que éste inicie la investigación de la paternidad.

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

Mientras no sea aceptada la atribución por el notificado, o la partida de nacimiento no se haya corregido en obediencia a fallo de la autoridad competente, no se expresará el nombre del padre en las copias que de ella llegaren a expedirse”.

2. Por escritura pública.
3. Por testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento.

³⁶ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia diciembre 4 de 2006, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 11001-31-10-011-2002-00405-01, publicada en *Código Civil*, de Torrado, Helí Abel, ob. cit., p. 173.

4. Por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido objeto único y principal del acto que lo contiene.

El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquier persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal o el defensor de familia o el Ministerio Público, podrán pedir que el supuesto padre o madre sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciere, pudiendo hacerlo y se hubiere repetido una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previo trámite incidental, declaración que será impugnabile conforme al artículo 5° de esta misma ley” (Ley 45 de 1936, subrogado por el artículo 1° de la Ley 75 de 1968, y modificado por el artículo 10° del Decreto 2272 de 1989).

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley 29 de 1982, que adicionó el artículo 250 del Código Civil, los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos. Donde la Ley emplea la expresión “hijo natural”, debe entenderse como “ilegítimo” o “extramarital”, dado que el término “extramatrimonial” ha perdido aplicación, en razón a que los hijos concebidos dentro de una unión marital de hecho, también se presumen hijos legítimos, según el nuevo texto del artículo 213 del Código Civil, tal como fue modificado por el artículo 1° de la Ley 1060 de 2006.

5. Ante el Defensor de Familia, el Inspector de Policía, o ante el Juez de Paz, pues, según el artículo 109 del C. de la I. y la A., cuando el padre extramarital reconozca ante dichos funcionarios la paternidad de un menor de edad, se levantará acta y se ordenará su inscripción en el registro del estado civil; y, según el artículo 9° de la Ley 497 de 1999, ante los jueces de paz también puede hacerse el reconocimiento voluntario de la paternidad.

Pero el reconocimiento, no obstante tratarse de un acto unilateral y voluntario, requiere ser notificado al hijo reconocido, quien tiene la facultad de aceptarlo o repudiarlo, y puede hacerse, inclusive, antes del nacimiento, por los medios ya citados. Para tales efectos, deberá acudirse a los artículos 240 y siguientes del Código Civil, los cuales señalan que, cuando la legitimación no se produce *ipso jure* (por el matrimonio posterior de los padres), el instrumento público deberá notificarse a la persona que se trate de legitimar, y, si ésta requiriere tutor o curador para la administración de los bienes, la notificación deberá hacersele al tutor o curador general, o, en defecto de éste, a un curador especial.

Si la persona no necesita tutor o curador para administrar sus bienes, podrá aceptar o repudiar la legitimación libremente, por instrumento público, dentro de los noventa

(90) días siguientes a la notificación, transcurridos los cuales se entenderá que acepta, salvo que se pruebe que estuvo en imposibilidad de hacer la declaración en tiempo hábil (C.C., Art. 243); y si está sometido a curaduría, se requiere el consentimiento de su tutor o curador general, o de un curador especial, previo decreto judicial, con conocimiento de causa. Si el hijo que se legitima ha fallecido, la notificación podrá hacerse a los descendientes, quienes también podrán aceptarla o repudiarla, con arreglo a las normas contenidas en los artículos 240 y siguientes del Código Civil.

El artículo 245 del estatuto civil dispone que si la legitimación proviene del matrimonio posterior de los padres, los legitimados son iguales en todo a los legítimos concebidos en matrimonio o, pensamos nosotros, en la unión marital de hecho entre los progenitores, que llegare a declararse. Sobre el particular pueden verse los artículos 581 y 617 del Código General del Proceso.

8.13 Efectos del reconocimiento

De acuerdo al artículo 4º de la Ley 75 de 1968, el reconocimiento no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado de la manera indicada en el título 11 del libro 1º del Código Civil, para la legitimación. Y, por parte del hijo no reconocido, éste tiene derecho a que el supuesto padre sea citado personalmente ante el Juez, o ante el Defensor de Familia, a declarar bajo juramento si cree serlo, con la condición de que en la citación se exprese el objeto de ella (Ley

153 de 1887, Art. 68). Y si el demandado no compareciere, pudiendo hacerlo, y se hubiere pedido una vez la citación, expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad (Art. 69).

8.14 Presunción legal de paternidad extramarital

Por disposición del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, que fuera modificado por el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, y que conserva vigencia, la paternidad extramatrimonial o extramarital, se presume, y hay lugar a que se la declare judicialmente, en los siguientes casos:

“1. En el caso de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.

2. En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.

3. Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.

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

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

En el caso de este ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si se prueba, en los términos indicados en el inciso anterior; que en la misma época, la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquél por actos positivos acogió al hijo como suyo.

5. Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere, por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior.

6. Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo”.

No obstante que hoy en día, a raíz de la expedición de la Ley 721 de 2001, la filiación se acredita, de manera principal, a través de la prueba científica de ADN, los criterios expuestos por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que vamos a transcribir, permiten complementarla en el sentido de que, de todos modos, es necesario probar la maternidad, para que proceda la declaratoria de la paternidad extra marital.

Dijo así la Corte:

PATERNIDAD. Prueba de la maternidad para declarar la paternidad ilegítima.- “del mero hecho de que un hombre haya convivido sexualmente con una mujer durante la época de la concepción de un ser humano, no brota que aquél sea el padre del segundo, pues para llegar con lógica a tal conclusión es imprescindible que se demuestre también que existe identidad entre la mujer con quien se tuvo el trato carnal y la que es madre del hijo demandante; mientras no se aduzca la plena prueba de que el demandante tiene por madre a la misma mujer con quien el demandado tuvo amoríos durante la época de la concepción de aquél, no puede hacerse declaración de paternidad, puesto que es patente que si una es la madre del demandante y otra la persona con quien ayuntó el demandado, la simple prueba de haber existido relaciones sexuales con ésta no lleva a declarar que el hijo de la otra haya sido engendrado por el demandado.

... una declaración judicial de paternidad fundada en el artículo 6º, ordinal 4º de la Ley 75 de 1968, exige indiscutiblemente prueba de tres circunstancias: a) Que el demandado tuvo relaciones sexuales con una determinada mujer, b) Que esta mujer es la madre del demandante, y c) Que las relaciones tuvieron lugar durante la concepción de éste.

Si el demandante, como no es infrecuente, se limita a probar que la persona a quien demanda como padre natural tuvo relaciones sexuales con determinada mujer y olvida probar que estos actos íntimos se llevaron a cabo durante la época de su concepción y con la propia persona de su madre, entonces no puede salir airoso en la causa de filiación natural, pues la presunción de paternidad no tiene como apoyo la existencia de simples relaciones sexuales, sino que éstas hayan tenido lugar con "la madre" del demandado y que ocurran en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción...

... la más sencilla prueba, que, por otra parte, es de un gran poder de persuasión, para probar la maternidad y la fecha del parto, está constituida hoy por la copia del registro civil de nacimientos o por el correspondiente certificado notarial, expedido con base en él. Pero sería un dislate jurídico afirmar que la maternidad, esto es el hecho de ser una mujer verdadera madre del hijo que pasa por suyo, o el hecho de en qué momento ocurrió el parto, sólo pueden probarse con la copia o el certificado antedichos. Como quiera que uno y otro son sucesos de la vida diaria, de ocurrencia normal y frecuente, son episodios que pueden también ser probados con otras pruebas que lleven al juez al convencimiento de su acaecer.

... Es preciso no olvidar que una cosa es el estado civil y otra muy distinta los hechos o actos constitutivos del mismo.

El primero, por disposición expresa de la ley, sólo puede acreditarse hoy mediante la copia de la respectiva partida o folio o con el certificado notarial correspondiente; pero cuando se trata, ya no de probar el estado civil mismo, sino el hecho de que la entonces tal circunstancia puede ser plenamente acreditada tanto con la prueba testimonial como con prueba de confesión, pues ya no se trata de comprobar un estado civil, como antes se dijo.

*Entonces, si el demandado, en proceso de filiación natural propuesto con base en que existe la cuarta de las presunciones de paternidad, acepta que es una misma la persona con quien tuvo las relaciones sexuales durante la época en que fue concebido el demandante, y la madre de éste, tal prueba es suficiente para hacer la declaración de paternidad sin que sea necesario el aporte de la copia de la partida o folio del libro de nacimientos o el certificado notarial correspondiente*³⁷.

³⁷ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia noviembre 29 de 1982.

8.15 Efectos patrimoniales de la filiación

Ya estudiamos que para hacer cualquier reclamación de carácter patrimonial derivada de la filiación, debe partirse del acto jurídico del reconocimiento de la paternidad o la maternidad. También vimos los procedimientos para hacer un reconocimiento voluntario de la paternidad e igualmente explicamos que, a falta de reconocimiento, será menester iniciar una acción de investigación, en los términos que ya fueron explicados.

Desde luego que el más importante de los derechos patrimoniales derivados de la filiación es el derecho de herencia, constituido por el patrimonio que una persona deja al morir, y cuyo dominio o propiedad se adquiere a través del modo de la sucesión por causa de muerte. “Fallecida una persona, su patrimonio no desaparece ni se extingue, sino que se transmite a sus herederos, quienes, por la delación de la herencia, se sustituyen al difunto en sus relaciones jurídicas y adquieren un derecho real y la posesión legal sobre ese patrimonio, considerado como una universalidad jurídica”³⁸. Como derecho real que es, cuenta con el atributo de poderse reclamar su adjudicación a través de los medios y procedimientos legales.

Dentro de estos procedimientos legales se encuentran las acciones encaminadas a reclamar la filiación; y, obtenida ésta, las de petición de herencia. Y aunque es manifiesta la conexidad entre una y otra acción judicial, de esta última debe tenerse especial cuidado en lo concerniente a la prescripción de los derechos económicos y la caducidad de la acción.

Ya vimos que el artículo 406 del Código Civil establece la imprescriptibilidad de la acción para quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que lo desconoce. También dijimos que la Corte Suprema de Justicia, al reconocer el derecho de toda persona a reclamar su verdadera filiación, señaló que, en algunos casos, debería dársele aplicación preferente al citado artículo 406, y considera que la acción de reclamación del estado de hijo extramarital es imprescriptible.

Pero la reclamación de los derechos patrimoniales es bien distinta a sus efectos, ya que otra norma que la regula, consignada en el artículo 10º de la Ley 75 de 1968, le señala unos precisos términos de caducidad.

³⁸ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia de marzo 18 de 191967, G.J., t. CXIX, p. 57.

El mentado artículo dispone lo siguiente:

Ley 75 de 1968

ART. 10º.- Si muere el presunto padre puede adelantarse la acción de investigación de la paternidad natural contra sus herederos y su cónyuge. Si muere el hijo, la acción corresponde a sus descendientes (...) y a su cónyuge. En los dos casos, la sentencia que declare la paternidad solo produce efectos patrimoniales a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el proceso y solamente cuando la notificación de la demanda ocurre dentro de los dos años siguientes a la defunción”.

Obviamente, la caducidad prevista en el artículo 10º que se acaba de transcribir, no tiene por qué afectar el carácter imprescriptible que le da el artículo 406 del Código Civil a la reclamación de la paternidad. Ciertamente, ésta se puede iniciar en cualquier tiempo, pero los derechos patrimoniales originados en la declaratoria de la paternidad sí están sujetos a la prescripción de dos años, contados a partir de la fecha de defunción del padre, o del hijo, plazo dentro del cual habrá de notificarse el auto admisorio de la demanda.

En otras palabras, mientras que la acción de investigación de la paternidad extramarital puede iniciarse en cualquier tiempo, sin que exista posibilidad alguna de oponerse a ella, por ser imprescriptible, la petición de herencia solo puede plantearse cuando el auto admisorio de la demanda de paternidad haya sido notificado dentro de los dos años siguientes a la defunción, como reza la norma, porque, transcurrido ese lapso, aquella caduca. Inclusive, hay quienes sostienen que como el plazo consagrado en la comentada norma es de caducidad, que no de prescripción, ni siquiera se requiere petición de parte, puesto que el Juez debe declararla de oficio a favor de quienes no fueron debida y oportunamente notificados del auto admisorio de la demanda.

No obstante lo anterior, se aclara que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido durante los últimos tiempos que esta sanción procesal no tiene un carácter tan absoluto como el que pareciera deducirse del tenor literal de esa norma, puesto que podría dejarse de aplicar en aquellos casos en que se prueba una actitud temeraria de los demandados para evitar la notificación, u obtener la morosidad y dilación del aparato judicial, ambos hechos no imputables al demandante, quien con diligencia debe intentar evitar el paso del tiempo³⁹.

Ahora bien, como ya se mencionó, la sucesión por causa de muerte es uno de los modos para adquirir el dominio de las cosas. Para que este dominio se adquiera, se requiere la delación de la herencia, la apertura y trámite del correspondiente proceso

³⁹ C. S. de la J., Sala de Casación Civil, Sentencia de diciembre 5 de 2008. Exp. 2197.

de sucesión y el trabajo de partición y adjudicación de los bienes, para que el heredero, que tenía derecho a una universalidad, concrete en su haber los bienes que se le hayan adjudicado, de manera particularizada. Empero, a menudo ocurre que se adelanta y concluye el proceso de sucesión por causa de muerte, sin que en éste haya podido intervenir la persona que estaba reclamando la filiación. En esos eventos, con la prueba de la filiación, o sea, acreditando la calidad de heredero, podrá echarse mano de las disposiciones contenidas en los artículos 1321 y siguientes del Código Civil, el primero de los cuales consagra lo siguiente:

Código Civil

ART. 1321.- “El que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños”.

De manera que, identificadas las personas que están ocupando la herencia, quien haya probado la filiación para acreditar su condición de heredero podrá interponer la correspondiente acción de petición de herencia, siempre y cuando la notificación del auto admisorio de la demanda de filiación la hubiera interpuesto dentro de los perentorios plazos establecidos en el artículo 10º de la Ley 75 de 1968, derecho que, de todas maneras, expira dentro de los términos previstos en el artículo 12 de la Ley 791 de 2002, que subrogó el artículo 1326 del Código Civil. Se aclara que, conforme al artículo 626 del Código General del proceso, respecto al plazo de cinco (5) años previsto en el artículo 1326 del Código Civil para el heredero putativo, operó la derogatoria tácita, en cuanto que el inciso segundo del numeral 4º del artículo 766 al que aquél remite, fue expresadamente derogado por la citada norma procesal. Como consecuencia de lo anterior, la figura de la posesión efectiva de la herencia, también debe entenderse derogada.

La Sala Civil de Casación de la Corte Suprema ha hecho las siguientes precisiones respecto a las diferencias entre la pretensión de filiación extramarital, y la petición de herencia:

“... la pretensión de filiación natural y la de petición de herencia son por su contenido y naturaleza diferentes. La primera, que es eminentemente declarativa, tiene por objeto el reconocimiento de una calidad o estado civil. La de petición de herencia, que según lo estatuye el artículo 1321 del Código Civil es la que corresponde a quien prueba su derecho a una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero, para que se le restituyan las cosas hereditarias, es por naturaleza de condena.

No obstante que la de petición de herencia supone como antecedente lógico el reconocimiento de heredero, dada la conexidad existente y por razones de economía procesal, estas dos pretensiones se pueden, cuando así lo quiera el demandante, acumular en una misma demanda, caso en el cual debe el juzgador decidir en su sentencia sobre la petición de herencia, si encuentra próspera la de estado civil a la que aquella viene acumulada en la forma de consecencial. Esto sin embargo, como lo ha dicho la Corte, no permite sostener que la petición de herencia pueda considerarse implícita en la de investigación de la paternidad natural.

Lo que se acaba de expresar constituye doctrina de la Corporación, como lo consignó en sentencia de 8 de febrero de 1974, cuando refiriéndose al punto dijo lo siguiente: 'y como la acumulación de pretensiones en la misma demanda depende de la exclusiva discreción del actor, nada impide entonces que el hijo natural, por una o por otra razón, prescindiera de la petición de herencia si sólo aspira a obtener la declaración correspondiente, o sea definir su estado civil, si no tiene en mientes, ni pretende, ser llamado inmediatamente a la herencia de su presunto padre. En tal supuesto no le es permitido al juzgador pronunciarse sobre la petición de herencia, como tampoco le sería dado decidir el estado civil cuando sólo se aduce por el demandante la acción patrimonial, puesto que en tales eventos esos aspectos no constituyen el objeto de la demanda, que es el linde que al sentenciador le está vedado rebasar' ''⁴⁰.

En lo relativo a la prescripción y caducidad de los derechos originados en la declaración de filiación, esa misma corporación dijo recientemente que la declaración de filiación produce plenos efectos patrimoniales, por ministerio de la ley; y aclaró que, quien es declarado hijo, lo es a plenitud, sin perjuicio de la prescripción y la caducidad de sus derechos, de la renuncia a ellos o de la inoponibilidad de la sentencia.

Así se manifestó la Corte en sentencia del año 2010:

"Sucede ello, precisamente, con los efectos patrimoniales de la declaración de paternidad, en tanto que esa declaración judicial, así no se pida en la demanda, puede ser emitida por el juez, como quiera que es un efecto necesario del inciso final del artículo 10° de la Ley 75 de 1968, regla que enseña que "la sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los dos incisos precedentes, no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción".

Así, cuando la demanda se formula dentro del mencionado término, la prosperidad de la pretensión de filiación implica la posibilidad de declarar el efecto patrimonial correspondiente, sin que ello configure una decisión extra petita, porque conforme se ha dicho, "es sabido que reconocido el estado civil de hijo extramatrimonial de una

⁴⁰ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia junio 26 de 1985.

persona mediante sentencia judicial en la que se convocó a los sucesores de ésta ante su fallecimiento, tal circunstancia es más que suficiente sin necesidad de pronunciamiento expreso para que quien resulte favorecido acuda a la causa mortuoria respectiva a hacer valer sus derechos, ya que, siempre y cuando se cumplan los requisitos procesales de oportunidad y notificación idónea, la misma produce consecuencias patrimoniales por ministerio de la ley.

Dicho de otra manera, bien que se solicite en la demanda o que se guarde silencio sobre el punto, todo fallo que acoja el pedimento de filiación extramatrimonial respecto de un padre fallecido, produce efectos herenciales genéricos y secuelas patrimoniales con el lleno de los requisitos procesales ya enunciados, toda vez, se reitera, que la fuerza compulsiva en estos casos opera por disposición del ordenamiento jurídico, como ocurre en el presente asunto por mandato de la jurisdicción a través del respectivo fallo.

Es oportuno transcribir lo expresado por la Sala en la sentencia de casación N° 024 de 25 de febrero de 2002, expediente 7161, sobre el tema aquí analizado: «3. En punto de la acción de filiación extramatrimonial y en lo pertinente a este caso, el artículo 10, inciso 2°, de la ley 75 de 1968 dispone que ‘muerto el presunto padre la acción de investigación de la paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge’, y agrega en el inciso 4°: ‘La sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los dos incisos precedentes, no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción’.

En relación con la última previsión legal, atañedora con los efectos patrimoniales de la sentencia de filiación, importa señalar que reunidas las condiciones dispuestas en el precepto transcrito, esto es, notificados oportunamente los demandados legitimados para controvertir la pretensión de paternidad, aquéllos se producen sin necesidad de que se haya invocado en la demanda una petición expresa tendiente a su reconocimiento, ni, por consiguiente, se requiere que la sentencia aluda expresamente a los mismos, pues su eficacia deviene ope legis; con todo, nada impide que en pos de definir de antemano la situación jurídica patrimonial dimanante de la acción de estado civil, el demandante los reclame en el libelo, ni que el demandado se oponga a ellos mediante la proposición de la excepción de caducidad.

4. En esa medida, queda al arbitrio del demandante de la filiación concretar tales efectos, no siendo por lo tanto indispensable hacerlo en la correspondiente demanda; de allí que ésta bien puede callar sobre los efectos patrimoniales, al igual que la sentencia respectiva, sin que esos efectos pierdan eficacia, siempre que se reúnan los requisitos de ley para que se den; o bien puede invocarse su reconocimiento expreso a fin de despejar el camino para sus reclamaciones futuras.

Y si bien es cierto que, como ha reconocido esta Corporación, es dable acumular a la demanda de filiación la acción de petición de herencia, no por ello la interposición de

ésta se hace indispensable para deducir los efectos patrimoniales derivados de la condición de hijo extramatrimonial, punto sobre el cual redundaba el censor equivocadamente».

... es la propia ley la que le confiere al hijo así reconocido por medio de fallo judicial que respaldado en su nuevo estado civil intervenga en la sucesión de su causante y que en ella haga valer los derechos patrimoniales frente a todas aquéllas personas a quienes se les notificó la demanda oportunamente y respecto de las cuales no se hubiere producido la caducidad de los mismos” (Sent. Cas. Civ. de 5 de diciembre de 2008, Exp. No. 50001-3110-002-1999-02197-01). (...)

A la larga, la declaración de filiación produce plenos efectos patrimoniales, por ministerio de la ley; por lo mismo, quien es declarado hijo, lo es a plenitud, todo sin perjuicio de la prescripción y la caducidad de sus derechos, de la renuncia a ellos o de la inoponibilidad de la sentencia.

Ahora bien, dice la accionante que el hecho de haber desistido de la “acción de petición de herencia”, cerraba toda posibilidad de declarar los aludidos efectos patrimoniales de la filiación.

No obstante, en relación con ese argumento ha de decirse que la facultad de ejercer la acción de petición de herencia es apenas uno de los efectos patrimoniales de la declaración de filiación, por manera que aún si se desistiera de ella, tal suceso no llevaría inevitablemente a la privación de todas las consecuencias económicas derivadas de la paternidad, tales como la posibilidad de pedir alimentos”. (C.S. de J., Sala de Casación Civil, sentencia mayo 13/2010, M.P.: Edgardo Villamil Portilla, Exp. 11001-31-10-001-1999-00013-01).

8.16 La filiación frente al principio de la familia diversa

Como puede deducirse de las anotaciones hechas en torno al tema de la filiación, en Colombia no existe legislación relativa a los hijos habidos dentro de las uniones de parejas del mismo sexo, ni tampoco ha sido desarrollada por el legislador la norma prevista en el artículo 42 de la Constitución Política, que se refiere a “Los hijos habidos (...) con asistencia científica”.

No obstante, es evidente que se han dado casos en los que existen hijos “habidos” de parejas homosexuales, o con asistencia científica, que, aunque no tienen una reglamentación legal específica, no por ello dejan de tener unos derechos fundamentales, que el Estado colombiano debe proteger y respetar.

Por estos motivos, y pese a ese vacío legislativo, es menester hacer algunos breves comentarios relacionados con esta temática, no solo en razón al reconocimiento que

se ha hecho de estas situaciones en otros países, sino también por los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre los elementos de los derechos fundamentales de los niños y la prevalencia de los mismos.

Ciertamente, en una reciente sentencia de la Corte Constitucional, fechada el 12 de noviembre de 2015, y aprobada con alcance unificador por la Sala Plena de esa Corporación, se trató tangencialmente este asunto, aunque el fondo de la problemática resuelta por la Corte estaba relacionado con el derecho a la nacionalidad, y con aspectos propios del registro del estado civil de las personas.

De delantera debe aclararse que la sentencia unificadora de la Corte Constitucional se refiere a la ilegalidad de la negación de un registro civil, y no trata el fondo de la problemática que se ha planteado en torno a la filiación frente a la familia diversa.

La Corte, en las consideraciones de su sentencia advierte que en su texto hará lo siguiente: “(i) Explicará el alcance del derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella y los riesgos asociados a su inobservancia; (ii) Resumirá las reglas jurisprudenciales sobre la protección a la familia diversa; y (iii) Abordará el estudio del derecho a la igualdad, particularmente la prohibición de discriminación por origen familiar contemplada expresamente en la Constitución”. Desde esa perspectiva, pues, esa Corporación no se ocupa en su providencia del concepto mismo de la filiación frente a uniones de parejas del mismo sexo.

Estas consideraciones, que se pueden ver en toda su extensión mediante la lectura de la sentencia SU-696 de 2015, tienen origen en un caso concreto, relacionado con dos menores de edad, en cuyo certificado de nacimiento, expedido por autoridades extranjeras, se les reconoció expresamente la paternidad de una pareja homosexual, y la nacionalidad de los menores. Empero, cuando los dos padres (del mismo sexo) acudieron a un consulado de Colombia en el exterior, para solicitar la expedición de los registros civiles de nacimiento y los pasaportes de sus hijos, como colombianos, por tener derecho a la doble nacionalidad, les fue negado el registro.

Los accionantes de la tutela (dos hombres), adelantaron en el exterior un procedimiento médico para “conseguir ser padres y así constituir una familia homoparental. Para ello, acudieron a una clínica (...) con el fin de realizar un procedimiento de fertilización *in vitro* en el cual los óvulos de una mujer donante fueron fertilizados por espermatozoides de los dos actores. Como resultado de dicho procedimiento médico se obtuvieron dos óvulos fecundados que luego fueron implantados en un vientre subrogado, lo que terminó en un embarazo gemelar. De esta manera, los niños nacieron, en un hospital del exterior, y les fueron expedidos sendos certificados de nacimiento en los que expresamente se reconoce la paternidad de los dos varones

accionantes, y la nacionalidad de los niños, con base en los cuales también fueron expedidos los pasaportes de los menores, como ciudadanos extranjeros. Seguidamente, acudieron a un consulado colombiano, para solicitar la expedición de los registros civiles de nacimiento y los pasaportes colombianos, “por el derecho que les asiste (...) de ser colombianos en virtud del artículo 96 de la Constitución”, y fue en ese momento cuando se hizo la negación del registro.

La Sala Plena de la Corte consideró que “los hechos de la tutela y los potenciales problemas jurídicos que se desprenden de los mismos son de relevancia constitucional, no solo por su notoriedad sino especialmente por su novedad frente a los retos constitucionales que representa la protección del concepto de familia diversa reconocido por esta Corporación en la Sentencia C-577 de 2011”.

Las discusión jurídica que finalmente llegó a la Corte, se centró en el hecho de que una dependencia de la Registraduría del Estado Civil se negó a hacer la inscripción con el argumento, entre otros, de que “*no existía norma que permita [sic] hacer el registro civil de un niño, teniendo como padres personas del mismo sexo*”, y que, “*analizando la legislación colombiana aún no se ha aprobado el matrimonio con parejas del mismo sexo, y tampoco se autoriza la adopción para parejas del mismo sexo*”. Agregó que “*no se pueden registrar en Colombia hijos de personas del mismo sexo por qué [sic] no hay norma que lo autorice, ni sentencia que así lo disponga*”. Adicionalmente, la notaría que negó el registro, al contestar la acción de tutela adjuntó una copia del formato general correspondiente al Registro Civil de Nacimiento, y dijo que en el formulario general de los registros civiles de nacimiento, “*en los datos de identificación no existe un folio que solicite datos de “2 madres o de dos padres (sic)”*”.

Aunque, como atrás se anotó, la Corte Constitucional no se ocupa en esta sentencia de la filiación frente a las familias homoparentales, en este caso concreto, desde el inicio de sus consideraciones jurídicas se preguntó si “*¿la negativa de las autoridades consulares y notariales de inscribir en el registro civil de nacimiento a dos menores de edad que (i) nacieron en el exterior; (ii) tienen derecho a la nacionalidad colombiana, (iii) cuentan con un documento equivalente de registro extranjero, y que (iv) forman parte de una familia cuyos padres son del mismo sexo, vulnera sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al reconocimiento a la personalidad jurídica y la cláusula de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes?*”.

Y para dar respuesta a esa pregunta, como quedó dicho atrás, abordó el tema del contenido general y los elementos de los derechos fundamentales de los niños y la cláusula de prevalencia de los mismos.

Dentro del enfoque dado por la Corte al análisis de esta problemática planteada en la acción de tutela que se ha mencionado, considero que “la naturaleza y alcance de la prevalencia de los derechos de los menores de edad es un mandato expreso contenido en la Constitución que tiene una relación con la condición de sujetos de especial protección de los niños, niñas y adolescentes” y agregó que “el artículo 44 no trae una lista taxativa de derechos y que los mismos pueden incluir los derechos fundamentales a la vida, la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, a la personalidad jurídica, a la nacionalidad y el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella”.

Respecto a este último, optó por expresar algunas consideraciones específicas, para “entender su contenido”, añadiendo que, a pesar de que excepcionalmente se puede justificar la intervención del Estado en las relaciones entre padres e hijos, ello puede ocurrir cuando existen razones que justifiquen la adopción de medidas encaminadas a evitar que los menores de edad sean separados de su familia.

En la parte restante de las interesantes argumentaciones de la Corte, hizo alusión a las situaciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta de los menores, en las que el Estado debe darles especial protección constitucional.

Como se desprende de su análisis, la postura de la Corte, al resolver la mencionada acción de tutela, estuvo enfocada a los derechos de los menores, no al asunto de la filiación propiamente dicha. En efecto, mientras que esa Corporación se refirió al contenido esencial del derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella, “*a menos que concurren circunstancias excepcionales, expresamente previstas en la ley, que demuestren que su desarrollo o integridad física estén en riesgo*”, su análisis complementario se refirió a la “*La protección constitucional de las parejas a la familia diversa*”, reconociéndole su importancia en el ordenamiento constitucional, para concluir que “*para la Sala es claro que la jurisprudencia vigente reconoce plenamente el carácter diverso de la familia sin hacer ninguna distinción acerca de la exigibilidad que tienen los derechos de los niños en los distintos tipos de unión. En otras palabras, mientras el concepto de familia se ha ampliado de manera progresiva, la regla de respeto absoluto por los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separado de la misma se ha mantenido incólume con el paso del tiempo. Sin importar el tipo de hogar, los derechos de los niños prevalecen y las grandes garantías que el régimen constitucional reconoce para su protección no cambian en los más mínimo*”.

Y fue partiendo de esas consideraciones que la Corte censuró las actuaciones de las entidades demandadas mediante este recurso extraordinario de rango constitucional,

por desconocer el derecho a la igualdad de los hijos y por violar la prohibición expresa que contiene la Constitución Política de discriminar por el origen familiar.

Por último, la Sala Plena de la Corte Constitucional explicó la importancia que tiene la relación filial, en torno a la garantía de los derechos fundamentales de los menores de edad y abordó el tema de la fertilización *in vitro* en parejas del mismo sexo, sosteniendo los siguientes puntos de vista:

- a) Que el régimen constitucional colombiano está fundado en el respeto por la dignidad humana, es decir, en la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado. Que *“el derecho a la dignidad humana implica garantizar las condiciones necesarias para una vida materialmente apropiada y una existencia acorde al proyecto que cada ciudadano le imprime a su vida. Igualmente, este principio constitucional aboga por la autonomía personal como requisito elemental de una sociedad democrática y pluralista. Además, tratándose de menores de edad, la dignidad tiene una protección reforzada, pues en sus años de formación y mayor vulnerabilidad es imprescindible proteger el proyecto de vida de los niños, niñas y adolescentes, lo que incluye, como se verá más adelante, su derecho a tener una familia”*.
- b) Que el derecho a la personalidad jurídica implica *“su idoneidad para ser titulares de todas las posiciones jurídicas relacionadas con sus intereses y actividades. Por esta razón, dicho derecho es una manifestación del principio de igualdad ya que está encaminado a que todo miembro de la sociedad –sin importar su raza, sexo, edad y condición– sea un sujeto dotado de capacidad jurídica”*. Que, en consecuencia, *“en el caso de los menores de edad, el Tribunal ha señalado de manera tajante que la protección constitucional especial a sus derechos, reconocido en el artículo 44 de la Carta, da lugar a que el reconocimiento de la personalidad jurídica, y de los atributos ya descritos que lo acompañan, priman ante las formalidades de cualquier proceso jurídico o administrativo por lo que cualquier yerro que se comete en los mismos debe estar supeditado al principio de supremacía constitucional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”*.
- c) Que *“el derecho a la personalidad jurídica no solo comprende la posibilidad que tienen los individuos de ingresar al tráfico jurídico sino que también incluye todas las características individuales asociadas a su condición de persona”*.

- d) Que, *“En tal virtud, especialmente en el caso de los menores de edad, el registro civil se convierte en el instrumento necesario para concretar dicho derecho y el Estado debe remover todos los obstáculos, materiales y formales, para garantizar su protección y eficacia. En otras palabras, solo a través del reconocimiento expreso de la relación filial, se concreta el derecho que tiene toda persona a ser reconocido por el Estado. Si no se protege dicha relación, que solo se da en el marco de la familia, la persona queda expuesta a una situación gravosa que atenta contra sus derechos fundamentales”*.
- e) Que *“la nacionalidad es el mecanismo jurídico mediante el cual el Estado reconoce la capacidad que tienen los ciudadanos de ejercer sus derechos. Inicialmente, se concibió como una prerrogativa reservada al poder del Estado pero, con el acaecimiento de los avances asociados al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dicha facultad pública pasó a ser reconocida como un derecho fundamental, especialmente en el caso de los menores de edad, a partir del cual existe un deber de diligencia y protección estatal que debe remover cualquier obstáculo administrativo para su reconocimiento ágil y eficaz”*.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte, en su sentencia, pasó a estudiar el tema de *“La Protección en el Sistema de Derecho Internacional de los Derechos Humanos del derecho de los menores de edad de tener una familia bajo el principio de familia diversa”*, acudiendo a distintos pronunciamientos de organismos e instituciones internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas, entre otros.

Vale la pena resaltar que, para la Corte, invocando el contenido de algunos instrumentos internacionales, *“el derecho a la familia guarda una relación efectiva con la vigencia de todos los derechos del menor de edad debido al lugar que ocupa dicha institución en su vida y al papel de protección, cuidado y crianza que juega en su desarrollo. Así, en el periodo correspondiente a los primeros años de vida de los niños y niñas, cuando su dependencia de los adultos es mayor para la realización de sus derechos, la vinculación del derecho a la familia con los derechos a la vida, el desarrollo y la integridad personal es particularmente importante”*, reconociendo que la familia se refiere a una variedad de estructuras, *“que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes y que, siempre que sean acordes con los derechos y a su interés superior, los Estados deben reconocer que existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en la estructura de la familia, las funciones parentales y los modelos de crianza”*, advirtiendo que la noción de la familia diversa *“tiene unos orígenes arraigados en el Sistema Universal”*.

Resulta de especial interés, para un mejor entendimiento de esta problemática, estudiar todo el contenido de la sentencia que comentamos, porque allí se presentan varias

experiencias, originadas en países como España, Argentina, Sudáfrica, Reino Unido, Estados Unidos de América, en los cuales se protegieron los derechos de los menores, hijos de parejas del mismo sexo, o procreados con asistencia científica. Explícitamente se aceptó que las parejas homosexuales podían tener hijos y que las autoridades competentes están en la obligación de reconocer y formalizar la relación paterno o materno filial, sin discriminación alguna. En varios Estados de la unión americana, por ejemplo, se dispone expresamente que los menores de edad originados en una *familia diversa*, deben ser registrados por las autoridades sin ninguna clase de limitaciones.

Llama la atención y se echa de menos que la Corte Constitucional, en tan trascendental pronunciamiento, pese a aceptar el vínculo biológico que se forma entre padres e hijos a través de los procedimientos de fertilización *in vitro*, incluidos los que se realizan entre personas del mismo sexo, no se haya ocupado directamente de hacer un análisis concreto sobre esta clase de filiación, sino que lo hizo de manera puramente tangencial, puesto que, a la postre, no obstante el profundo análisis comparativo de situaciones similares en otros países, sus planteamientos estuvieron principalmente dirigidos al régimen legal de la función notarial y del registro del estado civil en Colombia.

8.17 La filiación por reproducción artificial o asistida

Fue la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia la que, en el año 2017, abordó esta temática, al examinar el caso de una menor de edad, concebida a través del proceso de inseminación artificial consentida con espermatozoides de un donante anónimo y reconocida legalmente.

En dicha providencia, la Corte explicó la filiación por reproducción artificial, “como construcción jurídica asociada a la voluntad de asumir la paternidad”, a más de reiterar el concepto sobre filiación, sus consecuencias jurídicas y su clasificación, y explicando la diferencia entre la reproducción natural y la artificial o asistida y determinando sus fuentes jurídicas.

En el asunto que estudió la Sala Civil de la Corte, los demandantes promovieron una acción de impugnación de paternidad extramatrimonial contra dos menores de edad hijas del causante, una de ellas reconocida de manera voluntaria y la otra legalmente, al haber sido concebida a través de proceso de inseminación artificial heteróloga consentida⁴¹.

⁴¹ C.S. de J., Sala de Casación Civil, sentencia SC6359, de mayo 10 de 2017, Exp. 54001-31-10-009-2009-00585-01, M.P.: Ariel Salazar Ramírez.

La Corte explicó en su sentencia lo siguiente:

“Tanto la filiación natural como la reproducción asistida se dan por un proceso genético que consiste en la fusión de dos gametos o células sexuales haploides, una femenina (óvulo) y otra masculina (espermatozoide). Una vez fecundado el óvulo por el espermatozoide se produce una célula denominada huevo o cigoto, que es diploide porque contiene dos conjuntos de cromosomas, uno proveniente de cada progenitor.

La diferencia entre la reproducción “natural” y la “artificial” consiste en que la primera se da por la cópula de los órganos sexuales masculino y femenino; mientras que en la segunda la fecundación del óvulo se hace sin unión sexual o ayuntamiento, aunque tales conceptos no son del todo precisos porque ambos procesos son biológicos y siguen las leyes naturales de la reproducción celular. La inseminación artificial es, entonces, la fecundación científicamente asistida del óvulo, que puede hacerse en el útero de la madre o fuera de éste (in vitro), con semen de la pareja o de un donante”.

En la comentada sentencia de casación, apoyada en el inciso 6º del artículo 42 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia reitera la igualdad de los efectos jurídicos sobre el estado civil para todas las relaciones de filiación, independientemente de la forma en que se produzcan, o si son matrimoniales o extramatrimoniales, e indica que lo que se deriva de la citada norma superior, es el principio de «*unidad de filiación*», “conforme al cual los hijos deben recibir idéntico trato jurídico, independientemente del origen diverso que pueda tener la familia”. Así mismo, manifiesta que “el distinto origen de la familia determina las formas de adquisición del estado civil de las personas, el cual «*deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos*». (Art. 2º Decreto 1260 de 1970).

Para la Sala Civil, “El vínculo paterno-materno-filial generalmente se origina por reproducción biológica y, en un menor número de casos, por adopción o inseminación artificial consentida, que son hechos con relevancia jurídica que dan origen a situaciones de estado civil que el ordenamiento legal atribuye a las personas, como lo dispone el precitado estatuto. Las fuentes jurídicas de la filiación son, entonces, el artículo 42 de la Constitución Política, las disposiciones del Libro I del Código Civil que regulan el régimen de las personas y el Decreto 1260 de 1970”.

La Sala Civil de la Corte hace las siguientes consideraciones adicionales sobre este asunto:

“De conformidad con lo estipulado por el artículo 213 del Código Civil, «el hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad».

La anterior disposición no sólo se refiere a la paternidad biológica, porque la presunción pater ist est se aplica también a los hijos concebidos por inseminación artificial consentida durante el matrimonio o la unión marital de hecho, dado que la norma no hace ninguna restricción al respecto y el numeral 6° del artículo 42 de la Constitución Política prohíbe todo tipo de diferencia en razón del origen de la filiación: «Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados y procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes».

Por consiguiente, a partir de la norma Superior que establece que los hijos habidos en el matrimonio o por fuera de él con asistencia científica tienen el mismo estatus jurídico que los adoptados y los procreados naturalmente, debe considerarse que la filiación por medio de reproducción artificial es una modalidad más de las situaciones cobijadas por la presunción pater ist est prevista en el artículo 213 del Código Civil.

De ahí que cuando los cónyuges o compañeros permanentes dan su consentimiento informado para que la mujer quede embarazada mediante las técnicas de inseminación artificial, el hijo concebido de esa forma durante el matrimonio o la unión marital de hecho, se presume que tiene por padres a los cónyuges o compañeros; en cuyo caso éstos podrán ejercer la acción de impugnación de la paternidad prevista en el artículo 214 del Código Civil mediante la demostración de la ausencia o vicio del consentimiento al momento de autorizar el proceso de reproducción asistida.

Por ello, la impugnación de la filiación no es ni puede ser idéntica en todos los casos, porque si se trata de una filiación por inseminación artificial será absolutamente irrelevante que el padre impugnante intente demostrar la ausencia del vínculo consanguíneo, toda vez que es evidente que el hijo producto de la inseminación heteróloga no es su descendiente biológico; por lo que el padre sólo podrá atacar la presunción pater ist est mediante la demostración de la ausencia de su consentimiento para realizar el proceso de procreación artificial.

De ese modo surge en el ámbito de las causales previstas por el artículo 214 del Código Civil un nuevo motivo para que el cónyuge o compañero permanente impugne su paternidad. Es decir que además de las razones previstas en los numerales 1° y 2° de esa disposición, encaminadas a probar la ausencia del vínculo de consanguinidad (demostrar por cualquier medio que él no es el padre y desvirtuar la presunción de paternidad mediante prueba científica), se debe entender que en los casos de procreación científicamente asistida la impugnación ha de sustentarse en la ausencia de consentimiento libre e informado para realizar la inseminación artificial.

El consentimiento es, entonces, uno de los criterios que junto al lazo genético ha reconocido el ordenamiento jurídico para determinar la filiación. Sobre este tema, esta Sala ha indicado:

(...) en la actualidad, el consentimiento se robustece con el auxilio de un nuevo principio que cada vez tiende a ser más relevante, en la medida en que evolu-

cionan y se popularizan los avances de la reproducción asistida. Se trata del principio de la responsabilidad en la procreación...» (CSJ SC, 30 Nov. 2006, Rad. 1998-00024-01).

La trascendencia de ese postulado es inocultable, pues «hoy no solamente es posible, sino realmente usual, que exista procreación sin necesidad de relación sexual alguna e, inclusive, sin que los interesados en asumir la paternidad hubiesen aportado el material genético. No obstante, el deseo de asumir la responsabilidad derivada de ese hecho son cuestiones que, sin lugar a dudas, merecen tutela jurídica, para cuyo caso el criterio biológico resulta insuficiente o, incluso inútil. Así ocurrirá, por ejemplo, respecto del hijo nacido, con autorización del cónyuge de la mujer casada, por inseminación heteróloga, o mediante la fecundación in vitro del óvulo de la mujer con semen de un donante, en cuyo caso, la paternidad matrimonial habrá de apoyarse en la voluntad del marido de asumir el rol paterno, exteriorizado a través de su conformidad para el empleo de esos procedimientos» (CSJ SC, 21 May. 2010, Rad. 2004-00072-01; el subrayado se agregó).

«Nada tiene que extrañarnos esta filiación basada en la voluntad—sostiene la doctrina— pues la posibilidad de crear la relación paterno—filial por la voluntad constituye desde Roma una conquista de la legislación que no pierde nada de su virtualidad en contacto con los nuevos hechos de la biología, y a la que se debe de atender, como importante y fecundo criterio, en la contemplación de las nuevas soluciones»⁴².

2. A causa de los avances y descubrimientos científicos, particularmente en los campos de la biomedicina y la biotecnología, se modificó el panorama de las formas reproductivas de la especie humana; hoy es posible acceder a la inseminación artificial, a la fecundación in vitro, a la transferencia de embriones y a toda una gama de procesos biomédicos para la procreación.

En la inseminación artificial, los espermatozoides son depositados en el interior de la mujer; mediante cánula, jeringa o cualquier otro tipo de dispositivo; la fecundación in vitro supone la fusión de los gametos masculino y femenino de manera extracorpórea y su posterior implantación en la mujer. La transferencia intratubárica de gametos es un método intermedio, pues no se transfiere el pre-embrión o el embrión, sino las células reproductivas que han sido previamente recolectadas, para luego ser transferidas a las trompas de Falopio, con el fin de que se produzca la fecundación de manera natural.

Todos esos procedimientos se producen al margen de la cohabitación sexual y tienen como propósito superar la esterilidad de la pareja, con el fin de facilitar la procreación cuando los demás tratamientos terapéuticos se han descartado por inadecuados, ineficaces, o imposibles de realizar.

⁴² Carcaba Fernández, María. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana. Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A., 1995, p. 117.

La inseminación artificial o fecundación asistida, puede ser llevada a cabo con semen de la pareja (homóloga) o con el espermatozoides de un donante obtenido de un banco de semen (heteróloga).

El Decreto 1546 de 1998, modificado parcialmente por el Decreto 2493 de 2004, en su artículo 2° fijó algunas definiciones en relación con la donación de gametos y preembriones a utilizar en las Unidades de Biomedicina Reproductiva; de ellas se destaca lo siguiente:

«Donante de gametos o preembriones. *Es la persona que por voluntad propia dona sus gametos o preembriones para que sean utilizados con fines terapéuticos o investigativos.*

Donante homólogo: *Es la persona que aporta sus gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción.*

Donante heterólogo: *Es la persona anónima o conocida que proporciona sus gametos, para que sean utilizados en personas diferentes a su pareja, con fines de reproducción.*

Receptor: *Es la persona en cuyo cuerpo se trasplantan componentes anatómicos biológicos.*

Receptora de gametos o preembriones: *Es la mujer que recibe los gametos de un donante masculino o femenino, el óvulo no fecundado, fecundado, o un preembrión, con fines reproductivos» (el subrayado no es del texto).*

El aludido reglamento señala que la donación de gametos comporta un acto voluntario, y que, en el caso del donante heterólogo, prima el anonimato sobre la verdad acerca del propio origen genético, lo que guarda consonancia con el «tratamiento jurídico que en el derecho comparado se da sobre la materia», del cual –dijo la Corte– «se puede señalar, en primer término, que, en general, en tratándose de inseminación artificial heteróloga prevalece la confidencialidad del donante sobre el principio de la verdad biológica» y, en segundo lugar, «ha de tenerse presente que los Estados que han regulado la materia niegan, en general, la posibilidad de establecer relaciones de filiación entre el donante y el hijo o hija procreados mediante un procedimiento de inseminación artificial heteróloga» (CSJ SC, 28 Feb. 2013, Rad. 2006-00537-01; se enfatiza).

De igual modo se ha sostenido:

«(...) la realización de un tratamiento de fecundación artificial a una mujer casada está precedido de la obtención del consentimiento de su marido, manifestación que, por una parte, es el fundamento de una relación de filiación entre el hijo así concebido y el esposo de quien es su madre –lo que en el derecho na-

cional reforzaría la presunción establecida en el artículo 213 del Código Civil, modificado por el artículo 1° de la Ley 1060 de 2006, y podría ser extendido al compañero permanente en los casos de unión marital de hecho-, y, por otra, impide que aquél posteriormente pueda entablar acción de impugnación de la paternidad así determinada, pues se considera que quien así actúa contradice los parámetros de la buena fe objetiva al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones, restricción con la cual, además, se protege de mejor manera los intereses del menor y de la familia. Por el contrario, si el marido no brindó su consentimiento al procedimiento de fertilización realizado con material genético de un tercero donante, se estima que le asiste el derecho de impugnar la paternidad derivada de la presunción a la que arriba se hizo referencia» (CSJ SC, 28 Feb. 2013, Rad. 2006-00537-01).

Por su parte, la Declaración Internacional sobre datos genéticos humanos de la UNESCO define el consentimiento como un «permiso específico, informado y expreso que una persona da libremente para que sus datos genéticos sean recolectados, tratados, utilizados y conservados» (num. iii), art. 2°), y preceptúa que para recolectar datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas, sea o no invasivo el procedimiento utilizado, y para su ulterior tratamiento, utilización y conservación, ya sean públicas o privadas las instituciones que se ocupen de ello, debería obtenerse el consentimiento previo, libre, informado y expreso de la persona interesada, sin tratar de influir en su decisión mediante incentivos económicos u otros beneficios personales. Sólo debería imponer límites a este principio del consentimiento por razones de superior valor; el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos (art. 8).

En la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, se dispuso en el artículo 6° numeral 1 que «toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno» (se subraya).

En el contexto colombiano, la Resolución 8430 de 1993 expedida por el Ministerio de Salud, por la cual «se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud», estatuye que «se entiende por Consentimiento Informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o en su caso, su representante legal, autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos, beneficios y riesgos a que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna» (art. 14), y luego indica que «la investigación sobre fertilización artificial solo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja» (art. 44).

De la anterior exposición se colige que el ordenamiento jurídico nacional, en seguimiento de las disposiciones internacionales sobre la materia, regula la actividad de las unidades de biomedicina reproductiva exigiendo la prestación de un consentimiento informado tanto de los solicitantes de la técnica de inseminación artificial como del donante en los casos en que aquélla es heteróloga, respecto de quien se establece la posibilidad de mantener en total reserva su identidad.

3. Dado que en la procreación asistida heteróloga la filiación no se produce por la unión sexual de los miembros de la pareja, la determinación de la paternidad no depende de la verdad biológica, sino del consentimiento en la realización de la técnica reproductiva, el cual supone la voluntad de asumir la responsabilidad en la procreación y la misma progenitura, es decir, ejercer la función paterna con todas las obligaciones y derechos que ello implica.

Esa manifestación debe cumplir las exigencias establecidas en el artículo 1502 del Código Civil, es decir, que provenga de persona legalmente capaz; esté de acuerdo en dicho acto o declaración; que su consentimiento no adolezca de vicio alguno y que recaiga sobre objeto y causa lícitas.

La voluntad tiene relevancia jurídica si crea derechos y obligaciones jurídicamente exigibles, para lo cual además de ser declararse expresamente o exteriorizarse en hechos que la demuestren, pues mientras la voluntad sea un acto psicológico interno, carece de toda significación jurídica. Lo que le da su fuerza creadora es su exteriorización y es esta manifestación externa lo que se denomina declaración de la voluntad.

Esa expresión de la voluntad tiene como objetivo hacer posible la práctica de la inseminación en la mujer, y que el hombre asuma la paternidad del hijo que nace como consecuencia de ese procedimiento. El objetivo principal del consentimiento no consiste únicamente en que la mujer pueda ser inseminada, sino en que una vez efectuada exitosamente la inseminación los padres deben asumir las consecuencias jurídicas de su nuevo estado civil.

El consentimiento otorgado por los miembros de la pareja debe ser informado y previo a la utilización de las técnicas, pues una vez emitido obliga a quien lo otorga a aceptar las consecuencias jurídicas de dicho acto, con respecto a la filiación, o lo que es lo mismo, la declaración de voluntad de los intervinientes presupone la conformidad con el procedimiento científico y la asunción de las consecuencias jurídicas que lleguen a producirse en caso de que se logre la gestación y se produzca el nacimiento del hijo.

De ese modo, la fecundación heteróloga permite configurar la filiación como una construcción jurídica asociada a la voluntad de asumir la paternidad, en la que el consentimiento prevalece sobre el aspecto genético, de ahí, que, en caso de impugnación, sea inútil acudir a un medio de prueba cuyo objeto es reconstruir la denominada

«verdad biológica» como lo es el examen de ADN, pues el lazo filial está fundado en otro criterio, igualmente válido para generarlo: la voluntad de asumir la paternidad con pleno conocimiento de la ausencia de lazo de sangre.

El consentimiento informado suscrito por la pareja receptora permite establecer que el esposo, compañero permanente o pareja de la mujer conoce el procedimiento y que por razones estrictamente clínicas (infertilidad, insuficiencia o baja calidad de espermatozoides), se realizó con los gametos del donante, creándose el vínculo jurídico de la filiación entre la pareja que firmó el consentimiento y el hijo, sin que se genere ninguna vinculación con el tercero que aportó las células reproductivas”.

Así las cosas, con base en estos atinados criterios de la Corte Suprema de Justicia, debe concluirse no solo la viabilidad jurídica de esta clase de concepción paterno-materno-filial, bien a través de la inseminación artificial, ora mediante fecundación *in vitro*, sino también la aclaración de que el trámite para su desconocimiento o impugnación, por obvias razones, no puede basarse en atacar el vínculo biológico, sino que los medios de prueba deben estar enfocados a demostrar la falta de un consentimiento informado para la reproducción artificial o asistida.

De los hijos adoptivos

9.1 Algunos antecedentes legislativos sobre la adopción

Sin necesidad de remontarnos a aquellas épocas de la colonia, cuando en diferentes países latinoamericanos se practicaba la adopción¹, vale la pena hacer algunas remembranzas de las disposiciones civiles relativas a esta figura.

El Título 13, “De la Adopción”, no figuraba en el Código Civil chileno que redactó Don Andrés Bello, ni existió ningún otro relativo a este tema, y parece haber sido tomado del Código Civil del entonces Estado soberano de Cundinamarca, para recogerlo en el Código Civil expedido por el Congreso de los Estados Unidos de Colombia en sus sesiones de 1873, y adoptado para la nación colombiana por medio del artículo 1° de la Ley 57 de 1887.

Allí se define la adopción como “el prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar del² hijo, del que no lo es por naturaleza”, y se condiciona la adopción a que el adoptante no esté bajo el poder o dependencia de otra persona, que el adoptante haya cumplido veintiún años y que sea quince años mayor que el adoptivo.

Varios años más tarde, el 14 de diciembre de 1960, se expidió la Ley 140 de ese año, “Por la cual se sustituye el Título 13 del Libro Primero del Código Civil, sobre adopción”, y se definió así: “La adopción es el prohijamiento o admisión como hijo

¹ Si se quiere profundizar sobre los Antecedentes Históricos de la Adopción, pueden consultarse las resoluciones administrativas del ICBF, por las cuales “se adoptan los lineamientos técnicos del Programa de Adopción”.

² Hay quienes afirman que la redacción debió ser “en lugar de hijo”, no “en lugar del hijo”, y así estaba redactado en el Código Civil del Estado Soberano de Cundinamarca.

de quien no lo es por naturaleza”; se restringió la adopción a personas del mismo sexo, “salvo que se haga por marido y mujer” y se exigía a quien estuviera casado, el consentimiento de su cónyuge, entre otras limitaciones. Otorgada legalmente la escritura de adopción, el adoptante y el adoptivo adquirirían los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo legítimo, con las limitaciones establecidas en la Ley. Y en materia de los derechos hereditarios del hijo adoptivo, se disponía que, “En concurrencia con hijos legítimos su cuota hereditaria será la mitad de lo que corresponde a un hijo legítimo; no habiendo hijos legítimos concurrirá con los ascendientes, el cónyuge y los hijos naturales como si fuera un hijo natural. Si no hubiere ascendientes, su derecho será igual al de un hijo natural, y a falta de hijos naturales y de cónyuge partirá la herencia por mitad, con los hermanos legítimos o naturales. El hijo adoptivo excluye a los colaterales (...)” y también se preceptuaba que “El hijo adoptivo es legitimario del adoptante, pero su descendencia no tiene derecho a representarlo en relación con la legítima”.

Posteriormente vino a ser expedida la Ley 5ª del 10 de enero de 1975, “Por la cual se modifica el Título XIII del Libro Primero del Código Civil y se dictan otras disposiciones”. En dicha Ley se determinaba quiénes podían adoptar y ser adoptados, y, en relación a estos últimos, se dijo que “Solo podrán adoptarse menores de 18 años, salvo que el adoptante hubiera tenido el cuidado personal del adoptable antes de que éste cumpliera tal edad”. Respecto a los en aquella época llamados hijos naturales, se ordenó que éstos podían ser adoptados por su padre o por su madre, y también por su padre o por su madre conjuntamente con el otro cónyuge. Y se facultó a que el hijo legítimo de uno de los cónyuges pudiera ser adoptado por el otro.

También se autorizaba que el adoptivo llevará como apellido el del adoptante, salvo que el padre o la madre de sangre hubieran consentido la *adopción simple* y se conviniera en que el adoptivo conservara su apellido original, al que podía agregar el del adoptante.

Según esta Ley, “Por la *adopción simple* el adoptivo continúa formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones”, y “Por la *adopción plena* el adoptivo cesa de pertenecer a su familia de sangre, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140”.

Como consecuencia de esta última figura, los padres y demás parientes de sangre carecían de todo derecho sobre la persona y bienes del adoptivo; no podían ejercerse las acciones de impugnación de la maternidad, ni la reclamación de estado del artículo 406 del Código Civil, “ni reconocimiento o acción alguna encaminada a establecer la filiación de sangre del adoptivo”.

De otro lado, la *adopción plena* establecía relaciones de parentesco entre el adoptivo, el adoptante y los parientes de sangre de éste, en tanto que la *adopción simple* sólo establecía parentesco entre el adoptante, el adoptivo y los hijos de éste, aunque ésta podía convertirse en adopción plena si así lo solicitaba el adoptante.

En esta Ley comenzó a dársele a la adopción el carácter de una medida de protección de los menores que se encontraren expósitos, o que hubiesen sido entregados a un establecimiento de asistencia social, cuando no hubieren sido reclamados por sus padres o guardadores en un plazo razonable; o que al menor hubiera sido entregado por su representante legal para que fuera dado en adopción, entre otras situaciones.

Complementariamente, la Ley 75 de 1968 ya había preceptuado que el Juez de Menores (hoy, Juez de Familia) pudiera entregar en adopción, con las seguridades que estimare necesarias, a un menor de dieciséis años que se encontrara moral o económicamente abandonado por sus padres, y facultaba a dicho funcionario para poner fin a la adopción, si lo juzgare conveniente para el menor, o si, durante los dos años siguientes a la entrega del menor, así se lo solicitare el adoptante.

La Ley 5ª de 1975 fue expresamente derogada por el artículo 353 del Decreto 2737 de 1989, por medio del cual se expidió el Código del Menor.

El Código del Menor, en su Parte Primera, se refería a los menores en situación irregular, y a los menores abandonados o en situación de peligro físico o moral, y en sus artículos 57 y siguientes reglamentaba las medidas de protección de quienes se encontraran en dicha situación, entre las cuales estaba la mera amonestación o prevención a los padres o a las personas encargadas del cuidado del menor, pasando por la atribución de su custodia o cuidado personales al pariente más cercano que estuviera en condiciones de ejercerlos, la colocación familiar, la atención integral en un Centro de Protección Integral, hasta la iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono.

En este Código del Menor se eliminaron las adopciones simples, y se definía la adopción, principalmente y por excelencia, como una medida de protección, a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza (Art. 88), y se reglamentaba quiénes podían adoptar, quiénes podían ser adoptados, y los demás requisitos para la implementación de esa medida.

Las normas del Código del Menor que reglamentaban la adopción fueron derogadas por la Ley 1098 de 2006, por medio de la cual fue expedido el Código de la Infancia y la Adolescencia. La ley entró en vigencia seis (6) meses después de su promulgación,

es decir, el 8 de mayo de 2007, con excepción de los artículos correspondientes a la ejecución del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, los cuales se implementarán de manera gradual en el territorio nacional empezando el 1º de enero de 2007 hasta su realización total el 31 de diciembre de 2009. El artículo 199, relativo a los beneficios y mecanismos sustitutivos, entró en vigencia a partir de la promulgación de la misma.

En materia de adopción, la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) reglamenta íntegramente la materia, y derogó la totalidad de las disposiciones relativas a esa medida de protección en el anterior Código del Menor.

9.2 De la adopción

El artículo 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia define la adopción así:

C. de la I. y la A. (Ley 1098 de 2006)

“ART. 61.- Adopción. La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

El texto del artículo transcrito, corresponde íntegramente al contenido en el artículo 88 del antiguo Código del Menor, norma que, junto con el artículo 89, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ya había declarado exequible, mediante sentencia N° 81, del 13 de junio de 1991, M.P.: Jaime Sanín Greiffestein.

La Corte Constitucional de Colombia hizo referencia expresa al derecho del niño a tener una familia, y a los derechos fundamentales involucrados en las decisiones administrativas o judiciales sobre adopción de menores, con estas palabras:

“El derecho a tener una familia y los derechos fundamentales conexos.- “... 7. Se pregunta la Sala si la decisión de no dar en adopción a un menor puede aparejar la vulneración de algún derecho fundamental. Para dar respuesta... es necesario establecer el verdadero alcance del derecho constitucional fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella.

8. Los instrumentos internacionales que se refieren a los derechos de los menores,... así como las normas constitucionales y legales de derecho interno que regulan aspectos relacionados con la niñez, parten del supuesto psicológico según el cual el desarrollo armónico e integral del menor depende, en buena medida, de que crezca en un ambiente de afecto y solidaridad moral y material. Por esta razón, tales disposiciones protegen

de manera especial a la familia como institución básica de la sociedad y como factor fundamental para el adecuado desarrollo del menor. Así, por ejemplo, el Principio VI de la Declaración de los Derechos del Niño, programada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, señala:

“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; (...)”.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 10, establece:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

A su turno, en la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los planos Nacional e Internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986 (Resolución 41/85), se lee:

“A.- Bienestar General de la Familia y del Niño

Artículo 1°. Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño.

Artículo 2°. El bienestar del niño depende del bienestar de la familia”.

9. En reiterada jurisprudencia, la Corte ha considerado que el derecho a tener una familia constituye una condición para la realización de los restantes derechos fundamentales del niño. Lo anterior, no sólo porque los lazos de afecto y solidaridad que suelen constituir dicha institución favorecen el desarrollo integral de una persona, sino porque la propia Constitución y la ley le imponen a la mencionada institución la obligación imperiosa de asistir y proteger al menor a fin de garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos.

En este sentido, puede afirmarse que la vulneración del derecho a la familia constituye una amenaza seria contra derechos fundamentales como el de la integridad física, la salud, a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación

equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura. Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta.

Puede sostenerse que los derechos que se ven afectados al impedir que un menor tenga una familia no se limitan a los enunciados en el mencionado artículo 44 de la Constitución. La negación de tan importante derecho puede aparejar, entre otras cosas, una violación del derecho a la identidad personal (C.P. art. 14), dado que la familia constituye un espacio privilegiado a partir del cual el sujeto construye sus propios referentes de identificación personal y social. En este sentido, impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir su propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales (C.P. art. 16).

La violación del derecho fundamental de una persona a tener una familia, apareja una degradación tal del ser humano que resulta incompatible con el principio de dignidad protegido por el artículo 1º de la Carta. Por estas razones, siempre que se respeten las normas básicas de convivencia, la decisión de separarse o de no constituir un núcleo familiar sólo puede ser personal. De otra forma, se estaría convirtiendo al sujeto en un mero instrumento de los caprichos estatales y se le estaría privando de un factor determinante de su más íntima individualidad³.

En materia de adopciones, la autoridad central es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y solamente pueden desarrollar esos programas dicha entidad y las instituciones debidamente autorizadas por ésta.

Veamos, entonces, los aspectos básicos de la adopción:

³ Corte Constitucional, Sentencia T-587, octubre 20 de 1998, Exp. T-164.386, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Véanse, además, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-523/92 (M.P. Ciro Angarita Barón); T-531/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-429/92 (M.P. Ciro Angarita Barón); T-500/93 (M.P. Jorge Arango Mejía); T-178/93 (M.P. Fabio Morón Díaz); (T-274/94 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-447/94 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-217/94 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-278/94 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-290/95 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-383/96 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); Sentencia T-587, octubre 20/1998, Exp. T-164.386 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

9.2.1 Quiénes pueden ser adoptados

Sólo podrán adoptarse los menores de dieciocho años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres (Art. 63), aunque el artículo 69 del mismo estatuto autoriza la procedencia de las adopciones de los mayores de edad, “cuando el adoptante hubiera tenido su cuidado personal y haber convivido bajo el mismo techo con él, por lo menos dos años antes de que este cumpliera los dieciocho (18) años”, para lo cual se exige expresamente el consentimiento del adoptante y el adoptivo, en un proceso que se adelantará ante el Juez de Familia correspondiente.

A este respecto, el nuevo C. de la I. y la A. vino a cubrir un vacío del artículo 92 del anterior Código del Menor, respecto a la adopción de una persona mayor de edad que hubiere sido cuidada personalmente por el adoptante, puesto que, en esta ocasión, se definió que, en casos como éste, la adopción procede por el sólo consentimiento entre el adoptante y el adoptivo, simplificando así el procedimiento judicial.

La citada norma del anterior Código del Menor disponía que el correspondiente proceso se adelantara ante el Juez competente, “de acuerdo con el trámite señalado en el presente capítulo”, asignándole a estos asuntos judiciales requisitos y condiciones propios de la adopción de menores.

La nueva disposición adicionó los requisitos de cuidado personal, con la exigencia de que el adoptante hubiera convivido bajo el mismo techo con él, por lo menos dos (2) años antes de que el adoptable hubiera cumplido los dieciocho (18) años de edad.

Adicionalmente, el artículo 70, atendiendo las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas, autoriza que la adopción de un menor indígena, cuando los adoptantes sean miembros de su propia comunidad, procederá de acuerdo con sus usos y costumbres, y prevé que cuando los adoptantes no pertenezcan a la comunidad del niño, niña o adolescente indígena, la adopción tendrá lugar mediante consulta previa y con el concepto favorable de las autoridades de la comunidad de origen y se realizará de acuerdo con lo establecido en el C. de la I. y la A.

Este precepto legal es desarrollo de las disposiciones de rango constitucional, previstas en los artículos 7º, 8º y 246 de la Constitución Política de Colombia, en las que se reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, así como la riqueza cultural de la nación colombiana, y se faculta a las autoridades de los pueblos indígenas para “ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”.

9.2.2 Efectos de la adopción, derechos y obligaciones de adoptante y adoptivo

Las consecuencias más inmediatas de la adopción son las de establecer la relación de parentesco de padre o madre, a hijo. Es la más importante de las formas de incorporar al adoptivo a la familia del adoptante, para brindarle protección estable. Es el ingreso del menor a una familia, con la aspiración de que, debido a los vínculos jurídicos que se crean, no sea separado de ella. Con ese ingreso al seno de una familia, a través de la adopción se le otorgan al padre y/o a la madre adoptantes los derechos correspondientes a ese carácter, y, por supuesto, las obligaciones inherentes al mismo. Son los deberes de asegurar una alimentación equilibrada; de suministrarle educación al hijo adoptivo, velar por su crianza y cuidado personal, y de vigilar su conducta, corrigiéndolos y sancionándolos con moderación. El hijo adoptivo, por su parte, también debe cumplir unas obligaciones, como la de respeto, obediencia y la de cuidar de sus padres en su ancianidad o cuando se encuentren incapacitados o impedidos.

El artículo 64 del C. de la I. y la A. determina los efectos de la adopción, así:

C. de la I. y la A.

“ART. 64.- Efectos jurídicos de la adopción. La adopción produce los siguientes efectos:

- 1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo.*
- 2. La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos.*
- 3. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio.*
- 4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil.*
- 5. Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia”.*

El artículo 64 del Código de la Infancia y la Adolescencia contiene una reiteración de lo preceptuado en la primera parte del artículo 50 del Código Civil, mediante el cual se estima que adoptante y adoptivo adquieren las relaciones de padre, madre e hijo, con todos los derechos y obligaciones que les son propios. Los artículos 97 y 100 del anterior Código del Menor contenían disposiciones en similar sentido.

El artículo 100 del Código del Menor había derogado la parte final del artículo 50 del Código Civil, pues mientras que éste señalaba que el parentesco no pasaba de las respectivas personas, aquél consagró una extensión parental, al establecer parentesco civil no sólo entre el adoptivo y el adoptante, sino también entre ellos y los parientes consanguíneos o adoptivos de éste, tal como también se reitera a través del artículo 64 del C. de la I. y la A.

Otro efecto de la adopción es que quedan prohibidas las acciones de reclamación de filiación consanguínea, o el reconocimiento del adoptivo como hijo de otra persona (Art. 65), aunque se faculta a éste, en cualquier tiempo, para hacer la reclamación del estado civil que corresponda respecto a sus padres biológicos, pero únicamente con el propósito de demostrar que “quienes pasaban por tales, al momento de la adopción, no lo eran en realidad”, aclarándose que la prosperidad de esas pretensiones no extingue los efectos de la adopción, salvo sentencia judicial.

Y, por último, la adopción genera a favor del adoptivo, los mismos derechos y obligaciones que se predicán de los hijos legítimos. Así fue dispuesto inicialmente a través del artículo 1° de la Ley 29 de 1982, que adicionó un inciso al artículo 250 del Código Civil, al decir lo siguiente: “Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones”, y, posteriormente, en la Constitución Política.

En efecto, adicionalmente a este precepto legal, es pertinente decir que, conforme a los términos del artículo 42, inciso cuarto, de la Constitución Política de Colombia, se reafirma la igualdad de derechos y deberes de los hijos habidos en el matrimonio, o por fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, y se le asigna al legislador la facultad de reglamentar la progenitura responsable. Se recoge aquí la tendencia legislativa de reivindicar los derechos de los hijos extramatrimoniales y adoptivos, principalmente, consignada en las Leyes 45 de 1936, 75 de 1968, 29 de 1982, en el Código del Menor de 1989 y, finalmente, en el propio Código de la Infancia y la Adolescencia, así como los principios consagrados en los pactos internacionales suscritos y ratificados por Colombia.

Precisamente, en aplicación de tan caros principios universales de igualdad de las personas, la Corte Constitucional, a través de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, ha ido removiendo de nuestro ordenamiento jurídico las expresiones “legítimos” de algunos artículos del Código Civil, principalmente desde que fueron reconocidos por la Ley 29 de 1982, y, posteriormente, por la Constitución Política que nos rige, para elevar a igual categoría a los hijos extramatrimoniales, y, por supuesto, a los adoptivos.

9.2.3 El consentimiento para la adopción

Severa ha sido la postura de los jueces de la República en materia de consentimiento para la adopción. Inicialmente, el artículo 94 del derogado Código del Menor establecía que la adopción requería el consentimiento previo de quienes ejercían la patria potestad, manifestado ante el Defensor de Familia, “quien los informará ampliamente sobre las consecuencias e irrevocabilidad de la adopción”.

La Corte Constitucional, en una célebre sentencia de tutela, hizo un amplio análisis sobre el tema del consentimiento para la adopción, y sentó unas rigurosas pautas en todos los asuntos concernientes a ese tema; respecto al interés superior del menor en los procesos de adopción; a los criterios para determinarlo; sobre los derechos de los padres biológicos y de los padres adoptantes; la idoneidad constitucional del consentimiento para la adopción; en lo relativo al consentimiento apto, asesorado e informado para dar en adopción; sobre el proceso debido mínimo para ofrecer el consentimiento y la irrevocabilidad del mismo, entre otros aspectos⁴.

No obstante, se observa que los criterios y pautas jurisprudenciales incorporados en ella, fueron tenidos en cuenta por el legislador al expedir la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), en lo relativo a la información del consentimiento para dar a un menor en adopción.

Frente a la aparente simplicidad de la norma anterior, el artículo 66 del C. de la I. y la A, es explícito en su texto, en torno al consentimiento.

La norma dice así:

C. de la I. y la A. (Ley 1098 de 2006)

“ART. 66.- Del consentimiento. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente.

Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

- 1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.*
- 2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.*

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-510, junio 19 de 2003, Exp. T-722.933, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, proferida estando en vigencia el Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor).

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer.

Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público”⁵.

En el nuevo estatuto, contenido en la Ley 1098 de 2006, se hizo referencia al deber de *solidaridad familiar* (Art. 67), facultando al Estado para reconocer el cumplimiento del mismo por parte de una familia diferente a la de origen, y que en su aplicación asume la protección permanente de un menor de edad y le ofrece condiciones adecuadas para su desarrollo armónico e integral de sus derechos, sin que se modifiquen las relaciones de parentesco.

⁵ El artículo 95 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), que hacía referencia a la validez del consentimiento para la adopción, había sido declarado exequible por la Corte Constitucional, únicamente por el cargo analizado, mediante Sentencia C-477, de junio 7 de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, siempre y cuando se entendiera que dichas normas también eran aplicables a los compañeros permanentes que desearan adoptar al hijo de su pareja. Ahora, en el texto del artículo 66 del Código de la Infancia y la Adolescencia, se recoge expresamente el sentido de dicha decisión de la Corte Constitucional y, por lo tanto, la salvedad para otorgar el consentimiento en relación con adoptantes determinados, que está prevista en dicha disposición, se extiende al hijo del compañero permanente del adoptante. Téngase en cuenta, además, que según el texto del artículo 66 del C. de la I. y la A., se entiende que la madre biológica tiene aptitud para otorgar el consentimiento, un mes después del día del parto.

La figura de la *solidaridad familiar* a que se refiere el ya mencionado artículo 67 del C. de la I. y la A., es un complemento a las medidas de protección establecidas en él y consagradas principalmente en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales relacionados con la niñez, aprobados y ratificados por Colombia.

En efecto, el artículo 44 de la Carta Política, al referirse a los derechos fundamentales de los niños, consagra, entre otros, los de la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social; dispone que deben ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral y asigna a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistencia y protección, para garantizar su desarrollo armónico e integral.

El nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia también reafirma a favor de los niños los derechos de protección contra el abandono físico, emocional, psíquico y afectivo de sus padres, representantes legales, o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención, y correlativamente asigna a la familia, a la sociedad y al Estado la condición de garantes de tales derechos.

El cumplimiento de estos deberes u obligaciones, se puede hacer, en principio, de varias maneras:

- a) Unas, de carácter transitorio o provisional, como cuando se efectúa la ubicación en hogares de paso o en hogares sustitutos; y,
- b) Otras, de carácter permanente, que ocurren cuando se autoriza la adopción o cuando, de hecho, en cumplimiento del deber de solidaridad que ejercen la familia y la sociedad, una persona asume la protección de manera permanente de un niño, niña o adolescente, y le ofrece las condiciones adecuadas para su desarrollo.

Estas últimas circunstancias, no obstante que no modifican el parentesco, ni crean vínculos jurídicos de esa naturaleza, de todas maneras sí configuran una especie de derecho de preferencia sobre el menor que se encuentre en tales condiciones, en cuanto que, respecto a él, la adopción por terceras personas sólo procede si la familia cuidadora no opta por acogerse a esta medida de protección por excelencia.

Se configuraría aquí otra excepción a la prohibición general del consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, a la que se refiere el artículo 66 del C. de la I. y la A., puesto que, en la práctica, esta norma de solidaridad familiar contenida en el comentado artículo 67, puede terminar en que se autorice la legalización de las adopciones de hecho, si esa es la voluntad de la familia que tiene el cuidado del niño, niña o adolescente.

El párrafo del artículo 67 dice así:

“PAR.- Si alguna persona o pareja quiere adoptar al niño que está al cuidado de la familia distinta a la de origen y cumple con las condiciones de adoptabilidad, que exige el código, podrá hacerlo, a menos que la familia que tiene el cuidado del niño, niña o adolescente, decida adoptarlo”.

También parece que esta norma acudiera a la remembranza de las antiguas adopciones simples, reglamentadas en el Título XIII del Libro Primero del Código Civil, artículos 269 a 287, los cuales fueron subrogados inicialmente por la Ley 140 de 1960 y, más tarde, por la Ley 5ª de 1975. De acuerdo a las normas de dicha Ley –derogada por el Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor)–, a través de la adopción simple sólo se establecían relaciones de parentesco entre el adoptante y el adoptado, y el adoptivo continuaba formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones, en tanto que, por la adopción plena, él dejaba de pertenecer a su familia consanguínea.

Por último, sobre este tema del consentimiento, consideramos menester mencionar los pronunciamientos de la Corte Constitucional en una reciente sentencia de exequibilidad, la C-741 del 1º de diciembre de 2015, al resolver sobre una demanda contra un aparte del artículo 66 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), relacionado con aquellas situaciones en donde se entiende faltar el padre o la madre cuando a éstos los aquejare una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal. La Corte considera que ese aparte del artículo 66 presupone que a las personas a quienes les aqueja alguna enfermedad mental no se encuentran en condiciones de dar su consentimiento válido e idóneo, con el lleno de los requisitos exigidos por la ley, la jurisprudencia constitucional y las referencias internacionales en ese asunto. La Corte opinó que esta disposición “termina por afectar la protección a la institución de la familia y el derecho a no ser separado de ella, los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la prevalencia del interés superior del menor de edad, así como los requisitos para la adopción, ya que se configuraría un trato desigual y discriminatorio para las personas en estado de discapacidad en razón de la misma y desconocería por tanto los derechos de los padres que se encuentran en situación de discapacidad”.

La Corte dispuso en esa sentencia que debía excluirse del ordenamiento jurídico la interpretación del precepto acusado que resulta abiertamente contraria a la Constitución, pues estimó que “solo puede considerarse que falte el padre o madre por causa de enfermedad mental o psíquica, para efectos de manifestar su consentimiento en la adopción de su hijo, cuando se tenga establecido en un caso concreto, mediante valoración realizada por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias

Forenses, que concluya en la imposibilidad para otorgar un consentimiento idóneo legal y constitucionalmente. En este sentido, condicionó la exequibilidad de la expresión demandada que se integró a la frase final que hace mención a dicho instituto⁶.

9.2.4 Condiciones básicas para adoptar

Los siguientes son los requisitos para poder adoptar:

- a) Ser capaz
- b) Haber cumplido 25 años de edad
- c) Tener, al menos, 15 años más que el adoptable
- d) Garantizar idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable a un menor.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha desarrollado unos lineamientos o criterios técnicos básicos para la adopción, y, al efecto, ha explicado los requisitos de idoneidad que se exigen en el primer inciso del artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

En ese sentido, los criterios elaborados por el ICBF se han apoyado en pronunciamientos de las corporaciones de Justicia, y en opiniones de personas expertas en las diferentes áreas, y se encuentran recogidos en la Resolución 3748 del 6 de septiembre de 2010, la que, por su importancia como orientadora del programa de adopciones, se reproduce parcialmente, así:

“II. Tener idoneidad física, mental, moral y social

Las personas que cumplan con los requisitos anteriores, deberán garantizar que tienen idoneidad para adoptar. La idoneidad se verificará en cuatro (4) aspectos: físico, mental, moral y social. Se busca identificar si la persona/cónyuges/compañeros permanentes que desean adoptar cuentan con la capacidad de proveer amor, principios, valores y todo aquello que redunde en el bienestar del niño, niña o adolescente que sean adoptados.

A continuación se describen los requisitos para estudiar los cuatro puntos a considerar en la idoneidad.

Idoneidad Física. La idoneidad física se describe como la salud física que la persona/cónyuges/compañeros permanentes solicitantes deben tener para el establecimiento de una buena y estable relación afectiva padre-hijo. El estado de salud debe corres-

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-741, diciembre 15 de 2015, Exp. 10813, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

ponder a una situación aceptable, que no conlleve discapacidad seria, supervivencia corta o cualquier otro obstáculo serio para la relación padre-hijo.

Para certificar esta Idoneidad el médico tendrá en cuenta lo dispuesto en el Anexo 2 del presente lineamiento "Consideraciones para certificar idoneidad física, y procederá a suscribir el documento en el que dé su concepto sobre la idoneidad, de acuerdo al formato preestablecido (Anexo 3). Este documento debe presentarse al ICBF con no más de un (1) mes de expedido, al radicar la documentación en el Instituto.

Idoneidad Mental. La Idoneidad Mental es entendida como los rasgos de personalidad que indiquen funcionamiento adaptativo, salud mental, la estabilidad emocional y afectiva, capacidad para establecer y mantener vínculos para relacionarse adecuadamente consigo mismo, con los otros y con el entorno, para ofrecer un hogar seguro y proporcionar un ambiente psicológico que posibilite al niño, niña o adolescente un desarrollo equilibrado.

La idoneidad mental se verificará con entrevistas psicológicas y psiquiátricas (Anexo 4 Modelo de Informe Psicológico) y valoración de trabajo social. En el ámbito psicológico existen múltiples métodos para medir y evaluar la personalidad y sus variaciones de individuo a individuo, una parte de las cuales tiene como herramienta fundamental la estadística básica y algunas técnicas psicométricas especializadas. Es importante que el profesional en Psicología cuente con pruebas adecuadamente adaptadas, validadas y estandarizadas que permitan unos resultados válidos y confiables.

Idoneidad Moral. Está referida a la noción de moral social o moral pública y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno de la ética. Esta se basa en la moral que conocemos y vivimos en nuestro medio (País) y es aceptada como norma ética de convivencia.

Al Estado pluralista no le son indiferentes los antecedentes de comportamiento de quien pretende hacerse cargo de un niño, niña o adolescente, en calidad de padre o madre del mismo. El principio del interés superior que preside todo proceso en el que estén involucrados los niños, niñas o adolescente, impone al legislador asumir medidas que garanticen la efectividad de dicho principio.

La ley, a través de estas exigencias, pretende lograr que quien adopta sea en realidad alguien que esté en posibilidad de ofrecer al niño, niña y adolescente las mayores garantías en cuanto a su desarrollo armónico, y en este sentido, una persona que presenta antecedentes de un comportamiento acorde con la moral social, asegura al Estado en mejor forma que la educación del niño, niña y adolescente se llevará a cabo de conformidad con dichos criterios éticos, lo cual, sin duda, redundará en la adaptabilidad del niño, niña y adolescente al entorno social y en la posibilidad de llevar un proyecto de vida armónico con el de los demás. Por el contrario, la adopción de un niño, niña y adolescente a quien desenvuelve su proyecto vital en condiciones

morales socialmente cuestionadas, como en ambientes donde es usual el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia, el irrespeto en cualquier forma a la dignidad humana, etc., pone al niño, niña y adolescente en peligro de no lograr el desarrollo adecuado de su personalidad y de imposibilitar su convivencia pacífica y armónica dentro del entorno sociocultural en el cual está insertado.

Por consiguiente, la evaluación sobre la idoneidad moral de quien pretende adoptar, no puede ser hecha desde la perspectiva de sus personales convicciones áticas o religiosas sino desde aquellas otras que conforman la noción de moral pública o social.

Por tanto, no hay idoneidad moral en los siguientes casos:

- La persona/cónyuges/compañeros permanentes que tenga(n) problemas de alcoholismo o drogadicción.*
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes haya(n) tenido condenas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tales como: acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual abusivo con menor de 14 años o incapaz.*
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes haya(n) tenido condenas por delitos contra la libertad individual tales como: inducción a la prostitución, constreñimiento a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores, pornografía con menores, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, trata de personas.*
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes no provea(n) alimentos a sus hijos biológicos y/o adoptivos.*
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes tenga(n) antecedentes de violencia intrafamiliar.*
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes tenga(n) antecedentes penales y, habiendo cumplido la condena, se establezca que puedan implicar riesgo para el adoptable.*
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes que hayan incurrido en la vulneración de los derechos de protección de los niños, niñas y adolescentes, previstos en el artículo 20 de la Ley 1098 de 2006.*

Esta idoneidad se establece con el estudio de las condiciones psicosociales y el certificado de antecedentes judiciales (penales) y con otro tipo de certificaciones como historia de contravenciones o infracciones menores.

Idoneidad social. Entendida como el conjunto de relaciones positivas tanto intrafamiliares como con el entorno de los solicitantes, condiciones socioeconómicas y

culturales garantistas en las cuales el niño, niña o adolescente, podrá construir su identidad personal, social y cultural.

Las condiciones económicas de la persona o familia son un elemento integrador de la idoneidad social y se determinará con base al costo de vida de cada región para la crianza de un hijo en condiciones garantistas de sus necesidades materiales, educativas, recreativas y de salud.

En las familias clasificadas como monoparentales y solicitantes solteros, además de todos los aspectos de idoneidad anteriormente mencionados, se valorará el apoyo de la red familiar y social, explorando las motivaciones, los recursos afectivos y emocionales. Cuando los solicitantes tengan hijos en anteriores uniones, se evalúa el cumplimiento de los deberes, obligaciones, responsabilidades y vinculación afectiva con estos hijos (Anexo 5: Modelo de Informe Social).

9.2.5 Personas que pueden adoptar

Pueden adoptar: (i) las personas solteras; (ii) los cónyuges, conjuntamente; (iii) también conjuntamente los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años, plazo que se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior; (iv) el guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración; (v) el cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

El artículo 68 del C. de la I. y la A. aclara que “Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad”⁷.

⁷ El artículo 89 del anterior Código del Menor (incisos primero y tercero), cuyo texto coincide, en gran parte, con las disposiciones contenidas en el artículo 68 del nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia, había sido declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-477 de julio 7 de 1999, Exp. D-2.280, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, “siempre y cuando se entienda que dichas normas también son aplicables a los compañeros permanentes que desean adoptar el hijo de su pareja”. En esa misma providencia se ordenó “estarse a lo resuelto en la Sentencia C-108 de 19 de septiembre de 1991, de la Corte Suprema de Justicia, en la que se declaró exequible el inciso segundo del artículo 89 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor)”.

El criterio jurisprudencial inicialmente expuesto, fue acogido por el nuevo texto del mencionado artículo 68 del C. de la I. y la A., al autorizar expresamente la adopción por parte del compañero permanente, del hijo del otro.

El mismo precepto estipula que la existencia de hijos de parte del (los) adoptante (s), no es obstáculo para la adopción, y exige que si el menor tuviere bienes, la adopción debe hacerse con las formalidades exigidas para los guardadores.

Frecuentemente se presentan algunas confusiones con la lectura de los numerales 3 y 5 del artículo 68, al creer que se refieren a iguales presupuestos de hecho. La interpretación correcta de la norma es que contempla dos situaciones distintas: primeramente, la posibilidad de que los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años, cuando alguno de ellos, o ambos, tuviesen impedimento legal para contraer matrimonio, puedan adoptar conjuntamente. En estos eventos, el precepto dispone que el plazo de dos (2) años se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior; pero esa es una situación diferente a la establecida en el numeral 5º, porque, en este caso, la Ley se refiere a parejas que, aunque tengan un impedimento legal para contraer matrimonio, por estar vigente el vínculo matrimonial anterior, estén conviviendo de manera ininterrumpida, o, lo que es lo mismo, hagan una comunidad de vida permanente y singular (unión marital de hecho), y que tal convivencia haya perdurado, por lo menos, dos (2) años.

Esa confusión obedece, por lo general, a una incorrecta lectura de las normas que regulan la unión marital de hecho, contenidas en la Ley 54 de 1990, porque pareciera que se quisiera interpretar que los requisitos exigidos para la formación de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, son los mismos que los de la unión marital de hecho.

La unión marital de hecho, por lo general, tiene origen en una voluntad responsable de conformar una familia, que expresan, por la vía de los hechos, dos personas de igual o diferente sexo, y que se desarrolla normalmente de manera independiente a los efectos patrimoniales que produzca.

En el texto del artículo 68 del C. de la I. y la A. se autoriza a los compañeros permanentes a adoptar, siempre y cuando se demuestre una convivencia ininterrumpida de, por lo menos, dos (2) años. Este término consagrado en la nueva norma, coincide con el establecido por el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, al definir la unión marital de hecho.

La expresión "moral", que contenía el artículo 89 del anterior Código del Menor, y que fue reproducida por el artículo 68 del C. de la I. y la A., había sido declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-814, del 2 de agosto de 2001, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

La expresión "haya cumplido 25 años de edad", que igualmente contenía el artículo 89 del anterior Código del Menor, y que fue reproducida por el artículo 68 del C. de la I. y la A., había sido declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-093, del 31 de enero de 2001, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

En Colombia son muchos los casos de personas que, ante el fracaso de sus matrimonios, optaron por establecer una convivencia permanente con una nueva pareja, compartiendo techo, cama y mesa, y sin interesarse por la suerte que haya tenido el vínculo del matrimonio anterior. No podría afirmarse válidamente que, en estos casos, por no haberse tramitado el divorcio o la cesación de los efectos civiles del matrimonio precedente, no puede darse cabida jurídica a la unión marital de hecho. Inclusive, las altas corporaciones de Justicia han venido sosteniendo que, la unión marital de hecho, como fuente de familia, no puede ser objeto de exigencias adicionales, que puedan restringirla o entrabarla, porque, de existir, serían claramente violatorias de principios del orden superior que buscan proteger a la familia como pilar de la sociedad. Por lo tanto, la disolución del matrimonio anterior no es requisito para formar la unión libre; solo lo es para que, transcurrido un lapso de dos años, y cumplidos otros requisitos de Ley, se forme una sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes. En otras palabras, puede haber unión marital, sin que se forme sociedad patrimonial.

Y ese es el evento previsto en el artículo 68 del C. de la I. y la A. en su numeral 5º, vale decir, que un hombre y una mujer estén conviviendo de manera ininterrumpida por dos o más años, para que uno de los compañeros pueda adoptar el hijo del otro, sin más exigencias que la demostración de esa convivencia.

Expresado de otra forma, la exigencia, respecto al numeral 5º, de que el compañero permanente que tenga impedimento legal para contraer matrimonio acredite haber tramitado el divorcio, terminaría convirtiéndose en una requisito adicional para la estructuración de una unión marital de hecho, el cual no está previsto en la Constitución y en la Ley para la constitución de una familia.

9.2.6 Preferencia de adoptantes colombianos

El C. de la I. y la A. le da prelación a las solicitudes presentadas por nacionales colombianos, cuando cumplan todos los requisitos de Ley, frente a las solicitudes presentadas por extranjeros. Así lo dispone el artículo 71 de dicho estatuto. En consecuencia, “Si hay una familia colombiana residente en el país o en el exterior y una extranjera, se preferirá a la familia colombiana (...)”⁸.

⁸ El artículo 71 del C. de la I. y la A., corresponde, esencialmente, al texto del artículo 107 del anterior Código del Menor, respecto al cual, la entonces existente Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró exequible la expresión “y las instituciones autorizadas por éste”, mediante Sentencia N° 81, del 13 de junio de 1991, M.P.: Jaime Sanín Greiffestein.

Así mismo, les da prelación a aquellas personas que deseen adoptar, y que tengan domicilio o residencia en un país que haya adherido a la Convención de La Haya sobre adopciones internacionales, o a algún otro convenio, bilateral o multilateral, para el desarrollo de programas de adopción.

9.2.7 Régimen de las adopciones internacionales

Existe un sistema normativo de carácter internacional, relativo a las adopciones. Partiendo de reconocer que “para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión”, y que la adopción internacional puede ofrecer la ventaja de dar protección a un menor, mediante una familia permanente, y bajo el entendido de que estos programas entre países están amparados en medidas que “tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respecto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico del niños”, se firmó en La Haya, Holanda, el 29 de mayo de 1993, el “Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción Internacional”, el cual fue ratificado por Colombia mediante la Ley 265, del 25 de enero de 1996, y declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-383, del 22 de agosto de 1996.

Según el artículo 2º, “El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen”.

También se ha suscrito la “Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores”, hecha en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, y otros instrumentos de alcance internacional.

A través del primero de los convenios mencionados, se establece el ámbito de aplicación del mismo, se fijan las condiciones de las adopciones internacionales, se reglamenta la designación de las autoridades centrales para efectos de aplicación del convenio, y los organismos acreditados; se fijan las condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales, y se establecen los mecanismos de certificación, reconocimiento y efectos de la adopción.

Mediante el segundo, se determina la aplicación de la ley del domicilio del adoptante para regir todo lo referido a la capacidad para adoptar, los requisitos de estado civil

y edad del adoptante, el consentimiento de su cónyuge, si fuere el caso, y los demás requisitos para adoptar.

El artículo 72 del Código de la Infancia y la Adolescencia ordena que, además de las disposiciones contenidas en él, las adopciones internacionales se rijan por los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia sobre esta materia, y autoriza al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como autoridad central, para autorizar a los organismos acreditados y agencias internacionales, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley y los convenios internacionales, teniendo en cuenta la necesidad del servicio.

9.2.8 La adopción por parejas homosexuales

En Colombia se ha venido debatiendo durante los últimos años, el “derecho” de los homosexuales a adoptar a menores de edad. Y se han dado intensos debates en los que se defiende ese “derecho”, con base en la prédica constante de que una persona homosexual, o una pareja del mismo sexo, ha venido siendo discriminada por la Ley, al restringírsele, limitársele o cercenársele la posibilidad de la adopción.

Pensamos que el debate sobre este tema, que no es nuevo, debe llevarse a sus justas proporciones, para no permitir que se invierta el orden de las cosas, y para que bajo ninguna circunstancia vaya a ponerse en riesgo la aplicación del principio del *interés superior del niño*.

Los derechos de los homosexuales deben ser reconocidos a plenitud, y corresponde a las autoridades públicas su protección, en condiciones de plena igualdad, desde luego. Dentro de esos derechos, no cabe duda alguna de que ellos, como cualquier ciudadano, tienen el de formar una familia. Aceptamos también, como lo dijera la Corte Constitucional y lo expusieramos al comienzo de estas Lecciones de Derecho de Familia, que de una correcta lectura de la Constitución Política “la heterosexualidad no sea una característica predicable de todo tipo de familia”.

Pero al analizar este tema de las adopciones por personas que tienen esa clase de orientaciones sexuales, no puede perderse de vista que el debate no es sobre los derechos de éstas, sino sobre los derechos de los menores, cuando se encuentran necesitados de protección.

Ya la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la sentencia C-814, del 2 de agosto del 2001, había hecho unos sesudos pronunciamientos sobre el concepto de la adopción; sobre la incorporación familiar, como una de sus consecuencias inmediatas; sobre la finalidad de la adopción y sobre el principio del *interés superior del niño*.

Allí, en esa sentencia, se hicieron unas consideraciones jurídicas de las que vale resaltar algunos de sus extractos, para que sea de boca de la Corte Constitucional que se evalúen estas argumentaciones sobre un aspecto tan sensible a los derechos de los niños.

El debate surgió en aquella ocasión, y la decisión de la Corte Constitucional se produjo en lo relativo a una demanda que se instauró contra el artículo 89 del derogado Código del Menor, el cual, como lo reitera el Código de la Infancia y la Adolescencia que se encuentra vigente, aduce el requisito de “idoneidad moral”, para poder adoptar, bajo el argumento de que en “un Estado pluralista y liberal como el que propone la Constitución que nos rige, cada persona tiene el derecho de escoger el tipo de moral que estime conveniente y de comportarse de conformidad con tal opción de vida”.

Luego de dar algunas explicaciones sobre la adopción en la Constitución Política, y en el sistema legal colombiano, la Corte se encargó de recordar cómo, para efectos de la adopción, “la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera son insistentes y concordes en afirmar que el principio del “interés superior del menor” gobierna todo el proceso mediante el cual el Estado permite su adopción”. Y también recuerda que “La Corte se ha encargado de precisar el contenido de este principio, que emana del artículo 44 de la Constitución Política cuando indica que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Y enriquece el debate con estas otras consideraciones:

“El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

“Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la sicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista –que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión–, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.

“La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”.

E incursionando en el ámbito del Derecho Internacional, agregó:

*“En el ámbito del Derecho Internacional Público, la Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, indica en su artículo 3° que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**.”*

*Por su parte, el “Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”, aprobado mediante la Ley 265 de enero 25 de 1996, recoge también en forma expresa el principio del interés superior del menor. En el artículo primero de dicho Convenio, se señala como objetivo del mismo, el “establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideraciones al **interés superior del niño** y al respecto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional.”*

Por su parte, el Comité de Seguimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño señala que “La finalidad de la adopción es buscar una familia para el niño y no un niño para una familia”, principio que debe quedar reflejado en la Ley.

Al examinar, uno a uno, los cargos formulados en la demanda de inexecutable que dio lugar a la ya citada sentencia C-814 de 2001, la Corte hizo estas consideraciones adicionales:

“El requisito de idoneidad moral exigido a quien pretenda adoptar.

4. El artículo 89 del Código del Menor, exige a quien pretenda adoptar, que “garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para administrar hogar adecuado y estable a un menor”. Estas mismas calidades se exigen “a quienes adopten conjuntamente”.

La incorporación legal de criterios morales para definir situaciones jurídicas, ha sido objeto de examen en varias ocasiones por parte de esta Corporación, tanto en

sede de constitucionalidad como en sede de tutela. De manera general, del repaso hecho sobre dicha jurisprudencia puede concluirse que si bien la Corte ha desechado la adopción jurídica de sistemas morales particulares, ha convalidado en cambio la noción de “moral social”, como criterio al cual puede acudir el juez constitucional para determinar la conformidad con la Carta de las normas que persiguen la defensa de un principio de moralidad.

*Así, la Corporación ha hecho ver que la Constitución no excluye la adopción legal de criterios provenientes de la moral social o moral pública a efectos de considerarlos como referentes a los cuales debe acudir el operador jurídico: En la Sentencia C-224 de 1994[12], la Corte puso de presente que, “la Constitución se refiere a la **moral social** en su artículo 34, y consagra la **moralidad** como uno de los principios fundamentales de la función administrativa...”. Sostuvo, además, que no era posible “negar la relación entre la moral y el derecho” y menos “desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico.”*

*El fallo en comento definió el concepto de moral social como “**la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia**”, añadiendo que “entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social.”*

Desde nuestro punto de vista, la respuesta a la pregunta que se vienen formulando distintos estamentos de la sociedad colombiana, de si los homosexuales deben tener “derecho” a adoptar, debe ocupar un segundo plano, por cuanto la adopción, como la definió el Código del Menor inicialmente, y, más tarde, el Código de la Infancia y la Adolescencia, es la medida de protección por excelencia de un menor que se encuentra en situación irregular o de peligro, o cuyos derechos hayan sido amenazados o conculcados, entre otras situaciones que ya explicamos.

Pero es que “nadie tiene derecho a adoptar”. La adopción corresponde a una necesidad de protección de los niños, niñas y adolescentes, y a la voluntad responsable de cuidar a un menor que carece de una familia. Por lo tanto, es el niño el que tiene derecho a ser adoptado, y correlativamente son el Estado, la sociedad y la familia los que tienen la obligación de proteger a aquellas personas que, siendo menores, se encuentren en situación de vulnerabilidad.

Es en este orden que debe hacerse el análisis sobre la idoneidad de las personas que deseen adoptar.

Precisamente a este respecto, tan debatido en Colombia durante los últimos años, la Corte Constitucional hizo en el año 2015 varios pronunciamientos que consideramos

necesario resumir, para una completa información sobre las adopciones solicitadas por personas de orientación sexual homosexual.

Uno de esos pronunciamientos está contenido en una sentencia del 18 de febrero de 2015,⁹ en la que la Corte Constitucional anunció haber resuelto dos problemas jurídicos: “En primer lugar, si las reglas sobre la adopción conjunta, ejercida por compañeros permanentes con una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años, violaban el derecho de las parejas conformadas por personas del mismo sexo a la no discriminación y a constituir una familia (arts. 13 y 42 CP). En segundo lugar, si las normas sobre adopción complementaria o por consentimiento, que tiene lugar en aquellos casos en los cuales se adopta el hijo o hija biológica del compañero o compañera permanente, con la anuencia de éste, desconocían el derecho de las parejas constituidas por personas del mismo sexo a la no discriminación y a conformar una familia (arts. 13 y 42 CP)”.

La posición de la Corte Constitucional, frente al primer problema jurídico planteado, fue informada de la siguiente manera:

“En lo relativo a la adopción conjunta (núm. 1° del art. 64 y núm. 3° del art. 68 la Ley 1098 de 2006), la Corte consideró que las expresiones impugnadas no desconocían la prohibición de discriminación por orientación sexual (art. 13 CP), ni lo atinente a las normas que en el artículo 42 de la Constitución se refieren a la familia. Sobre el particular, consideró que es facultad del Congreso determinar los efectos de la adopción estableciendo quiénes pueden ser adoptantes. Preciso además que la extensión del nuevo concepto jurisprudencial de familia contenido en la sentencia C-577 de 2011 no implica una extensión automática y uniforme para todos los efectos legales y mucho menos para la adopción, en la cual debe atenderse al interés superior del menor de edad y que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. La Sala sostuvo que la institución de la adopción conjunta, en las normas acusadas, está concebida y diseñada para suplir las relaciones de paternidad y maternidad, razón por la cual –según la opción actual del Legislador– sólo pueden acudir a esta institución las parejas conformadas por hombre y mujer, lo cual no contradice ni el derecho a la igualdad, ni los preceptos del artículo 42 Superior que se refieren a la familia”.

Y aclaró:

“Ello no implica que la Corte haya dicho que exista prohibición constitucional para que el legislador reconozca el derecho a adoptar por parte de las parejas del mismo sexo, sino que la opción legislativa actual en las normas demandadas, es constitucionalmente permitida. La Corte tuvo también en cuenta que de los 19 países del mundo que han permitido la adopción por parejas del mismo sexo, muchos de ellos lo han

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-071, febrero 18 de 2015, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

hecho por decisión del órgano de representación popular. En consecuencia, declaró exequibles, por los cargos analizados, las expresiones impugnadas de la Ley 1098 de 2006 que regulan la adopción conjunta por compañeros permanentes, así como del artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990”.

El desarrollo del segundo problema jurídico fue explicado de la siguiente manera:

“Con referencia a la adopción complementaria o por consentimiento (núm. 5° del art. 64, art. 66 y núm. 5° del art. 68 de la Ley 1098 de 2006), la Corte sostuvo que cuando el Estado se abstiene de reconocer las relaciones familiares entre niños que tienen una única filiación, y el compañero(a) permanente del mismo sexo de su progenitor; con el(la) que éste último comparte la crianza, el cuidado y la manutención del menor de 18 años, pueden verse comprometidos los derechos de los niños, niñas o adolescentes. En estos eventos, la falta de reconocimiento jurídico del vínculo familiar, amenaza el derecho constitucional fundamental reconocido en el artículo 44 de la Constitución a no ser separados de su familia. Por lo anterior, la Corte consideró necesario condicionar la exequibilidad de estas normas, en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente”.

Como conclusión al pronunciamiento de la Corte Constitucional, a través de esta sentencia de febrero 18 de 2015, dicha corporación, con fundamento en el principio jurídico que desarrolla el interés superior del niño, concluyó, de un lado, que la adopción conjunta solo puede ser efectuada a cargo de las parejas heterosexuales, sin que ello atente contra el derecho a la igualdad de las personas, ni desconozca el alcance del artículo 42 de la Constitución Política, que se refiere a la familia; y, del otro lado, precisamente con el fin de evitar que un menor de edad sea separado de la familia, conformada por parejas del mismo sexo, condicionó la lectura del numeral 5° del artículo 64 y del numeral 5° del artículo 68 la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), a que se entienda que el compañero(a) permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, pueda adoptar a éste, sin importar que se trate de una relación de pareja de carácter homosexual.

Más adelante, pocos meses después de este pronunciamiento, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-683, del 4 de noviembre de 2015, con ponencia del mismo magistrado¹⁰, y en ella determinó que las parejas del mismo sexo están habilitadas para adoptar conjuntamente.

En esta demanda fueron acusadas las expresiones contenidas en el numeral 5° del artículo 64 del Código de la Infancia y la Adolescencia (5. Si el adoptante es cónyuge

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia de noviembre 4 de 2015, Ex. 10.371, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

o compañero permanente...); “que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente”, del artículo 66 del mismo estatuto; las expresiones de los numerales 3º y 5º del artículo 68 (3. Conjuntamente los compañeros permanentes...; 5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero...); y las palabras “un hombre y una mujer” y “al hombre y la mujer”, del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, que define y reglamenta los efectos de la unión marital de hecho.

Concretamente, en la citada sentencia la Corte tomó la decisión de “Declarar exequibles las expresiones impugnadas de los artículos 64, 66 y 68 (numerales 3º y 5º) de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, así como del artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, ‘por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes’, bajo el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia”.

La Relatoría de la Corte Constitucional hizo el siguiente resumen de los fundamentos jurídicos que ella tuvo para decidir la exequibilidad condicionada de las citadas normas legales:

“3. Síntesis de los fundamentos

La Corte debía decidir una demanda contra algunos segmentos normativos, contenidos en los artículos 64, 66 y 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), y 1º de la Ley 54 de 1990. Estas normas se refieren a los efectos jurídicos de la adopción, al consentimiento para la misma, a los requisitos para adoptar y a los elementos constitutivos de la unión marital de hecho.

A juicio de los accionantes, las normas acusadas excluyen la posibilidad de que los niños sean adoptados por parejas conformadas por personas del mismo sexo. Los demandantes cuestionaron justamente dichas disposiciones, en esencia, por vulnerar el derecho a la igualdad y el interés superior de los niños que permanecen en situación de adoptabilidad, al limitar sin justificación suficiente el universo de familias que pueden adoptarlos. También, adujeron que hubo una omisión relativa del legislador; violatoria del interés superior de los niños, porque la ley no consagró claramente una regulación para la adopción de niños por parejas del mismo sexo, lo cual supone una desprotección de la niñez. Finalmente, observaron que existe una interpretación dominante en la administración pública (ICBF y Procuraduría General de la Nación), orientada a desproteger a los niños, que reduce el universo de familias potencialmente adoptantes, en cuanto excluye a las parejas del mismo sexo en detrimento de los derechos de los niños.

La Corte comenzó por precisar que la decisión reciente sobre la materia, contenida en la sentencia C-071 de 2015, no impide un pronunciamiento sobre las normas

demandadas. Ese fallo solo hizo tránsito a cosa juzgada relativa, por cuanto se centró en el examen de dos problemas jurídicos, referidos a los derechos a la igualdad y a la familia de las parejas del mismo sexo, pero no a los derechos de los niños desde la perspectiva del principio constitucional del interés superior del menor (CP art. 44).

Constató entonces que en la sentencia C-071 de 2015 la Corte analizó si las normas sobre adopción vulneraban el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo (CP art 13) y desconocían también el derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia (CP art 42). Sin embargo, en esa ocasión la Corte decidió inhibirse en relación con el cargo de vulneración del interés superior del menor, por ineptitud de la demanda (con salvamento de voto de un magistrado). En contraste, en esta oportunidad la Corte verificó que la demanda se dirigió adecuadamente contra las mismas normas, pero con un enfoque constitucional diferente, en la medida en que centra la discusión en torno al interés superior de los niños (CP art. 44).

En el presente caso la decisión de fondo (habilitar la adopción de niños por parejas del mismo sexo en virtud del interés superior del niño) tuvo como base los siguientes argumentos:

1.- En primer lugar, la Corte señaló que los estudios científicos y las pruebas aportadas al proceso demostraban en forma dominante, o bien que la adopción por parejas del mismo sexo no genera afectaciones en el desarrollo integral de los niños, o bien que no está acreditada ninguna afectación a los niños que viven con parejas del mismo sexo. Aun cuando algunas intervenciones indicaban que los resultados no eran definitivos, la Corte verificó que no se refutaron las conclusiones prevalecientes, y en un caso la objeción planteada fue inaceptable a la luz de la Constitución, por cuanto afirmaba que la homosexualidad es considerada como una patología, lo cual ha sido claramente desvirtuado.

2.- En segundo lugar, la Sala Plena resaltó que según la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia internacional y la jurisprudencia de esta Corte, la orientación sexual de una persona, o su sexo, no son por sí mismos indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar; de modo que impedir que un niño tenga una familia, fundándose para ello únicamente en la orientación sexual o el sexo de una persona o de una pareja, representa una restricción inaceptable de los derechos del niño, y es entonces además contrario a su interés superior, protegido por la Constitución y los instrumentos que se integran a ella.

3.- En tercer lugar, la Corte reconoció que una lectura conforme con la Constitución indica que, desde la perspectiva de la protección al interés superior del niño, la ley debe entenderse como neutra al sexo de las parejas y a la orientación sexual de quienes las conforman.

4.- En cuarto lugar, la Corte advirtió que, en vista de que no se encuentra acreditado de manera concluyente que los menores sufran o puedan sufrir algún tipo de afec-

tación en su desarrollo armónico e integral por el hecho de ser adoptados o crecer en el entorno de una familia conformada por parejas del mismo sexo, excluir a estas últimas del universo de potenciales adoptantes implica una limitación del derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, que afecta injustificada, irrazonable y desproporcionadamente su interés superior (CP art.44).

5.- En quinto lugar, la Sala Plena de la Corte verificó y reafirmó que tiene competencia y legitimidad para intervenir en la resolución de este caso. No solo porque la Constitución así se lo reconoce expresamente en el artículo 241, sino además porque se trata de proteger derechos de población vulnerable, como los niños en situación de adoptabilidad, frente a una interpretación de la ley que no es conforme con el principio de interés superior del menor, en un contexto en el cual los niños son una población desaventajada en términos representativos, cuyos derechos debe proteger el juez al margen de la decisión de las mayorías políticas.

Es precisamente en estos casos, para garantizar los derechos de grupos vulnerables y sin representación democrática específica, que se justifica la función de control constitucional a la actividad del Legislador.

6.- La Corte aclaró que cualquier proceso de adopción debe estar siempre dirigido a garantizar el interés superior del menor y el restablecimiento de sus derechos, y por tanto en todo caso será deber del Estado verificar, conforme a la Constitución y en los términos de esta sentencia, si se cumplen los demás requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico.

La Corte quiere resaltar que las dudas y temores acerca de si la sociedad está preparada para asumir esta decisión no se disipan negando una inocultable realidad sino enfrentando sus desafíos”.

Desde luego que, respecto a este nuevo y trascendental pronunciamiento de la Corte, se presentaron varios salvamentos y aclaraciones de voto. Hubo quienes sostuvieron que el *interés superior del niño*, invocado por la Sala que aprobó la citada sentencia, conducía a una conclusión diferente a la adoptada por la mayoría. “Observaron que si el dilema constitucional que se planteaba a la Corte, era el de definir si excluir del régimen legal de adopción a las parejas del mismo sexo desconocía el principio del interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, precisamente, para permitir esa posibilidad se requería de una decisión del legislador, en la medida en que no existe un imperativo constitucional en este sentido, ni una absoluta igualdad de las parejas del mismo sexo frente a la dualidad de roles de la maternidad y la paternidad”.

A juicio de los magistrados que hicieron tal salvamento, la discusión no giraba en torno a la idoneidad de esas parejas para adoptar un hijo, “sino de que esa diferencia

es relevante desde la perspectiva del interés superior del menor abandonado o que ha perdido a sus padres, en ser adoptado por un padre y una madre, cuando los adoptantes son una pareja. Indicaron que la Corte no puede partir de una premisa de igualdad absoluta entre las parejas frente a la institución de la adopción”, señala la Relatoría de la Corte.

Tales magistrados “Advirtieron que la Corte en la sentencia C-071 de 2015, ya había determinado que es facultad del Congreso de la República establecer cuáles son los efectos de la adopción y quiénes pueden ser adoptantes. Así mismo, había precisado que el nuevo concepto jurisprudencial de familia contenido en la sentencia C-577 de 2011 no implica una extensión automática y uniforme para todos los efectos legales y mucho menos para la adopción, en la cual debe atenderse al interés superior del menor, el cual se predica de cualquiera de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que prevalecen sobre los derechos de los demás”. También recordaron que la propia Corte “sostuvo que la institución de la adopción conjunta regulada en las normas acusadas está concebida para suplir las relaciones de paternidad y maternidad, razón por la cual, la opción del legislador resultaba acorde con la Constitución” y que “la Corte había llamado la atención acerca de que en los 19 países que han permitido la adopción por parejas del mismo sexo, en la mayoría de ellos, ha sido una decisión del órgano de representación popular”.

En esos salvamentos de voto también se recordó que los fundamentos de la sentencia C-071 de 2015, que resolvió la exequibilidad de la adopción conjunta restringida por decisión del legislador a las parejas conformadas por un hombre y una mujer, se había apoyado también en la protección del interés superior del menor inherente a la figura de la adopción.

Sin perjuicio de la respetabilidad de sus fallos, no dudamos en considerar que la Corte Constitucional, a través de esta última sentencia, la C-683 de 2015, entró en un grado de contradicción con los enunciados en la sentencia C-071 de 2015, y, por qué no decirlo, terminó por arrebatarle a la rama legislativa del poder público unas funciones que le son propias. Es razonable pensar que con aquella sentencia ya no se hace necesario pronunciamiento alguno del legislador sobre esta materia, e, inclusive, de darse alguna Ley que contradiga la tesis aplicada por la Corte, eventualmente se correría el riesgo de la declaratoria de inexecutable. Hay aquí una inocultable audacia jurídica de la Corte, a la hora en que optó por abrir las compuertas para la adopción conjunta de menores de edad, por parejas del mismo sexo.

Lección 10

Obligaciones y derechos entre padres e hijos

10.1 Consideraciones generales

El desarrollo de las relaciones entre padres e hijos debe enmarcarse dentro de los principios consagrados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, uno de los cuales, quizás el más importante, es el que corresponde al llamado *interés superior del menor*, también consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia. La doctrina acepta que, desde el punto de vista del Derecho Internacional, tanto los niños como también los adolescentes deben ser considerados como “menores”.

En ese orden de ideas, y con esa aclaración, debe partirse de la base de que “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”; que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, y que “debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”, como expresamente se señala en el Preámbulo de la citada Convención Internacional.

La Constitución Política de Colombia tiene las siguientes normas concernientes a los hijos:

Constitución Nacional

ART. 5º.- “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”.

Constitución Nacional

ART. 13.- “Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Constitución Nacional

ART. 42.- “(...)

“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

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

Constitución Nacional

ART. 44.- “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

Constitución Nacional

ART. 45.- “El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, establece:

Ley 74 de 1968

ART. 10º.- “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, dispone en su artículo 3º lo siguiente:

Ley 12 de 1991

ART. 3º.- “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. (...)

Este conjunto normativo, integrado por preceptos de carácter internacional y por las disposiciones consagradas en la Constitución Política de Colombia, debe adicionarse con otras disposiciones contenidas en el Código Civil y su legislación complementaria, en cuanto tienen que ver con los derechos y obligaciones entre padres e hijos.

Sobre ese tema de la protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y, particularmente, con relación a los menores como sujetos de especial protección en la Constitución Política de 1991, así como sobre las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional hizo un análisis comparativo con la legislación anterior—cuando los derechos de los menores dependían, en gran medida, de las decisiones discrecionales de sus padres—cuyos extractos interesa reproducir, a fin de ilustrar los principios de *interés superior del niño* y de *prevalencia de los derechos de los menores*.

“5. LOS MENORES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD PARA LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS.

En abierto contraste con lo que sucedía en el pasado, cuando los derechos de los menores dependían de la absoluta discrecionalidad de sus padres, tutores o superiores, en la actualidad existe un evidente consenso tanto en la comunidad internacional como en los diferentes ordenamientos legales nacionales, en cuanto a la indiscutible primacía de los derechos de los menores.

En efecto, según la Constitución de 1991, los niños y niñas son sujetos privilegiados y de especial protección. Según su artículo 44, los derechos de los niños y niñas son fundamentales, pues además de los mencionados en el citado artículo, por disposición del mismo, gozarán de los demás derechos consagrados en los tratados internacionales

ratificados por Colombia, que forman parte del bloque de constitucionalidad. También se dispone, que los derechos de los niños y las niñas prevalecen sobre los derechos de los demás.

Además, como marco normativo básico internacional, que forma parte del bloque de constitucionalidad está, (i) la Declaración Universal de los Derechos Humanos; (ii) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; (iii) el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, que de manera especial consagra en los arts. 19 y 24, que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, sin discriminación alguna; (iv) la Convención Americana sobre Derechos Humanos; (v) la Declaración de los Derechos del Niño de 1959; (vi) la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que de manera especial consagra el principio del interés superior del menor; y en el artículo 5 dispone que “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” y el artículo 9-1 que establece que “Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos de que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”

Al respecto de la prevalencia de los derechos de los niños y niñas, y con fundamento en lo previsto en normas tanto nacionales como internacionales, esta corporación ha definido los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los menores y que comprende la garantía de un desarrollo armónico e integral. Ellos son: (i) la prevalencia del interés del menor; (ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere; (iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad.

También ha señalado la Corte reiteradamente, que la determinación del interés superior del menor debe atender a una “cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para definir esta ponderación, es necesario, entre otras cosas, satisfacer lo que la Corte ha denominado como “El Equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor.

En este sentido, como lo ha indicado la Corte, el interés superior y prevaleciente del menor es un concepto relacional, es decir, que se predica de situaciones en las cuales deban armonizarse los derechos e intereses de un determinado niño con los de otra u otras personas con los cuales han entrado en conflicto. En efecto, “el interés superior del menor, no se identifica, necesariamente, con aquello que alguno de los padres, o quien tenga la custodia, pueda considerar bueno o mejor para el niño. Para que realmente pueda limitarse el derecho de padres e hijos a sostener relaciones personales y contacto directo en nombre del interés superior del menor, es necesario que se reúnan, al menos, las siguientes cuatro condiciones: (1) en primer término, el interés del menor debe ser real, es decir, debe fundarse en sus verdaderas necesidades y en sus particulares aptitudes físicas y psicológicas; (2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la simple opinión subjetiva o de la mera voluntad de los padres o de los funcionarios encargados de protegerlo; (3) en tercer lugar, dado que el interés del menor se predica frente a la existencia de intereses en conflicto de otra persona, su defensa debe someterse a un ejercicio de ponderación guiado por la preferencia de este principio; (4) finalmente, debe demostrarse que la protección del interés alegado tiende necesariamente a lograr un verdadero beneficio para el menor, consistente en su pleno y armónico desarrollo.

También la Corte ha indicado, que “afirmar que los derechos e intereses de los menores de edad son prevalecientes no significa que sean excluyentes o absolutos; según se precisó en la sentencia T-510 de 2003, “el sentido mismo del verbo ‘prevalecer implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización”. Por lo tanto, en situaciones que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben necesariamente tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres, biológicos o de crianza; “sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual ‘los Estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley.

En la Sentencia C-997 de 2004, en relación con el interés superior del menor, la Corte precisó, las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados,

cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección – deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.

También, en la Sentencia C-796 de 2000 se precisó que la protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos, reconocidos de forma expresa por el precitado artículo 44 del actual Estatuto Fundamental, representan verdaderos valores y principios que no solo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino también a orientar la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar físico, moral, intelectual y espiritual; entendiéndose dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico.

En efecto, el principio universal de interés superior del niño, se encuentra incorporado en nuestro orden constitucional a través del mandato que ordena su protección especial y el carácter prevalente y fundamental de sus derechos. Dicho principio está llamado a regir toda la acción del Estado y de la sociedad, de manera que tanto las autoridades públicas como los particulares, en el ejercicio de sus competencias y en el cumplimiento de las acciones relacionadas con asuntos de menores, deben proceder conforme a dicho principio, haciendo prevalecer en todo caso el deber de asistencia y protección a la población infantil, en procura de garantizar su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, así como sus condiciones de libertad y dignidad.

En atención al interés superior del menor, el artículo 44 de la Constitución dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Cabe recordar, que la familia como institución básica de la sociedad, juega un primordial papel en la protección del menor; al punto que constituye un derecho fundamental de los niños. Así, el artículo 44 de la Carta dispone que todas las niñas y niños en Colombia son titulares del derecho a “tener una familia y a no ser separados de ella”, garantías estas que como las demás en cabeza de los menores, prevalecen sobre los derechos del resto de la colectividad.

De otra parte, dado que familia constituye el entorno ideal para la crianza y educación de los hijos, frente a situaciones de crisis o dificultad en las relaciones entre sus miembros, han de adoptarse todas las medidas conducentes a preservar su unidad y

sólo en casos extremos en los que resulte manifestamente comprometido el interés superior de los menores ha de sacrificarse su unidad en aras de tal interés superior. A tal situación se ha referido la Corte, así:

“Agregado a la imperiosa necesidad de determinar la responsabilidad subjetiva cuando se pretenda suspender, limitar o extinguir cualquiera de los derechos que la madre ostenta sobre sus hijos, hay que tener en cuenta, cualquiera sea el trámite en el que se delibere y discuta la existencia de una infracción cometida por ella en el desarrollo de sus deberes, que paralelo a la obligación de proteger al menor existe el compromiso de mantener, hasta donde sea posible, una estructura familiar en la que el niño o niña pueda disfrutar de la figura materna y paterna. A menos que sea absolutamente necesario, o sea, a partir del estado comprobado de peligro o abandono, el operador judicial o administrativo debe propender por la permanencia del infante en el hogar y permitir que disfrute de la compañía de sus dos progenitores, conforme al mandato contenido en los artículos 5°, 42 y 44 de la Carta–.

La prevalencia de derechos y el interés superior del menor no implican per sé que frente a cualquier irregularidad o infracción parental sobrevenga la separación jurídica o material del niño o la niña de cualquiera de sus padres. Existen variedad de medidas intermedias que el operador puede tomar para castigar al padre infractor y para asegurar que sus actuaciones se acoplen al interés del menor. La más grave y extrema de todas ellas, tanto para la madre como para el hijo, la constituye la extinción o suspensión de cualquiera de las facultades parentales o la patria potestad misma. Por supuesto, cuando se investigan posibles irregularidades en la conducta y gestiones de un padre respecto del hijo, sobrevendrá un dilema y una tensión jurídica entre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y las fórmulas de salvaguardia aplicables; para dar solución a tal conflicto el operador judicial o administrativo debe actuar con extrema cautela y prudencia, y sustentar cuidadosamente cuál es la medida más apropiada para amparar los derechos del niño o niña. En cualquier caso, la intervención de la sociedad y el Estado en defensa del menor no puede engendrar un daño mayor de aquel que hubiere sido ocasionado por su padre o madre”¹.

10.2 La igualdad de derechos y obligaciones de los hijos

La legislación civil colombiana, desde la fecha de expedición del Código Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873, y de su adaptación como el de toda la República, a través del artículo 1º de la Ley 57 de 1887, consagró una discriminación de los hijos, según su origen.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1003, noviembre 22 de 2007, Exp. D-6833, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, publicada por Torrado, Helí Abel, en *Código Civil, Comentado, Concordado, Jurisprudencia y Normas Complementarias*, Librería Ediciones del Profesional, Ltda., Bogotá, D.C., 4ª ed., 2011, pp. 167 y ss.

En términos generales, esa discriminación obedecía a que los hijos en ese entonces llamados naturales, y los hijos adoptivos, no tenían los mismos derechos de los hijos legítimos, ni de los legitimados.

Mencionamos al comienzo de estas Lecciones que la familia, como tal, no estaba definida ni reglamentada como institución jurídica en nuestro Código Civil, aunque, a partir del Título X (Artículos 213 y siguientes), se hacía una reglamentación precisa sobre las diferentes clases de hijos, así como también respecto a los derechos y obligaciones que a cada una de ellas correspondía.

Obsérvese, por mera curiosidad, que el Título X trataba “*De los Hijos Legítimos Concebidos en Matrimonio*” (Arts. 213 a 235); el Título XI, “*De los Hijos Legitimados*”; el XII se refería a los “*Derechos y Obligaciones entre los Padres y los Hijos Legítimos*”, en tanto que el Título XIII, denominado “*De la Adopción*”, relacionaba todos los aspectos concernientes a los hijos adoptivos; y el Título XVI, de manera casi residual, trataba “*De los Hijos Naturales*”, y, de último, el Título XVII hacía mención “*De las Obligaciones y Derechos entre los Padres y los Hijos Naturales*”.

La anterior relación normativa constituye la más clara evidencia de la discriminación que existía respecto a los derechos de los hijos legítimos y legitimados, de una parte; y los derechos de los hijos adoptivos, y de los hijos ilegítimos, de la otra.

En este orden de ideas, nuestro ordenamiento jurídico venía reconociendo cuatro categorías de hijos: los legítimos, los legitimados, los adoptivos y los ilegítimos, aunque debe aclararse que los hijos legitimados, siempre han sido asimilados a los legítimos, por estar ambos sujetos a la celebración del matrimonio.

Por su parte, los hijos adoptivos daban lugar a lo que el artículo 50 del Código Civil denomina *parentesco civil*, en tanto que los hijos ilegítimos eran el resultado de relaciones concubinarias, posteriormente conocidas como uniones libres, o, ahora, uniones maritales de hecho.

Inclusive, en esta última categoría, la de los hijos ilegítimos, también había otras clases, según el hijo hubiese nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados pero que sí podían contraer ese vínculo entre sí. Éstos eran los llamados *hijos naturales*, definidos por el legislador como los habidos fuera del matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre o madre o ambos, otorgado por escritura pública o en testamento; o, los conocidos como *de dañado y punible ayuntamiento*, que eran los *adulterinos* y los *incestuosos*, porque eran concebidos en adulterio, es decir, entre dos personas de las cuales una, al menos, estaba casada al tiempo de la

concepción con otra (*adulterinos*), o los hijos habidos entre dos personas que no podían casarse por las relaciones de parentesco natural o civil, y por las cuales sería nulo el matrimonio (*incestuosos*).

Frente a esta última categoría, la de los *hijos de dañado y punible ayuntamiento* inicialmente se creó una situación de desventaja mucho más grave, en cuanto que la Ley prohibía su reconocimiento como hijos naturales y, por lo tanto, no podían alcanzar la categoría de *hijos naturales*, ni obtener los beneficios relativos que conllevaba el reconocimiento.

Si se revisa la legislación civil existente en aquellas épocas, podrá concluirse que esta discriminación repercutía negativamente respecto de los derechos de los hijos *naturales* y *adoptivos*, frente a los de los *hijos legítimos*. Basta afirmar, por ejemplo, que el derecho de herencia de aquéllos equivalía a la mitad del de éstos; y que las obligaciones alimentarias a favor de los hijos naturales, su posteridad legítima y a los nietos naturales, así como de los hijos adoptivos, correspondían a un orden diferente al de los descendientes o ascendientes legítimos (C.C., Arts. 411 y siguientes), y que a estos últimos se les debían alimentos congruos, en tanto que a los ilegítimos y adoptivos solo se les debían alimentos necesarios (C.C., Art. 414).

Como resulta obvio suponer, esta discriminación tuvo graves incidencias en la sociedad y en el orden público de la nación, al punto de que, para corregir radicalmente semejante entuerto, y después de varias reformas (Leyes 153 de 1987, 45 de 1936 y 75 de 1968), el legislador colombiano, a través del artículo 1º de la Ley 29 de 1982, adicionó un inciso al artículo 250 del Código Civil, y dispuso categóricamente:

Ley 29 de 1982

ART. 1º.- Adiciónase el artículo 250 del Código Civil, con el siguiente inciso:

“Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones”.

Más adelante, a raíz de la promulgación de la Constitución Política de 1991, el constituyente colombiano estableció lo siguiente.

Constitución Nacional

ART. 42.- (...)

“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. (...)”.

A este respecto, ya se habían producido en el país notorios avances legislativos, en razón a que, por medio de la Ley 74 de 1968, Colombia ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyos artículos 24 y 26, se dispuso:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968)

ART. 24.- “1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968)

ART. 26.- “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la Ley. A este respecto, la Ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

10.3 De la patria potestad

El sometimiento de una persona a la potestad de otra obedece, generalmente, a la existencia de las incapacidades. “La incapacidad de una persona es a veces la obra arbitraria de la Ley. ... Estas incapacidades tienen una causa puramente jurídica. ... Para otros incapacitados, como el menor y el loco (entiéndase el discapacitado mental), la incapacidad es real. La Ley no hace más que sancionar y reglamentar un estado de cosas que se impone por sí mismo. La incapacidad legal cubre entonces la incapacidad natural”, según dicen Planiol y Ripert².

Lo anterior significa, entonces, que hay incapacidades naturales e incapacidades arbitrarias, como la llaman los citados tratadistas franceses.

Para el caso que nos ocupa, en términos generales, también se trata de una incapacidad natural, en razón a que los menores de edad carecen del suficiente juicio o

² Planiol, Marcel, Ripert, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo I, Las Personas, Estado y Capacidad*, Editorial Cultural, S.A., La Habana, Cuban, 1945, p. 270.

capacidad de discernimiento, por lo que no pueden expresarse en la vida jurídica sino a través de quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad u ostenten la representación legal.

La patria potestad es, al interior de la familia, la más importante de las medidas de protección de los menores, porque se enmarca dentro del medio más apropiado para vigilar el establecimiento, crianza, educación y, en general, el desarrollo integral de los hijos. También es la actitud y el comportamiento más natural del ser humano, desarrollo de sus instintos paterno y materno, el que, hasta por una mera condición natural, tiende a proteger a su descendencia.

La patria potestad tiene origen en las expresiones latinas *pater*, que significa padre, y *potestas*, que quiere decir poder. Traducido al lenguaje corriente, la patria potestad equivale al poder del padre.

Originalmente, la patria potestad era exclusivamente ejercitada por el padre. En efecto, la definición consagrada en el artículo 288, tal como fue subrogado por el artículo 53 de la Ley 153 de 1887, era del siguiente tenor:

Código Civil

“ART. 288.- Subrogado Ley 153 de 1887, Art. 53.- La patria potestad es el conjunto de derechos que la Ley reconoce al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados.

Muerto el padre, ejercerá estos derechos la madre legítima mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias.

Los hijos de cualquiera edad no emancipados serán hijos de familia, y el padre o madre, con relación a ellos, padre o madre de familia”.

Más adelante, con la expedición de la Ley 45 de 1936, el artículo 13, que sustituyó el precitado artículo 288, consagró la siguiente definición:

Código Civil

“ART. 288.- Subrogado Ley 45 de 1936, Art. 13.- La patria potestad es el conjunto de derechos que la Ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

Ejerce estos derechos respecto de hijos legítimos, el padre y a falta de éste, por cualquiera causa legal, la madre, mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias.

Los hijos de cualquiera edad no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre, con relación a ellos, padre o madre de familia”.

En esa misma oportunidad, con relación a los hijos extramaritales, entonces llamados naturales, el artículo 14 de la Ley 45 de 1936 dispuso que, por regla general, correspondía a la madre la patria potestad sobre el hijo natural, salvo que el Juez, si lo considerare conveniente a los intereses del hijo y a petición de parte, se la otorgara al padre, siempre y cuando éste no estuviera casado, o decidiera poner bajo guarda al hijo.

Posteriormente, la Ley 75 de 1968 vino a reglar el concepto de patria potestad, que en esencia correspondía al mismo criterio expuesto por la Ley 45 de 1936, pero, posteriormente, el Decreto 2820 de 1974 modificó el inciso segundo del artículo 19 de la citada Ley, por lo que la norma quedó finalmente redactada de la siguiente manera:

Código Civil

“ART. 288.- Subrogado, Ley 75 de 1968, Art. 19.- La patria potestad es el conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

Inciso 2º.- Modificado, Decreto 2820 de 1974, art. 24.- Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia”.

Así las cosas, este cambio producido en la legislación colombiana condujo a la supresión de la exclusividad que tenía el padre respecto del ejercicio de la patria potestad sobre sus menores hijos, pues la reforma legal estuvo encaminada a establecer la igualdad de derechos y deberes de ambos progenitores respecto a ellos. En otros países se refieren a “la patria potestad dual”, precisamente porque es ejercida, por igual, por los dos padres.

Por esa razón, desde la vigencia del citado Decreto 2820 de 1974, que otorgó a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad, los doctrinantes consideran pertinente sugerir que, hoy en día, es más apropiado emplear el término de *potestad parental*, que el de *patria potestad*.

Esta *potestad parental* se funda, de un lado, en la obligación de dar protección a la familia, que implica las funciones de contribuir al desarrollo de la personalidad y a la formación integral del menor; y, del otro, en un compromiso de solidaridad familiar. Y, desde luego, debe entenderse que no está estipulada por la Ley en beneficio de los padres, sino en interés superior de los menores, quienes tienen derecho fundamental a ser protegidos por sus progenitores.

La Corte Constitucional, al referirse al concepto, función y titularidad de la patria potestad, ha señalado lo siguiente:

“4.1. CONCEPTO, FUNCIÓN Y TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD. De conformidad con lo previsto en el Código Civil, artículo 288, modificado por la Ley 75 de 1968, artículo 19, “la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”.

En armonía con la citada disposición, esta corporación ha considerado que la patria potestad, mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). Igualmente ha considerado, que el ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, y en consecuencia, el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión.

En efecto, la patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo.

El ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores corresponde a los padres, conjuntamente. A falta de uno, la ejercerá el otro. En efecto, la patria potestad sólo pertenece al padre y a la madre, es decir, no rebasa el ámbito de la familia, y se ejerce respecto de todos los hijos, incluyendo a los adoptivos”³.

10.3.1 Características de la patria potestad

Al referirse a la patria potestad, un conocido tratadista del tema señala lo siguiente: “Sin embargo de ser derechos, e inclusive antaño poderes, es indiscutible que por algunos aspectos son derechos que por la oportunidad de ejercerlos implican el cumplimiento de una función. El ejercicio de los derechos no queda enteramente a la voluntad del titular, porque no son derechos subjetivos en interés del sujeto a quien se los confiere la Ley, como que son derechos concedidos en favor de un menor, de manera que su ejercicio torcido o su no ejercicio por descuido, y con más razón a sabiendas, le imponen al progenitor una responsabilidad que puede extenderse al derecho punitivo. Luego si son derechos subjetivos los de la patria potestad, son

³ Corte Constitucional, Sentencia C-1003, noviembre 22 de 2007, Exp. D-6833, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

derechos subjetivos en interés de los hijos menores, y por eso las reglas que gobiernan su ejercicio son de orden público familiar, por ende imperativas y su contenido intransferible, irrenunciable, incesible e imprescriptible, y la acción pública que los tutela, intransferible”⁴.

Por su parte, la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la intransferibilidad parcial del artículo 315 del Código Civil, en la sentencia ya transcrita parcialmente, hizo una síntesis sobre las características de la patria potestad, así:

“4.2. CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

Se aplica exclusivamente como un régimen de protección a hijos menores no emancipados.

Es obligatoria e irrenunciable pues los padres tienen la patria potestad, salvo que la ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio.

Es personal e intransferible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio.

Es intransferible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita.

Constituye una labor gratuita, porque es un deber de los padres.

La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre”⁵.

En este orden de ideas y con base en tales criterios jurisprudenciales, la patria potestad, por su propia naturaleza, tiene las siguientes características:

a) Es intransferible

Lo anterior significa que está exclusivamente asignada a los padres, como tales, y respecto de los hijos menores no emancipados, sin perjuicio de la *responsabilidad parental* que, como complemento de la *patria potestad*, está consagrada en el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la cual conlleva la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación.

⁴ García Sarmiento, Eduardo, *Relaciones entre los Padres y los Hijos*, Fascículo 7, Librería El Foro de la Justicia, Ltda., 1ª edición, 1997, p. 64.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1003, noviembre 22 de 2007, Exp. D-6833, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

En consecuencia, los padres no están legitimados para transferir esa potestad a terceras personas, y la jurisprudencia nacional se ha encargado de quitarles a sus titulares cualquier facultad para comercializar, a cualquier título, los derechos derivados de ella.

La patria potestad, por lo tanto, está fuera del comercio; “no se compra ni se vende” –dicen los doctrinantes–, y, como consecuencia, no puede ser objeto de acto o negocio jurídico alguno que suponga su comercialización o su venta.

Lo anterior no impide que, precisamente en ejercicio de los derechos de patria potestad, el padre y/o la madre que los ejerzan, autorice a un tercero para la ejecución de cualquier acto propio de aquéllos, relacionado con los intereses y derechos de sus hijos menores.

b) Es irrenunciable

El artículo 16 del Código Civil prohíbe desconocer, por convenios particulares, “las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”. La patria potestad no está dada en interés individual de los padres, sino en interés de los hijos, como se desprende de la misma definición que le da el Código Civil; tampoco está conformada por meros deberes de los progenitores, sino por un conjunto de derechos que la Ley les asigna para que ellos puedan atender las obligaciones creadas a favor de los hijos no emancipados, que ordinariamente corresponden a su formación y educación integral, y al derecho de representación en todos los actos jurídicos, ya sean judiciales o extrajudiciales, así como de administración y usufructo de los bienes propios de éstos.

Como institución de orden público que es, dado que ella lleva implícito un enorme sentido de responsabilidad de los padres y un profundo interés social, no son derechos renunciables, puesto que se trata de algo correspondiente al estado civil de las personas, que, como tal, no es negociable, ni disponible. “Siendo el estado civil inseparable de la persona, como que es su imagen jurídica o la proyección de su propia personalidad, las calidades que lo integran están fuera del comercio y por consiguiente son inalienables e imprescriptibles. Tal ha sido la doctrina que al punto ha sostenido invariablemente la Corte. (...) Por estar indisolublemente unido a la persona, como que es inconcebible un ser humano de quien no pueda predicarse si es mayor o menor de edad, hijo legítimo o ilegítimo, soltero, casado o viudo, el estado civil es incesible y por consiguiente no puede ser materia de convención jurídica alguna que implique disposición de las calidades que lo integran, y la que sobre éstas recaiga resulta absolutamente nula por llevar objeto ilícito (Arts. 6º, 15, 16, 1519, 1523 y 2473 C.C.)”⁶.

⁶ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia octubre 3 de 1974.

c) Es imprescriptible

El mero transcurso del tiempo sin el ejercicio de actos inherentes al derecho de patria potestad, no puede invocarse para alegar su prescripción, por la misma razón que expusimos atrás, es decir, porque en esta materia está interesado el orden público y no es posible eludir las responsabilidades propias del padre o madre, en aplicación de los derechos que la misma Ley les concede para que puedan atender los compromisos que tengan como tales.

Como ya lo dijimos, la patria potestad corresponde al estado civil de las personas. Ella, por su propia naturaleza, asigna a los padres un conjunto de facultades, precisamente para que puedan cumplir con sus obligaciones, y tiene directa relación con la minoridad de los hijos, o con ciertos grados de discapacidad psíquica. Y es una institución de orden público que, como tal, es imprescriptible.

d) Es temporal

Como también ya lo anotamos, la potestad suele estar asignada sobre la base de la protección a los incapaces. Por ello, sólo existe o tiene vigencia mientras los hijos no sean emancipados. O, expresado en términos distintos, se extingue cuando ya no hay necesidad de proteger a los hijos, en razón a que éstos pueden gobernarse por sí solos. Y la emancipación, como lo veremos más adelante, pone fin a la patria potestad, bien sea por decisiones voluntarias, legales o judiciales, en los distintos eventos contemplados en los artículos 312 y siguientes del Código Civil.

Refiriéndose a esta característica de la patria potestad, la Corte Constitucional, en sentencia C-145 de 2010, dijo:

“Además de las características atribuidas a la patria potestad, se agrega también la de ser una institución temporal y precaria. Lo primero, por cuanto, por regla general, el hijo sólo está sujeto a ella por el tiempo necesario para su formación y desarrollo, esto es, hasta cumplir la mayoría de edad –los 18 años–; y la precariedad, porque quien la ejerce, puede verse privado de ella, si en el ejercicio de la misma no ajusta su comportamiento a los propósitos altruistas que la justifican”.

10.3.2 Derechos que la patria potestad otorga a los padres del menor

Como ya se enunció, la patria potestad es un conjunto de derechos y facultades que se concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes del hijo menor, salvo las excepciones que la misma Ley consagra, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones.

Según lo dispuesto en el Código Civil, los derechos que comprende la patria potestad, son los siguientes:

- a) La representación judicial y extrajudicial del hijo.
- b) El usufructo de los bienes del hijo, y
- c) La administración de esos bienes.

10.3.2.1 Derecho de representación del hijo menor

Sea lo primero anotar que, como medida general, en ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad, los menores, como personas incapaces de celebrar negocios, son representados conjuntamente por los padres, o, si falta uno de ellos, la representación legal será ejercida por el otro, según lo dispone el artículo 62 del Código Civil, el cual fue modificado por los Decretos 2820 de 1974 y 772 de 1975. Empero, es preciso aclarar que, en tratándose de padres extramaritales, estos no pueden ejercer esa representación, o mejor, pueden ser privados de ella, si la declaratoria de paternidad se ha hecho “en juicio contradictorio”.

En efecto, el inciso tercero del artículo 1º del Decreto últimamente mencionado, dispone que “no tiene la patria potestad, ni puede ser nombrado guardador, el padre o la madre declarado tal en juicio contradictorio”, norma ésta que, en su redacción primigenia, hacía referencia a aquellos casos en los que se tratara de “hijos extramatrimoniales”. Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencia relativa a dicha norma, dispuso su exequibilidad, “siempre que se entienda que, en los procesos de investigación de la paternidad o maternidad y de impugnación de la paternidad o maternidad, le corresponde al Juez del proceso, en cada caso concreto, determinar a la luz del principio de interés superior del menor y de las circunstancias específicas en que se encuentren los padres, si resulta benéfico o no para el hijo que se prive de la patria potestad y del ejercicio de la guarda, al padre o madre que es declarado tal en juicio contradictorio, aplicando para el efecto el procedimiento previsto en el parágrafo 2º del artículo 8º de la Ley 721 de 2001”⁷.

En lo que respecta a los hijos adoptivos, teniendo en cuenta que, según el artículo 64 del Código de la Infancia y la Adolescencia, por la adopción el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad; que la adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos; y que el adoptando y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-145, de marzo 3 de 2010, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

de padre o madre e hijo, es evidente que, a la luz de ese ordenamiento jurídico, la representación legal de este último, mientras sea incapaz, será ejercida por el (los) adoptante (s).

De la lectura de los artículos 288 y siguientes del Código Civil se deduce que hay dos clases de representación: la extrajudicial y la judicial.

10.3.2.1.1 Representación extrajudicial

10.3.2.1.1.1 Sobre actos domésticos, que no implican disposición de bienes

Los titulares de los derechos de patria potestad suelen celebrar, a nombre del menor, actos o negocios jurídicos encaminados a adquirir derechos o a contraer obligaciones, sin que se requiera decisión de autoridad judicial o administrativa alguna, en cuanto no implican actos de disposición de bienes.

Con esos propósitos, son variadas las actuaciones de los padres en el ejercicio de esas atribuciones, la mayoría de las cuales están encaminadas a garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo en el seno de la familia, como sujetos titulares de derechos. Algunas de ellas buscan la protección integral, el reconocimiento de sus derechos o la prevención de su amenaza y vulneración; otras persiguen la garantía y cumplimiento de las obligaciones de los padres, en aspectos concernientes a la calidad de vida y a un ambiente sano, a la conservación de su integridad personal, a su protección integral; al ejercicio de la custodia y cuidado personales, al derecho a su salud, a su educación, al desarrollo integral en su primera infancia, a la recreación y a la participación en la vida cultural y en las artes y, en fin, a un sinnúmero de situaciones de carácter doméstico que tienen que ver con el desarrollo de los hijos de familia.

Pues bien: para el cumplimiento de esos deberes, es de muy común ocurrencia que los padres se ocupen de adoptar ciertas decisiones en nombre de sus hijos no emancipados y, para ello, de ejecutar algunos actos o celebrar ciertos contratos. Estas actuaciones se cumplen, como regla general, de manera conjunta entre los dos padres, sin que ello quiera decir que todos esos actos o contratos deban ser suscritos por ambos progenitores, sino que, como sucede frecuentemente en las relaciones de familias bien avenidas, uno solo de ellos los ejecuta, con el asentimiento aun tácito del otro. Y ello es así no solo porque esos deberes se cumplen en aplicación del principio de responsabilidad y solidaridad familiares, sino porque esas intervenciones, también por lo general, son puramente domésticas (matricular a los hijos en establecimientos de educación y hacer un seguimiento sobre su desempeño escolar; afiliarlos a un sistema de protección médica o utilizar esta clase de servicios; organizar sus me-

canismos de transporte; vigilar su comportamiento social y familiar; incluirlos en programas de educación extracurriculares, etc.), y no implican actos de disposición de sus derechos, como menores o incapaces.

Explicado con otras palabras, es usual y acostumbrado que esta representación extrajudicial del hijo de familia se ejerza sin las formalidades que se deducen de la mera lectura del artículo 307 del Código Civil, tal como fue modificado por el artículo 40 del Decreto 2820 de 1974. Creeríamos que esa práctica no puede dar lugar a ninguna clase de reclamaciones y, mucho menos, de sanciones, en cuanto se realice con la responsabilidad que se exige.

Pero también pueden darse casos en que el entendimiento entre los padres no está revestido de armonía y buen manejo. Son aquellas situaciones en donde se presentan desavenencias, discrepancias o conflictos entre los dos progenitores, respecto a sus relaciones como cónyuges, o frente a sus responsabilidades para con los hijos, casos en los cuales debe dejarse perentoriamente aclarado que la norma, en su esencia, ordena que “Los derechos de administración de los bienes, el usufructo legal y *la representación extrajudicial del hijo de familia* serán ejercidos *conjuntamente* por el padre y la madre”, pero siempre sin perjuicio de que “uno de los padres delegue *por escrito* al otro, total o parcialmente dicha administración o representación”.

En circunstancias como éstas, pues, la delegación debe hacerse de manera expresa, es decir, por escrito, y la experiencia enseña que es conveniente hacer una clara y completa reglamentación de la forma como se ejercerán esos derechos, precisamente en la búsqueda de facilitar el ejercicio armónico de los mismos y el cumplimiento de las obligaciones paternas, para prevenir conflictos de familia, reglamentación que puede obtenerse, bien acudiendo a cualquiera de los métodos alternativos de solución de conflictos (arreglo directo, conciliación, transacción, etc.), o, en caso de que ese método se dificulte, solicitando al Defensor de Familia, al Comisario de Familia o al Juez de Familia, según el caso y de acuerdo a sus competencias, que dirima la controversia.

10.3.2.1.1.2 Sobre actos o negocios jurídicos que implican administración y disposición de bienes

Diferente es la situación atinente al ejercicio de la patria potestad, cuando se refiere a actos o negocios jurídicos que implican la administración y disposición de bienes, según sea la naturaleza de éstos.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en aceptar que, en estos casos, al ejercer la patria potestad para adquirir o enajenar bienes, por ejemplo, se está actuando en cumplimiento de un mandato representativo, por cuanto el mandatario obra con un

poder, emanado de la misma Ley, en unas condiciones que debe hacer conocer a quienes con él contratan. Solo que, adicionalmente a las exigencias previstas en la Ley para cualquier mandatario, tanto el Código Civil como el Código de la Infancia y la Adolescencia establecen unas restricciones adicionales, en procura de proteger los derechos e intereses de los menores de edad y en la búsqueda de resguardar su patrimonio de cualquier tipo de amenazas por quienes lo administran.

Entonces, sobre estos aspectos habrá de tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes, porque la Ley les da un tratamiento diferente a los casos en que se trata de actos o negocios referidos a bienes raíces o inmuebles, a cuando se relacionan con bienes muebles o valores mobiliarios, aunque, en uno y otro caso, el ejercicio de la patria potestad deberá hacerse de manera conjunta, o de consuno, y, además, cualquier delegación que haga un progenitor al otro, es conveniente que conste por escrito, para poder salir al paso frente a posibles conflictos entre los progenitores.

En este sentido, entonces, nos encontramos ante actos jurídicos o negocios de disposición, cuando ellos implican la enajenación de activos o derechos, independientemente de que se trate de bienes materiales o inmateriales, o de bienes raíces o muebles.

Pero la Ley es menos exigente cuando se trata de estos últimos. Porque, en el primer caso, es decir, cuando se pretende enajenar un bien raíz (contratos de compraventa, donaciones sobre inmuebles, etc.), o crear alguna clase de cargas o gravámenes sobre ellos (hipotecarlos, darlos en arrendamiento por largo tiempo, etc.), o disponer de derechos de herencia de un menor de edad, se exige decreto judicial, con conocimiento de causa (C.C., Art. 303), y la venta deberá hacerse en pública subasta. En tanto que, si se trata de disposición sobre bienes muebles, esa orden judicial no es necesaria, y la venta puede hacerse de manera directa, a través de contrato privado.

Por último, ténganse en cuenta las disposiciones del literal c), del artículo 93, de la Ley 1306 de 2009, “Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados”, el cual dispone lo siguiente:

Ley 1306 de 2009

ART. 93.- “ACTOS DE CURADORES QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN. El curador deberá obtener autorización judicial para realizar los siguientes actos, en representación de su pupilo: (...)

c) Las operaciones de crédito distintas de las mencionadas en el literal a) del artículo siguiente y el otorgamiento de garantías o fianzas y constitución de derechos reales

principales o accesorios sobre bienes del pupilo, en favor de terceros, que no corresponda al giro ordinario de los negocios, en cuantía superior a los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales”.

10.3.2.1.1.3 En la celebración de contratos individuales de trabajo

Si bien es cierto que conforme a las disposiciones del artículo 25 de la Constitución Política y 11 del Código Sustantivo del Trabajo, el trabajo es un derecho y una obligación social y goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado, así como que toda persona tiene derecho al trabajo y goza de libertad para escoger profesión u oficio, no lo es menos que, precisamente como medio de protección de la niñez y de los adolescentes, el artículo 35 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala una edad mínima de admisión al trabajo y establece un derecho a la protección laboral de los adolescentes autorizados para trabajar.

Sobre este último aspecto, la norma actualmente vigente es la contenida en el citado artículo 35 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el cual establece que “La edad mínima de admisión al trabajo es los quince (15) años”, y exige que, para trabajar, los adolescentes entre los quince (15) y diecisiete (17) años, requieren la respectiva autorización, expedida por el Inspector de Trabajo o, en su defecto, por el ente territorial local, “y gozarán de las protecciones laborales consagradas en el régimen laboral colombiano, las normas que lo complementan, los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, la Constitución Política y los derechos y garantías consagrados en este código”.

No obstante, este artículo debe concordarse con los preceptos de los artículos 113 y siguientes del mismo estatuto.

Sólo con carácter excepcional, según lo dispuesto en la misma norma, los niños y niñas menores de quince (15) años podrán recibir autorización de la Inspección de Trabajo o del ente territorial local, “para desempeñar actividades remuneradas de tipo artístico, cultural, recreativo y deportivo”, sin que, en ningún caso, el permiso exceda las catorce (14) horas semanales.

Estas normas de la legislación interna están armonizadas con lo dispuesto en tratados y convenciones internacionales suscritos y ratificados por Colombia y, en especial, con los Convenios 138 y 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre edades mínimas para el trabajo de menores de edad, y actividades prohibidas para ellos.

Entonces, independientemente de la claridad de estos textos legales, debe observarse que, en todos estos casos, el menor debe obtener el consentimiento de sus padres,

para elevar a través de ellos la solicitud de la autorización para trabajar del Inspector del Trabajo o de las otras autoridades competentes. Así se desprende de la lectura del texto del artículo 113 del Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando al señalar que corresponde al Inspector de Trabajo expedir por escrito la autorización para que un adolescente pueda trabajar, exige que ella sea “a solicitud de los padres, del respectivo representante legal o del Defensor de Familia”.

Pero obsérvese también que esta autorización que da la Ley a los adolescentes para trabajar, no puede entrar en conflicto ni exponer el derecho de aquéllos a la educación, puesto que el numeral 4º del artículo últimamente citado, ordena a la respectiva autoridad, para dar la autorización, que se le presente un certificado de escolaridad del adolescente, para constatar que haya terminado su formación educativa básica. De lo contrario, es obligación del empleador proceder a inscribirlo y, en todo caso, a facilitarle el tiempo necesario para continuar el proceso educativo o de formación, teniendo en cuenta su orientación vocacional.

10.3.2.1.2 Representación judicial

A diferencia de la representación extrajudicial que, como vimos, exige su ejercicio conjunto por parte de los dos padres, el artículo 306 del Código Civil, según el texto reformado por el artículo 39 del Decreto 2820 de 1974, establece que “La representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres”.

Pero esta misma norma estatuye que cuando se trata de hijo de familia, éste sólo puede comparecer en juicio como actor, siempre y cuando cuente con la autorización o mediante la representación de uno de sus padres.

Inclusive, el mismo artículo determina que “Si ambos padres niegan su consentimiento al hijo o si están inhabilitados para prestarlo o si autorizan sin representarlo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación de curador *ad litem*”, consagradas en el artículo 45 de dicho estatuto procesal, reformado por el numeral 17, del artículo 1º, del Decreto 2282 de 1989.

La primera de las normas fue derogada por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564, de julio 12 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, con vigencia a partir del 1 de enero de 2014, en forma gradual, según lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 627 del mismo estatuto y, en general, todas ellas deben ser armonizadas y concordadas con este nuevo estatuto.

El artículo 55 del Código General del Proceso le da preponderancia al Defensor de Familia, para efecto de la representación legal del incapaz, y solo prevé la designa-

ción de un curador *ad litem* en aquellos procesos en los que aquél no deba intervenir, y éste carezca de representante legal. En ese sentido, siempre que intervenga el Defensor de Familia, dicho funcionario actuará en representación del incapaz.

Sin embargo, obsérvese que conforme a las disposiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia, el Defensor de Familia, a más de tener entre sus funciones la de adelantar, de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, en cuanto tenga información sobre su vulneración o amenaza, también tiene la de representarlos en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o éste se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos (Art. 82, numeral 12), con la aclaración de que, en desarrollo de esta atribución, el Defensor de Familia no requiere la autorización judicial a que se refiere la última parte del artículo 305 del Código Civil, en el evento de decidir demandar a quien ejerce la patria potestad sobre el menor afectado.

10.3.2.1.3 Administración de los bienes del hijo de familia

Primeramente debemos señalar que los bienes de los hijos menores deben ser administrados por sus padres. Así lo dispone el artículo 295 del Código Civil, modificado por el artículo 29 del Decreto 2820 de 1974:

Código Civil

ART. 295. Modificado, Decreto 2820 de 1974, Art. 29. "Los padres administran los bienes del hijo sobre los cuales la Ley les concede el usufructo. Carecen conjunta o separadamente de esta administración respecto de los bienes donados, heredados o legados bajo esta condición."

Seguidamente, debe advertirse que para la administración de los bienes de los menores se asigna la responsabilidad a sus representantes legales, bajo la propia exigencia de que la misma sea cumplida con el cuidado que se exige de un buen padre de familia.

Dentro de este contexto, independientemente de las normas que se refieren a la responsabilidad de los padres, estimamos recomendable que éstas se armonicen con las disposiciones contenidas en el artículo 94 de la Ley 1306 de 2009, no en un sentido imperativo, sino como ilustración de los criterios que en algunos casos determinados deben tenerse en cuenta respecto a reglas de administración de bienes de los incapaces.

Otras normas del Código Civil, relacionadas con la administración de los bienes del hijo de familia, son las siguientes:

Código Civil

ART. 296.- Modificado, Decreto 2820 de 1974, Art. 30.- La condición de no administrar el padre o la madre o ambos, impuesta por el donante o testador, no les priva del usufructo, ni la que los priva del usufructo les quita administración, a menos de expresarse lo uno y lo otro por el donante o testador.

Código Civil

ART. 297.- Modificado, Decreto 2820 de 1974, Art. 31.- Los padres que como tales administren bienes del hijo no son obligados a hacer inventario solemne de ellos, mientras no pasaren a otras nupcias; pero a falta de tal inventario, deberán llevar una descripción circunstanciada de dichos bienes desde que comience la administración.

Código Civil

ART. 298.- Modificado, Decreto 2820 de 1974, Art. 32.- Inciso 1°, Modificado, Decreto 772 de 1975, Art. 5°.- “Los padres son responsables, en la administración de los bienes del hijo, por toda disminución o deterioro que se deba a culpa aun leve, o a dolo”. En los anteriores términos se modifica el artículo 32 del Decreto 2820 de 1974.

La responsabilidad para con el hijo se extiende a la propiedad y a los frutos en los bienes en que tiene la administración pero no el usufructo; y se limita a la propiedad en los bienes de que son usufructuarios.

Código Civil

ART. 299.- Modificado, Decreto 2820 de 1974, Art. 33.- Tanto la administración como el usufructo cesan cuando se extingue la patria potestad y cuando por sentencia judicial se declare a los padres que la ejercen responsables de dolo o culpa grave en el desempeño de la primera.

Se presume culpa cuando se disminuyen considerablemente los bienes o se aumenta el pasivo sin causa justificada.

Código Civil

ART. 300.- Modificado, Decreto 2820 de 1974, Art. 34.- No teniendo los padres la administración de todo o parte del peculio adventicio ordinario o extraordinario, se dará al hijo un curador para esta administración.

Inciso 2°.- Modificado, Decreto 772 de 1975, Art. 6°.- El inciso 2° del artículo 300 del Código Civil quedará así:

“Pero quitada a los padres la administración de aquellos bienes del hijo en que la ley les da el usufructo, no dejarán por esto de tener derecho a los frutos líquidos, deduci-

dos los gastos de administración". En los anteriores términos se modifica el artículo 34 del Decreto 2820 de 1974.

Código Civil

ART. 301.- Modificado, Decreto 2820 de 1974, Art. 35.- En el caso del artículo precedente, los negocios del hijo de familia no autorizados por quien ejerce la patria potestad o por el curador adjunto, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional o industrial.

Pero no podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado (excepto en el giro ordinario de dicho peculio), sin autorización escrita de los padres. Y si lo hiciere no será obligado por estos contratos sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos.

Código Civil

ART. 302.- Modificado, Decreto 2820 de 1974, Art. 36.- Los actos o contratos que el hijo de familia celebre fuera de su peculio profesional o industrial y que sean autorizados o ratificados por quien ejerce la patria potestad, obligan directamente a quien dio la autorización y subsidiariamente al hijo hasta la concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos negocios.

Código Civil

ART. 303.- No se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del Juez, con conocimiento de causa.

Para efectos de establecer qué clases de bienes de propiedad de los hijos no emancipados son administrados por los padres, aquéllos deben diferenciarse, según que su origen sea a título oneroso, o a título gratuito.

Si lo primero, esos bienes deben ser administrados por los padres, por mandato legal; si lo segundo, y en la eventualidad de que el donante, causante o testador haya impuesto como condición para la donación, herencia o legado que la administración de esos bienes no sea efectuada por los padres, éstos carecerían de esa facultad.

Pero si no se impone tal condición, la administración, pese a su origen gratuito, corresponderá a los padres.

Con todo, debe precisarse que la condición que imponga el donante o testador, de que el padre, madre, o ambos, no puedan administrar los bienes donados o testados, no priva a aquéllos del usufructo, a menos que expresamente se señale.

Es claro, sin embargo, que de acuerdo a las disposiciones complementarias del Código de la Infancia y la Adolescencia, la administración de los bienes de los hijos debe hacerse en forma eficiente, de tal forma que no se pongan en peligro los intereses del menor, no solo porque ello corresponde a los derechos de protección previstos en el artículo 20 de dicho estatuto, sino también porque si hay una administración que amenace el patrimonio del menor, es deber del Defensor de Familia iniciar las acciones encaminadas a obtener la privación de la misma e, inclusive, a lograr el restablecimiento de los derechos y la reparación de los perjuicios que pudieren habersele ocasionado al hijo no emancipado, por causa de una deficiente administración.

Además, el Código Civil establece unas severas sanciones civiles para aquella persona que, habiendo administrado los bienes del hijo, haya incurrido en responsabilidad por culpa grave o dolo, consistentes en dos efectos concretos, según lo establecido en el artículo 172 del Código Civil, con la reforma introducida por el artículo 8º del Decreto 2820 de 1974, así:

- (i) La pérdida del usufructo legal sobre los bienes del hijo; y,
- (ii) La pérdida del derecho a sucederle.

Inclusive, según el contenido del artículo 5º, del Decreto 772 de 1975, que modificó el inciso primero del artículo 32 del Decreto 2820 de 1974, el que, a su vez, había subrogado el artículo 298 del Código Civil, los padres responden por toda disminución o deterioro que se deba a culpa aun leve, o a dolo, en la administración de los bienes del hijo. Y esa responsabilidad para con el hijo se extiende, según se presenten dos circunstancias:

- a) Si se refiere a bienes respecto a los cuales los padres sólo tienen la administración, pero no el usufructo, la responsabilidad incluye tanto la propiedad, como los frutos de los bienes que administran;
- b) Pero si se refiere a bienes respecto a los que sólo se tenga el derecho de usufructo, la responsabilidad se limita a la propiedad, es decir, no incluye los frutos.

10.3.2.1.4 Usufructo legal de los bienes del hijo de familia

Código Civil

ART. 823.- El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible.

Código Civil

ART. 824.- El usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes, el del nudo propietario y el del usufructuario.

Tiene, por consiguiente, una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad.

Código Civil

ART. 291.- Modificado, Decreto 2820 de 1974, Art. 26.- El padre y la madre gozan por iguales partes del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, exceptuados:

1. El de los bienes adquiridos por el hijo como fruto de su trabajo o industria, los cuales forman su peculio profesional o industrial.

2. El de los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador haya dispuesto expresamente que el usufructo de tales bienes corresponda al hijo y no a los padres; si sólo uno de los padres fuere excluido, corresponderá el usufructo al otro.

3. El de las herencias y legados que hayan pasado al hijo por indignidad o desheredamiento de uno de sus padres, caso en el cual corresponderá exclusivamente al otro.

Los bienes sobre los cuales los titulares de la patria potestad tienen el usufructo legal, forman el peculio adventicio ordinario del hijo; aquellos sobre los cuales ninguno de los padres tiene usufructo, forman el peculio adventicio extraordinario.

Código Civil

ART. 292.- Modificado, Decreto 2820 de 1974, Art. 27.- Los padres gozan del usufructo legal hasta la emancipación del hijo.

Código Civil

ART. 293.- Modificado, Decreto 2820 de 1974, Art. 28.- Los padres no son obligados a prestar caución en razón de su usufructo legal.

Código Civil

ART. 294.- El hijo de familia se mirará como emancipado y habilitado de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial⁸.

Al examinar los preceptos que regulan el derecho de dominio o propiedad, debemos recordar la definición contenida en el artículo 823 del Código Civil, la cual le da

⁸ La habilitación de edad ya no existe (Ley 27 de 1977).

la naturaleza de derecho real, “consistente en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible, o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible”. Y en el artículo 824 se expresa que el usufructo está conformado por dos derechos coexistentes: el de la nuda propiedad, y el derecho al goce y disfrute de la cosa.

Ello no significa, entonces, que el usufructuario tenga la calidad de dueño del bien, sino que es un mero tenedor frente al nudo propietario. Así lo explica la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando dice: “Si bien es verdad que el usufructo constituye un derecho real cuya titularidad corresponde al usufructuario (C. C., 665 y 670) y que éste puede promover acciones de índole posesoria en defensa del goce de su derecho (C.C., 978), no es menos cierto que dicho usufructuario no tiene calidad de dueño del bien o bienes sobre que recae el usufructo y que, en beneficio de la coexistencia de este derecho con el de nuda propiedad, la ley considera al mismo usufructuario como mero tenedor frente al nudo propietario y atribuye a éste la posesión de los bienes mencionados (C. C., 775 y 786). De manera que el nudo propietario es el poseedor de las cosas dadas en usufructo y ejerce esa posesión por conducto del usufructuario”⁹.

Pues bien: respecto del usufructo de bienes propios de las personas menores de edad que estén sometidas a la patria potestad, ese derecho corresponde a los padres *conjuntamente*, al tenor de lo señalado por el citado artículo 307 del C.C. Y como también lo señalamos, si uno de ellos falta, ese derecho corresponde al otro y, en caso de conflicto sobre su ejercicio, éste será resuelto por el Juez de Familia.

Pero en este caso, como se trata de derechos meramente patrimoniales que no miran sino al interés individual de sus titulares, es un derecho que puede renunciarse, tal como lo tiene previsto el artículo 15 del mismo estatuto civil. De hecho, como quiera que las rentas originadas en el usufructo legal de los padres de familia se gravan en cabeza de quien la ejerza, así como las ganancias ocasionales de los hijos menores, la misma legislación tributaria contempla la figura de la renuncia del usufructo legal, para efectos fiscales, siempre y cuando se cumplan determinadas formalidades.

De conformidad con el artículo 24 del Decreto 187 de 1975, las rentas que tengan origen en el usufructo legal de los padres de familia sobre bienes de los hijos no emancipados, se gravarán en cabeza de quien ejerza la patria potestad, siendo lo más corriente que esto ocurra de manera conjunta entre los dos padres. Solo que, para efectos tributarios, la renuncia al usufructo legal sólo es válida cuando se haga por

⁹ C.S. de J., Sentencia julio 7 de 1961, G. J., t. XCVI, p. 142.

medio de una escritura pública, y produce efectos a partir del año gravable en que se otorgue el respectivo instrumento, según lo expresado en la misma norma.

Por lo anterior, los padres deberán incluir en sus declaraciones de renta los ingresos, costos y/o deducciones provenientes u originados de los bienes de los hijos menores de edad, de los cuales ostenten el usufructo legal; empero, si ellos renuncian al usufructo legal, las rentas derivadas de estos bienes deberá ser declarada por el hijo menor de edad, y solo en el caso de estar obligado a declarar.

Pero el usufructo no está autorizado sobre todos los bienes del hijo. El artículo 291 del estatuto civil contempla algunas excepciones, a saber:

- a) El de los bienes adquiridos por el hijo como fruto de su trabajo o industria, los cuales forman su peculio profesional o industrial;
- b) El de los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador haya dispuesto expresamente que el usufructo de tales bienes corresponde al hijo y no a los padres, o cuando excluye a alguno de ellos;
- c) Los bienes conformados por herencias y legados que hayan pasado al hijo por indignidad o desheredamiento de uno de sus padres, caso en el cual corresponderá exclusivamente al otro padre.

Esta misma norma aclara que los bienes sobre los cuales los titulares de la patria potestad tienen el usufructo legal, conforman el peculio adventicio ordinario del hijo; y aquellos sobre los cuales ninguno de los padres tiene el usufructo, forman el peculio adventicio extraordinario.

Como vimos, entonces, puede suceder que los bienes del hijo sean el producto de una donación, herencia o legado, en cuyo caso puede el donante o legatario imponer como condición que quienes ejerzan la patria potestad sean privados del usufructo, pues así lo autoriza el artículo 296 del Código Civil. Pero el hecho de que se imponga esa condición, o sea, que los padres sean privados del usufructo, no por esa causa se les priva de la administración, a menos de expresarlo aquéllos.

Por último, anótese que el derecho al usufructo legal de los bienes de los hijos se puede perder, entre otros casos, por los siguientes motivos:

- a) Porque no se cumplen las disposiciones relacionadas con el inventario solemnemente de bienes del hijo de familia, o la testificación de que no tiene bienes propios administrados por el padre que pretenda celebrar nuevas nupcias; y,

- b) Porque el padre haya administrado con culpa grave o dolo los bienes del hijo¹⁰.

10.3.3 Inventario solemne de bienes por nuevas nupcias o unión marital de hecho

Inicialmente, téngase en cuenta que los padres tienen estas prerrogativas en relación con el ejercicio de la patria potestad: de un lado, no están obligados a prestar caución o garantía de ninguna naturaleza por ejercer el usufructo legal de los bienes de los hijos (C.C., Art. 293); y, del otro, no están obligados a hacer inventario de los bienes del hijo que ellos administran, aunque sí deben llevar una descripción circunstanciada de dichos bienes, desde que comience la administración, es decir, es aconsejable que tengan registros y asientos contables para poder rendir cuentas de su gestión, en el momento en que sea necesario.

No obstante las prerrogativas antes dichas, el Código Civil (Art. 297, modificado por el artículo 31 del Decreto 2820 de 1974), leído bajo la óptica de la evolución jurisprudencial que le ha dado la Corte Constitucional, establece una salvedad referente a la circunstancia de que alguno de los padres, o ambos, celebraren un nuevo matrimonio, o bajo cualquier forma establezcan una nueva unión marital, pues en este caso sí se aplican las normas contempladas en los artículos 169 y siguientes del mismo estatuto.

En efecto, la legislación civil ordena a la persona que, teniendo hijos de un anterior matrimonio (o de cualquier otra clase de uniones) y que continúen sometidos a la patria potestad, o se encuentren bajo tutela o curatela, quisieren volver a casarse, o a establecer una unión marital de hecho, deben proceder a la confección de un inventario solemne de los bienes que siendo propios de los hijos, estén administrados por el padre que va a pasar a contraer otras nupcias o a establecer una unión marital.

Para estos efectos, es necesario promover y desarrollar un proceso de jurisdicción voluntaria, a través del cual el Juez de Familia nombrará un curador a los hijos, con dos propósitos:

- a) Que elabore un inventario de los bienes del hijo de familia; o,
- b) Que testifique que tal hijo no tiene bienes propios administrados por el padre que va a pasar a nuevas nupcias, o a iniciar una unión marital de hecho.

¹⁰ Recuérdese que al tenor de lo dispuesto por el artículo 63 del C.C., “Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo”.

Mientras ello no ocurra, el Juez o Notario no podrán autorizar el matrimonio, hasta que la persona que pretenda celebrarlo entregue copia auténtica de la providencia mediante la cual el Juez competente designó curador a los hijos, del auto que le discernió el cargo y del inventario de los bienes del menor, o de la testificación de que no tiene bienes.

No obstante lo aquí dicho, es conveniente hacer las siguientes observaciones, relacionadas con modificaciones o novedades introducidas en esta parte del articulado del Código Civil, a saber:

- a) De un lado, que las expresiones “de precedente matrimonio” y “volver a”, del artículo 5º, del Decreto 2820 de 1974, el cual subrogó el artículo 169 del Código Civil, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-289, de marzo 15 de 2000, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, porque, a juicio de la Corte, conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 42 de la Constitución Política, el vocablo “casarse” y la expresión “contraer nuevas nupcias”, contenidos en dichas normas, deben ser entendidos bajo el supuesto de que la misma obligación que se establece para la persona que habiendo estado ligada por matrimonio anterior, quisiere volver a casarse, se predica también respecto de quien resuelve conformar una unión libre de manera estable, con el propósito responsable de formar una familia, a efecto de asegurar la protección del patrimonio de los hijos habidos en ella.
- b) Del otro, que por medio del artículo 7º del Decreto 2817 de 2006, por el cual se reglamentó el artículo 37 de la Ley 962 de 2005, y en cuyo artículo 37 se le otorgan competencias a los notarios sobre algunas materias, se les asignó a ellos el trámite del inventario de bienes de menores que se encuentren bajo patria potestad cuando los padres estén administrándolos y quieran contraer matrimonio o establecer una unión libre.

Ciertamente, dicho artículo dispone que, previamente a la declaratoria de la conformación de una unión marital de hecho (“unión libre de manera estable”, como la menciona la norma), se debe cumplir el requisito de presentar ante Notario un inventario solemne de los bienes pertenecientes a sus hijos menores, cuando el padre o madre estén administrándolos. Lo que, en otras palabras, significaría que no es procedente la declaratoria de tal existencia, si no satisface previamente los supuestos a que se refiere la mencionada disposición legal en defensa de los derechos patrimoniales de los menores de edad. Y es ese el sentido con el que actúan los notarios públicos que, según el citado precepto legal, son los encargados del trámite del inventario de bienes de menores que se encuentren bajo patria potestad cuando los padres estén administrándolos y quieran

contraer matrimonio o establecer una unión libre. Pero, hasta ahora, la posición de los notarios ha venido siendo la de negar la aprobación del acto (acta de conciliación, o escritura pública) mediante la cual las partes convienen la declaratoria de existencia de la unión marital de hecho, si no se ha satisfecho el mencionado requisito. Solo que ahora es preciso corregir esa postura, en cuanto que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia proferida el 15 de noviembre de 2012, con ponencia del magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez, perentoriamente determinó que la negación de la aprobación de un acuerdo de esa naturaleza es improcedente y violatorio de normas y principios de rango constitucional “y, por ende, no deriva en la contemplación de un requisito “nuevo” para acceder a las pretensiones de declaración de existencia de la unión marital de hecho, de tal manera que cercene el camino a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes”.

En términos generales, lo que sostiene la Corte Suprema es que hay unión marital de hecho cuando se da una comunidad de vida entre dos personas, de igual o diferente sexo, con ánimo de singularidad y permanencia, sin que la Ley vigente contemple requerimientos adicionales, que puedan restringirla o entrabarla, entre ellos la realización de inventarios o actos particulares de constitución que desdibujen su esencia y que, de existir, serían claramente violatorios de principios del orden superior que buscan proteger a la familia como pilar de la sociedad.

Desde luego que la Sala Civil de Casación, en la sentencia mencionada, hace un cuidadoso análisis de los alcances y efectos de los artículos 169 a 171 del Código Civil; de su redacción original y de las modificaciones introducidas a los mismos por el Decreto 2820 de 1974; de la revisión de constitucionalidad hecha por la Corte Constitucional, en la cual se precisan los fines de la elaboración del inventario solemne, o de la testificación de que los menores no emancipados no tienen bienes, para quienes pretenden contraer nupcias, y de cómo “la misma obligación se predica también respecto de quien resuelve conformar una unión libre de manera estable, con el propósito responsable de formar una familia, a efecto de asegurar la protección del patrimonio de los hijos habidos en ella”.

La Corte Suprema recuerda en esta sentencia que para la Corte Constitucional, “el propósito de las normas (...) es la protección del patrimonio de los hijos. En tal virtud, no existe justificación constitucional que aquéllas solamente protejan el patrimonio de los hijos habidos dentro de las relaciones matrimoniales y no los originados en una unión libre o extramatrimonial”, basada en la consideración de que “todas las familias y los hijos son iguales y merecen idéntica protección”, razón por la cual “no existe una razón objetiva y válida que justifique el trato diferenciado, pues los bienes de los hijos, sin que importe su origen, merecen la misma protección”.

Pero lo que considera la Sala Civil de la Corte Suprema es que, independientemente de la extensión de este articulado del Código Civil a las hijas habidas de una precedente relación, de personas que van a declarar la formación de una comunidad de vida permanente y singular, por ninguna parte aparece “el ánimo de establecer requisitos para el surgimiento de las “uniones maritales de hecho” de tal manera que tenga el alcance de “modificar” en tal sentido la Ley 54 de 1990”. Es decir, según las mismas palabras de aquel organismo, la preexistencia del inventario solemne de bienes al que se refiere el artículo 169 del Código Civil, no puede convertirse en una exigencia para la estructuración de una unión marital, o, expresado en otras palabras, esta norma no consagra un requisito adicional a las exigencias de aquélla.

Explica la Corte que “Si bien del nuevo enfoque de los artículos 169 y 171 del Código Civil nace una carga para las personas que van a contraer nupcias o consolidar una relación con ánimo de permanencia, de elaborar un inventario de los bienes bajo su administración, pertenecientes a los hijos nacidos con anterioridad y sometidos a patria potestad o guarda, no quiere decir que su desatención imposibilite el nacimiento de la “unión marital de hecho”, sino que genera como consecuencia para el padre omiso “la pérdida del usufructo legal de los bienes de los hijos” y una responsabilidad indemnizatoria por los perjuicios que se deriven de tal comportamiento”.

La comentada sentencia remata diciendo lo siguiente:

“A pesar de que el primer inciso del último precepto referido, en lo que se refiere a la exequibilidad condicionada de que fue objeto, queda bajo la lectura de que “[e]l juez se abstendrá de autorizar el matrimonio hasta cuando la persona que pretenda contraer nuevas nupcias [o conformar una unión libre de manera estable] le presente copia auténtica de la providencia por la cual se designó curador a los hijos, del auto que le discernió el cargo y del inventario de los bienes de los menores”, no puede entenderse como una restricción para el funcionario judicial encargado de tramitar los procesos de “existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes”, toda vez que su función en ningún momento es la de “autorizar” una situación sino “declararla”, ante la fuerza de los elementos de prueba que se ponen a su disposición.

Interpretarlo en sentido contrario, sería tanto como admitir que la familia sólo nace de “vínculos (...) jurídicos”, pues al condicionar la unión marital de hecho a un concepto previo de autoridad competente, pasando por alto la realidad que brota de la convivencia como su razón de ser, sería ir en contra de lo que señala el artículo 42 superior como una de sus manifestaciones, esto es los “vínculos naturales (...) por la voluntad responsable de conformarla”.

Se constituiría, igualmente, en fuente de inequidad respecto de los integrantes de las parejas que optan por adelantar un proyecto de vida, alejado de los rigorismos que

exige el matrimonio, pues la omisión consciente en la elaboración del inventario por parte de quien tiene hijos antes de la formalización de la unión, sería el mecanismo idóneo para lesionar los derechos del que no puede ser considerado su “compañero permanente”. Sin entrar a estudiar la situación particular que se presenta en este caso, cuando la persona que propició la irregularidad que denuncia como causal impeditiva del nacimiento y existencia de la unión marital, la aquí impugnante extraordinaria, fue la que omitió la realización de los inventarios que echa de menos y de cuya ausencia pretende obtener, en su particular beneficio, la ineficacia, tanto de la unión marital como del surgimiento de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes”.

En este orden de ideas, pensamos nosotros que los notarios públicos, o cualquier otra autoridad competente, no pueden oponerse a la declaratoria de existencia de la unión marital de hecho de personas que, teniendo hijos no emancipados de una precedente relación, no hayan confeccionado el inventario solemne de bienes que estén administrando, al que se refiere el varias veces citado artículo 169 del Código Civil, sin perjuicio de los efectos sancionatorios previstos en el segundo inciso del artículo 171 del mismo estatuto.

10.3.3.1 Trámite del inventario solemne de bienes ante notario público

Por último, téngase en cuenta que el artículo 617 del Código General del Proceso dio facultades a los notarios públicos para que, sin perjuicio de las competencias establecidas en ese Código y en otras Leyes, puedan conocer y tramitar, entre otros asuntos, del inventario solemne de bienes propios de menores bajo patria potestad, o mayores discapacitados, en caso de matrimonio, de declaración de unión marital de hecho, o declaración de sociedad patrimonial de hecho de uno de los padres, así como de la declaración de inexistencia de bienes propios del menor o del mayor discapacitado cuando fuere el caso, de conformidad con lo establecido en los artículos 169 y 170 del Código Civil.

Sin perjuicio de la competencia atribuida por la Ley a los jueces correspondientes, la aplicación efectiva de esta norma está reglamentada en el Decreto 1664, del 20 de agosto de 2015, en cuya Sección 2, Subsección 3, se refiere al inventario solemne de bienes propios de menores bajo patria potestad o mayores discapacitados, en los casos de matrimonio, declaración de unión marital de hecho o de sociedad patrimonial de hecho de uno de padres, así como también en la declaración de inexistencia de bienes propios del menor o mayor discapacitado cuando fuere el caso, de conformidad con lo establecido en los artículos 169 y 170 del Código Civil.

En efecto, el Decreto dispone que, sin perjuicio de la competencia judicial, quien, teniendo hijos menores edad bajo patria potestad o mayores incapaces, pretenda

contraer matrimonio civil, declarar la existencia de su unión marital hecho o de su sociedad patrimonial hecho, con persona diferente al otro progenitor del menor o mayores incapaces, deberá presentar el inventario solemne de bienes cuando los esté administrando, o una declaración de inexistencia de los mismos, según las reglas establecidas en esa nueva normatividad.

El nuevo Decreto hizo claridad sobre un aspecto que se prestaba para mucha controversia y dificultaba los trámites notariales, al disponer que si el menor de edad, o mayor incapaz, es hijo de la misma pareja que pretende casarse, declarar la unión marital de hecho o la formación de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, no se requiere del inventario ni de la declaración de inexistencia de bienes a la que se refiere la norma.

En ese mismo Decreto se establecen los requisitos para la solicitud ante Notario Público, y los anexos que deben acompañarla, así como el trámite propio de la designación del curador especial.

El inventario deberá presentarlo el curador, ante el Notario, por escrito y bajo la gravedad del juramento que se entenderá prestado por hecho de la firma. En los casos de inexistencia de bienes, el curador deberá manifestarlo mediante declaración extra proceso que se protocolizará en la respectiva escritura pública de matrimonio civil ante notario, declaratoria de la unión marital hecho o de la formación de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes (o sociedad patrimonial de hecho, como dice la norma).

Aprobado el inventario, el notario deberá proceder a extender y autorizar la correspondiente escritura pública.

El inventario solemne de bienes pertenecientes a menores o mayores incapaces y las declaraciones de inexistencia de los mismos, tendrán una vigencia de seis (6) meses.

10.3.4 Limitaciones al ejercicio de la patria potestad

Los derechos consagrados en la Ley para el ejercicio de la patria potestad, tienen algunas limitaciones que, en esencia, son las siguientes:

10.3.4.1 Limitaciones respecto al ejercicio de un empleo o cargo público, por el menor de edad

No obstante que según las normas del Código Sustantivo del Trabajo, la capacidad para celebrar contratos individuales de trabajo abarca a todas las personas que hayan

cumplido dieciocho (18) años de edad; hay eventos en que los menores de esa edad trabajan, aunque necesitan para ello autorización escrita del Inspector de Trabajo o, en su defecto, de la primera autoridad local, a solicitud de los padres, y a falta de éstos, del Defensor de Familia.

Pero, a pesar de que resulte extraño y de escasa ocurrencia, puede acontecer que un menor de edad ejerza un empleo o cargo público. En esta eventualidad, la patria potestad no se extiende a ese menor en lo que tiene que ver con los actos que ejecuta por razón de esa posición como servidor público.

10.3.4.2 Limitaciones respecto a la administración y disposición de los bienes

Respecto a los actos de administración de bienes inmuebles de hijos menores, el Código Civil establece unas limitaciones, fundamentadas en los artículos 301 y siguientes, modificados por el Decreto 2820 de 1974. No obstante, algunas de estas normas legales referían las limitaciones a las impuestas en el mismo estatuto para los tutores o curadores. Pero los artículos 428 y siguientes del mismo Código Civil, que correspondían al Título XXII, “*De las Tutelas y Curadurías en General*”, fueron derogadas por la Ley 1306, del 5 de junio de 2009, razón por la cual creemos que, en tratándose de esta materia, a las mencionadas normas les son aplicables los preceptos de la Ley últimamente mencionada, en cuanto que ella consagra las reglas de representación y administración de personas jurídicamente inhábiles o incapaces, las cuales son ejercidas por el curador (Ley 1306 de 2009, Arts. 88 y ss.).

Del conjunto de estos preceptos legales se extractan las siguientes limitaciones y prohibiciones:

- a) No pueden los padres hacer donaciones de ninguna parte de los bienes inmuebles del hijo, aun con previo decreto judicial, porque así lo prohíben expresamente los artículos 304 y 307 del Código Civil.
- b) Los bienes raíces del hijo, aunque pertenezcan a su peculio profesional, no pueden ser enajenados ni hipotecados por los padres, sin autorización del Juez, “con conocimiento de causa” (C.C., Art. 303).

Sobre este aspecto, es menester advertir que, según los preceptos del desaparecido artículo 484 del Código Civil, “La venta de cualquier parte de los bienes del pupilo... se hará en pública subasta”. Empero, al examinar el contenido de los artículos 88 y siguientes de la Ley 1306 de 2009, se observa que esa exigencia de la pública subasta ya no se contempla, aunque sí la autorización judicial para los actos onerosos

de carácter conmutativo y disposición o enajenación de bienes o derechos de contenido patrimonial, divisiones de comunidades, transacciones y compromisos distintos de los del giro ordinario de los negocios, cuya cuantía sea superior a los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales.

Por lo tanto, tenemos la impresión de que, ante la vigencia de esa nueva Ley, ahora la enajenación o gravamen de bienes raíces del hijo no emancipado, aunque exige autorización del Juez, “con conocimiento de causa”, no hay necesidad de hacerla a través de subasta pública. Cosa que parece de mucha importancia, porque no obstante la buena voluntad del legislador de proteger el patrimonio de los menores e incapaces, este último trámite se había convertido no solo en un serio obstáculo para disponer sana, provechosa y oportunamente de los bienes del hijo, sino que, en la práctica, terminó presidiéndose para todo tipo de especulaciones, trabas, riesgos patrimoniales y componendas.

Las anteriores consideraciones no impiden al Juez tomar pleno conocimiento de causa, hacer las evaluaciones que correspondan sobre la conveniencia o inconveniencia de determinados negocios hechos por los padres en representación y a nombre del hijo, e, inclusive, sobre el uso y destino de los recursos provenientes de la venta o enajenación de los bienes, incluida la posibilidad de pedir estudios de factibilidad, planes de negocios o, en general, todos aquellos aspectos que garanticen que los recursos dinerarios del menor no van a quedar ociosos.

Desde el punto de vista procesal, debe señalarse que el artículo 653 del Código de Procedimiento Civil reglamentaba las licencias o autorizaciones, y ordenaba fijar el término dentro del cual debían utilizarse, disponiendo que no podía exceder de seis meses, bajo la advertencia de que, una vez vencido, se entenderían extinguidas.

Así mismo, la norma disponía que cuando se autorizara la venta de bienes de incapaces, o de declarados ausentes, se exigiera previamente un avalúo de los mismos, y también ordenaba realizarla en pública subasta.

Esta disposición fue sustituida por el artículo 581 del Código General del Proceso, el cual ordena que “para enajenación de bienes de incapaces, deberá (...) expresarse la destinación del producto”, advirtiendo que “Cuando se concedan licencias o autorizaciones, en la sentencia se fijará el término dentro del cual deban utilizarse, que no podrá exceder de seis (6) meses, y una vez vencido se entenderán extinguidas”, aunque también elimina la exigencia de que ese trámite se haga en pública subasta, “pero el Juez tomará las medidas que estime convenientes para proteger el patrimonio del incapaz”.

No obstante la claridad del texto contenido en este artículo 581, nos parece necesario concordarlo con el artículo 617 del mismo estatuto, porque al referirse éste a los trá-

mites notariales, establece que sin perjuicio de las competencias establecidas en el Código General del Proceso y en otras leyes, los notarios podrán conocer y tramitar, a prevención, entre otros asuntos, “De la autorización para enajenar bienes de los incapaces, sean éstos mayores o menores de edad, de conformidad con el artículo 581 de este código”, estipulando también que “Cuando en estos asuntos surjan controversias o existan oposiciones, el trámite se remitirá al Juez competente”.

Creemos, entonces, que esa autorización puede ser dada por los notarios públicos, y que sólo cuando exista controversia, o haya oposiciones, corresponderá a éstos enviar el trámite para la resolución del Juez competente. No obstante, queda la duda de si el notario que haga el trámite debe tomar medidas protectoras del patrimonio del incapaz, cuáles podrían ser tales medidas, y si también es procedente la exigencia de que en la escritura de venta del bien del incapaz se exprese la destinación del producto o precio de la venta.

Por último, debe advertirse que, según las disposiciones contenidas en el artículo 1º de la Ley 67 de 1939, estas medidas de protección de los incapaces también se extienden a la enajenación de los derechos de herencia del menor sometido a patria potestad, o a guarda, y que, cuando los incapaces pretendan ser socios de sociedades civiles o mercantiles, se requiere que actúen por conducto de sus representantes legales o con su autorización, sin que puedan aportar derechos reales sobre inmuebles, salvo que se tramite y obtenga la correspondiente licencia judicial o notarial.

- c) No pueden los padres aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino con las limitaciones impuestas a los tutores o curadores, según lo dispone el artículo 37 del Decreto 2820 de 1974, que subrogó el artículo 304 del Código Civil.

Empero, sobre esta prohibición deben tenerse en cuenta las normas que contienen los artículos 93 y 94 de la Ley 1306 de 2009, en razón a que los artículos 480 y siguientes del Código Civil, que se referían a la *Administración de los Tutores y Curadores relativos a los Bienes*, fueron derogados expresamente por el artículo 119 de dicha Ley.

10.3.4.3 Limitaciones respecto a la disposición de bienes y derechos del hijo no emancipado

- a) No se podrán enajenar los derechos hereditarios del menor sometido a patria potestad, o guarda, sin autorización del Juez, con conocimiento de causa (Ley 67 de 1930, Art. 1º, C.C., Art. 303).
- b) No pueden los padres dar en arrendamiento, ni parcial, ni totalmente, los predios rústicos o rurales del hijo, por un período superior a ocho (8) años.

- c) Tampoco pueden los padres dar en arrendamiento, ni parcial, ni totalmente, los predios urbanos del hijo, por un período superior a cinco (5) años.

Se aclara que, ya se trate de bienes inmuebles rurales o urbanos de propiedad del hijo, el arrendamiento en ningún caso puede exceder el número de años que falten a éste para su emancipación legal.

Según las voces del artículo 304 del Código Civil, si el padre o madre o, en general, el representante legal del menor, contratare un arrendamiento superando los límites temporales a que dicha norma se refiere, “no será obligatorio el arrendamiento para el pupilo y para el que le suceda en el dominio del predio”.

- d) Los padres deben obtener autorización o decreto judicial, de manera previa, para hacer donaciones de dinero y otros bienes del hijo, pero el Juez sólo las autorizará, por causa grave, según lo limitan los artículos 93 y 94 de la Ley 1306 de 2009, en razón a que el artículo 491 del Código Civil fue derogado expresamente por el artículo 119 de dicha Ley.
- e) Los padres no podrán aportar, a nombre del hijo sometido a su patria potestad, derechos reales sobre inmuebles en las sociedades mercantiles (C. Co., Art. 103, Modificado, Ley 222 de 1995, Art. 2º y sentencia de la Corte Constitucional, C-716, de agosto 23 de 2006, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra).
- f) El hijo sometido a la patria potestad no podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado (excepto en el giro ordinario de su peculio adventicio ordinario o extraordinario), sin autorización escrita de los padres.

Inclusive, el inciso segundo del artículo 301 del Código Civil, según la modificación que se le introdujera por el artículo 35 del Decreto 2820 de 1974, dispone que si el hijo lo hiciera, no será obligado por estos contratos, sino hasta la concurrencia del beneficio que haya reportado por los mismos. Y, además, que si el hijo de familia celebra actos o contratos por fuera de su peculio profesional o industrial, que hayan sido autorizados o ratificados por sus padres, obligan directamente a quien dio a autorización y, subsidiariamente, al hijo, hasta la concurrencia que éste hubiere reportado de dichos negocios (C.C., Art. 302, modificado por el artículo 36 del Decreto 2820 de 1974).

- g) Los padres de familia no podrán repudiar los actos gratuitos interesados o modales en favor del hijo, salvo autorización judicial. “Las herencias podrán ser aceptadas libremente, pero se presumirá de Derecho que han sido aceptadas con beneficio de inventario”. (Ley 1306 de 2009, Art. 93).

- h) Los padres de familia tampoco pueden imponer obligaciones alimentarias o cualquier otra prestación de carácter solidario a favor de familiares o allegados del menor, sin autorización judicial, pero en ningún caso se destinarán bienes del pupilo a atender necesidades suntuarias de los beneficiarios (Ley 1306 de 2009, Art. 93).

10.3.4.4 De la autorización notarial para enajenar bienes de los incapaces, sean éstos mayores o menores de edad

El citado artículo 617 del Código General del Proceso también dio facultades a los notarios públicos para que, sin perjuicio de las competencias establecidas en dicho Código y en otras Leyes, puedan conocer y tramitar, entre otros asuntos, la autorización para enajenar bienes de los incapaces, sean éstos mayores o menores de edad.

El desarrollo de esta disposición procesal, también se encuentra reglamentado en el Decreto 1664, del 20 de agosto de 2015, en la Sección 2, Subsección 1, titulada “De la autorización notarial para enajenar bienes de los incapaces, sean estos mayores o menores de edad”.

El artículo 2.2.6.15.2.1.1., del citado Decreto, establece que “Sin perjuicio de la competencia judicial, la solicitud y trámite correspondiente de autorización para enajenar bienes o cuotas partes de estos, cuya propiedad sea de menores de edad o de incapaces mayores de edad, podrá hacerse por escritura pública, ante notario”, y ordena que la solicitud sea suscrita por los padres del menor o los guardadores, según el caso.

Estas disposiciones legales prohíben que se presenten solicitudes para enajenar una universalidad de bienes del incapaz.

El Decreto establece los requisitos que deben cumplirse para hacer la solicitud ante el notario público, obliga a expresar las razones por las cuales se justifica la necesidad de enajenar el bien o los bienes, o una cuota parte los mismos, y exige la intervención del Defensor de Familia del lugar del domicilio del menor, o el de la personería municipal o distrital del domicilio del mayor incapaz, para que en el término de quince (15) días hábiles, contados a partir del tercer día hábil siguiente al envío de la comunicación certificada, “el defensor o el personero se pronuncie aprobando, negando o condicionando la enajenación del bien o de los bienes objeto la solicitud”. Si, transcurrido dicho término, no se pronuncian, el notario continuará con el trámite, dejando constancia de lo ocurrido en la escritura pública correspondiente.

Cuando el concepto del Defensor Familia o del Personero Distrital o Municipal sea desfavorable, el notario remitirá la documentación al juez competente, lo informará a los solicitantes y a dichas autoridades, según corresponda.

10.3.5 De la patria potestad prorrogada

Ya vimos, en otros apartes de esta obra, el concepto y causales de la emancipación, como el “hecho que pone fin a la patria potestad. Puede ser voluntaria, legal o judicial” (C.C., Art. 312), y dijimos que el hijo emancipado es aquel que ha salido de la patria potestad.

Una de las causales de emancipación, prevista en el artículo 314 del mismo Código, es “Por haber cumplido el hijo la mayor edad” (numeral 3°).

También aclaramos que, en casos como éste, de la mayoría del hijo, la emancipación se produce por el solo ministerio de la Ley, o sea, de pleno Derecho. Y sabemos que la mayoría de edad en Colombia se obtiene al cumplir dieciocho (18) años.

Por esas razones, siendo que la capacidad legal habilita a la persona para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra, cuando se cumple la mayoría de edad, surge la capacidad jurídica plena.

No obstante lo anterior, hay casos en que, siendo la persona mayor de edad, no adquiere la plena capacidad jurídica, en razón a alguna discapacidad mental, ya sea absoluta, o relativa.

En estos casos, es menester acudir al análisis de la Ley 1306, del 5 de junio de 2009, “Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de representación legal de incapaces emancipados”.

La Sección Primera de la citada Ley se refiere a “Personas con discapacidad mental absoluta”, y en sus artículos 17 y 18 dispone lo siguiente:

Ley 1306 de 2009

“ART. 17.- EL SUJETO CON DISCAPACIDAD MENTAL ABSOLUTA. Se consideran con discapacidad mental absoluta quienes sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental.

La calificación de la discapacidad se hará siguiendo los parámetros científicos adoptados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación y utilizando una nomenclatura internacionalmente aceptada”.

Ley 1306 de 2009

“ART. 18.- PROTECCIÓN DE ESTAS PERSONAS. Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia, prestar asistencia

personal y jurídica a los sujetos con discapacidad mental absoluta de cualquier edad, de oficio o por denuncia que cualquier persona haga ante la Entidad.

El funcionario del ICBF o cualquier otro ciudadano que reciba noticia o denuncia sobre alguna persona con discapacidad mental absoluta que requiera asistencia, deberá informar inmediatamente al Defensor de Familia, a efectos de que este proceda a tomar las medidas administrativas de restablecimiento de derechos o a interponer las acciones judiciales pertinentes.

PAR.- Las normas sobre vulneración de los derechos, procedimientos y medidas de restablecimiento de los derechos contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, serán aplicables a las personas con discapacidad mental absoluta, en cuanto sea pertinente y adecuado a la situación de estas”.

La Ley 1306 de 2009 establece que estas personas, pese a que padezcan de una discapacidad mental absoluta, “gozarán de libertad, a menos que su internamiento por causa de su discapacidad sea imprescindible para la salud y terapia del paciente o por tranquilidad y seguridad ciudadana”, incluyendo en esa libertad de locomoción “la posibilidad de trasladarse a cualquier lugar del país y del exterior, para lo cual, las autoridades proporcionarán los documentos y el apoyo que sea necesario para el efecto y tomarán referencia de su ubicación únicamente para efectos de su protección”, salvo situaciones de urgencia, que ameriten el internamiento, o disposición judicial en ese sentido.

Precisamente, para efectos de la representación legal del incapaz, se da la posibilidad jurídica de promover la interdicción de estos individuos, como medida de restablecimiento de sus derechos, a solicitud de las personas a que se refieren los artículos 25 y 26 de la citada Ley, trayendo como consecuencia la designación de un curador, o manteniendo la patria potestad en cabeza de los padres del incapaz.

En este último sentido, el artículo 26 se refiere a lo que allí denomina “*Patria potestad prorrogada*”. La norma ordena a los padres, al Defensor de Familia o al Ministerio Público, solicitar “la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta, una vez este (sic) haya llegado a la pubertad y, en todo caso, antes de la mayoría de edad”, y determina que la interdicción “no tiene otra consecuencia que mantener a este adolescente como incapaz absoluto y permitir que opere la prórroga legal de la patria potestad, al cumplimiento de la mayoría de edad”.

Así mismo, se dispone que el Juez imponga a los padres de la persona con discapacidad mental absoluta las obligaciones y recomendaciones de cuidado personal que impondría a los curadores y, si lo considera conveniente o lo solicita el Defensor de Familia, exigirá la presentación de las cuentas e informes anuales de que tratan los artículos 108 a 111 de la mencionada Ley.

Esta patria potestad prorrogada termina por las siguientes causales:

- 1ª Por la muerte de los padres.
- 2ª Por rehabilitación del interdicto.
- 3ª Por matrimonio o unión marital de hecho declarada de la persona con discapacidad; y,
- 4ª Por las causales de emancipación judicial.

10.4 De la responsabilidad parental

Sobre el tema de la responsabilidad parental y la protección de menores se han ocupado varios convenios y tratados internacionales (Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; Convenio de La Haya, del 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores; Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, aprobado por la conferencia de Derecho Internacional Privado del 19 de octubre de 1996).

Según el instrumento internacional últimamente mencionado, y para los fines de ese Convenio, “la expresión ‘responsabilidad parental’ comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño”.

La figura fue introducida en el Código de la Infancia y la Adolescencia, y en dicho estatuto está definida así:

C. de la I. y la A.

“ART. 14.- LA RESPONSABILIDAD PARENTAL. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.

Partiendo de un principio de igualdad de los hijos, sin importar que sean éstos legítimos, extramaritales o adoptivos, el legislador consagra y desarrolla los derechos y las obligaciones entre aquéllos y sus padres.

El Código Civil también consagra un conjunto de obligaciones permanentes respecto de los hijos por sus progenitores y otros ascendientes, en tanto que reglamenta y organiza lo atinente al cuidado personal de los menores por sus padres (C.C., Art. 253).

Igualmente, contempla la posibilidad de que el Juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, pueda confiar el cuidado de los hijos a otras personas que considere competentes, aplicando un criterio de preferencia a los consanguíneos más próximos, y sin que, por el hecho de sacar a los hijos del cuidado del padre o la madre, a éstos se les prohíba visitarlos con la frecuencia y libertad que se juzgare convenientes (C.C., Art. 255).

Así mismo, el artículo 262 del mencionado estatuto faculta tanto a los padres, como a la persona encargada del cuidado personal de los hijos, para vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente, bajo el entendimiento de que “de las sanciones que apliquen los padres y las personas encargadas del cuidado personal de los hijos estará excluida toda forma de violencia física o moral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12, 42 y 44 de la Constitución Política”, como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia C-371, del 25 de agosto de 1994, al declarar la exequibilidad del ya mencionado artículo 262 del Código Civil.

Estas disposiciones también autorizan a los padres para que, de común acuerdo, dirijan la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, salvo que los primeros incurran en mala conducta que haya dado lugar a que el cuidado de sus hijos se hubiere confiado a otra persona, evento en el cual ésta ejercerá dicho derecho.

La patria potestad que consagra el artículo 19 de la Ley 75 de 1968, la cual subrogó el artículo 288 del Código Civil, como ya se mencionó, consiste en un conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitarles el cumplimiento de sus deberes, y supone la representación legal de los menores, la administración de sus bienes y el usufructo de los mismos.

Dentro de este contexto, la responsabilidad parental consagrada en el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia, está concebida como “*un complemento de la patria potestad*”, y clarifica las obligaciones encaminadas a orientar, cuidar, acompañar y criar a los menores, en la búsqueda del nivel más alto de satisfacción de sus necesidades y derechos, proscribiendo cualquier manifestación de violencia.

10.5 Suspensión de la patria potestad

La patria potestad se suspende con respecto a cualquiera de los padres, por su discapacidad mental, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Y ello es así, porque quienes padezcan discapacidad mental absoluta, son incapaces absolutos (Ley 1306 de 2009 Art. 15). Así mismo termina por las causales contempladas en el artículo 315 del Código Civil (Art. 310).

La suspensión se da, entonces, cuando uno de los padres, de manera transitoria o temporal, pierde sus derechos respecto de sus hijos, por haber incurrido en alguna de esas causales, evento en el cual, tales derechos son ejercidos por el otro padre, si conserva la patria potestad.

Las causales de suspensión de la patria potestad que enlista la citada norma del Código Civil son, en su orden, las siguientes:

- a) Por ser el padre persona con discapacidad mental, es decir, que “padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite comprender el alcance de sus actos (...)” (Ley 1306 de 2009, Art. 2º).

Aunque el artículo 315 del Código Civil habla de “demencia”, debe recordarse que conforme al párrafo del artículo 2º de la Ley 1306 de 2009, este término se entenderá sustituido por “persona con discapacidad mental”, y en la valoración de sus actos se aplicará lo dispuesto por dicha Ley.

En estos casos, se considera que la persona tiene discapacidad mental absoluta, cuando la afección o patología que sufre es severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental, según la calificación que se haga, siguiendo los parámetros científicos adoptados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación (Ley 1306 de 2009, Art. 17).

- b) Por estar el padre en entredicho de administrar sus propios bienes, situación que puede presentarse, entre otras circunstancias, tal como lo define la citada norma de la Ley 1306 de 2009, cuando “asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio”.
- c) Por su larga ausencia, situación que para estos efectos no se encuentra definida en la Ley, por lo que será necesario examinar los hechos de cada caso particular, a fin de establecer si esta causal se configura o no, en una situación concreta.

En efecto, aunque el Código Civil hace algunas referencias al desaparecimiento de las personas, o a sus ausencias, pensamos que la causal a la que se refiere

el comentado artículo 309 del Código Civil no tiene una relación directa con estas apreciaciones legales, puesto que, como se trata de exigir el cumplimiento de un deber de protección del menor, será menester valorar el asunto en varios de sus aspectos cuando se analice cada caso en especial.

Puede suceder en algunas ocasiones que, aun sabiéndose el lugar de residencia del padre, éste interrumpa injustificadamente y por largo tiempo su comunicación y trato con el hijo. En casos como éste, en tratándose de una larga falta de trato y comunicación, no solo podría invocarse el hecho como causal de suspensión de la patria potestad, sino que es posible que se estructure un motivo jurídico para impetrar la privación de la misma, por haber abandonado al hijo, conforme a las voces del numeral 2º del artículo 315 del Código Civil.

10.6 De la emancipación

La emancipación es el acto por el cual al padre o a la madre se les desprende de la patria potestad respecto a alguno de sus hijos. “La palabra emancipación viene del verbo latino *emancipare*, que significa soltar de la mano, sacar de su poder, transferir, enajenar, vender”, explica el *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* de Joaquín Escriche.

En nuestro Código Civil, la emancipación del hijo está definida como el hecho que pone fin a la patria potestad (C.C., Art. 312); puede ser voluntaria, legal o judicial.

La emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público, en que los padres declaran emancipar al hijo adulto y éste consiente en ello; y no valdrá si no es autorizada por el juez con conocimiento de causa, además de ser irrevocable (C.C., Art. 313).

La emancipación legal se efectúa (i) por la muerte real o presunta de los padres, (ii) por el matrimonio del hijo, (iii) por haber cumplido el hijo la mayor edad, y (iv) por el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido (C.C., Art. 314).

Y, la emancipación judicial se efectúa, en términos del artículo 315 del Código Civil, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en las siguientes causales:

10.6.1 Por maltrato del hijo

El texto original del artículo 315 del Código Civil establecía esta causal en los siguientes términos: “Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo, en términos de

poner en peligro su vida o de causarle grave daño”, y el artículo 45 del Decreto 2820 de 1974 modificó el texto así: “Por maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño”.

La Corte Constitucional, al hacer un examen de constitucionalidad del numeral 1° del artículo 315 del Código Civil, dispuso la exclusión del ordenamiento jurídico de las expresiones “habitual” y “en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño”, y explicó su postura con las siguientes argumentaciones:

“6. Examen de constitucionalidad del numeral primero del artículo 315 del Código Civil. (...)

La Corte procederá a declarar ajustada a la Constitución la consagración del maltrato del hijo como causal para que un juez decrete la emancipación del hijo y como consecuencia la pérdida de la patria potestad. Además, procederá a retirar del ordenamiento tanto las expresiones “habitual”, y “en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño”, contenidas en el numeral primero del artículo 315 del Código Civil, por cuanto atentan contra los derechos de los niños, niñas y adolescentes y desconocen la protección especial consagrada en la contra todo acto de maltrato.

Cabe recordar, que la Constitución, artículo 42, proscribire cualquier forma de violencia en la familia al considerarla como destructiva de su armonía y unidad, ordenando su sanción conforme a la ley. Por su parte, el artículo 44 de la misma Carta Política consagra la protección de los menores contra toda forma de violencia física o moral, no sólo la que sea habitual o ponga en peligro la vida del hijo o le cause un grave daño.

Al respecto de lo previsto en las normas citadas, esta corporación ha considerado que, “Quiso de esta forma el Constituyente, consagrar un amparo especial a la familia, protegiendo su unidad, dignidad y honra, por ser ella la célula fundamental de la organización socio-política y presupuesto de su existencia. También, quiso el constituyente otorgar una protección especial y prevalente a los niños y niñas, para lo cual consagró expresamente que sus derechos son fundamentales, entre ellos los derechos a tener una familia y a no ser separados de ella, y al cuidado y al amor; además se consagró que serán protegidos, entre otros, contra toda forma de violencia física o moral, y abuso sexual.

Por su parte, la Convención Internacional de los Derechos del Niño en su artículo 19 dispone:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras

el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

“2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

Como desarrollo de las disposiciones constitucionales y normas internacionales que se orientan a proteger al niño contra toda forma de maltrato o violencia, el legislador mediante la Ley 294 de 1996, art. 2º, definió la violencia intrafamiliar como todo daño o maltrato físico, psíquico o sexual, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan bajo el mismo techo, ascendientes o descendientes de éstos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.

En efecto, el sistema de valores y principios que enmarcan nuestra Constitución, y que atienden a la prevalencia de los derechos del niño y por tanto a su interés superior; así como a garantizar su desarrollo armónico e integral, imponen claras limitaciones al ejercicio del deber de educación y a la facultad de corrección que detentan los padres sobre sus hijos menores, por lo que resulta ajustado a la Constitución que el legislador consagre como causal para que un juez decrete la emancipación del hijo menor y con ello se produzca la pérdida de la patria potestad, el maltrato del hijo cualquiera que él sea. Sin embargo, también a la luz de la Constitución resulta inaceptable, que frente a situaciones de maltrato de los menores, el decreto judicial de emancipación del hijo y la consiguiente pérdida de la patria potestad del causante del mismo esté supeditado a que dicho maltrato se dé en forma habitual, y aún más, a que sea necesario que tal maltrato llegue a un extremo de violencia tal que ponga en peligro la vida del menor o le cause grave daño.

Condicionamientos para decretar la emancipación judicial y en consecuencia la pérdida de la patria potestad (...), que solo pudieron tener su razón de ser en el contexto de una regulación jurídica muy antigua como lo es Código Civil, que se expidió hace más de un siglo, y que obedecía a la ideología propia de la época, ajena por completo, entre otros asuntos, al reconocimiento de los niños como sujetos de especial protección, al concepto del interés superior de sus derechos, así como a la garantía de su desarrollo integral y armónico mediante la atención y protección que debe brindarles de manera obligatoria la familia, la sociedad y el Estado.

En el marco de la Constitución de 1991, la potestad parental o patria potestad no constituye ya la investidura de un poder de mando discrecional y absoluto en cabeza de los padres, ni puede ejercerse legítimamente en provecho personal de quien la detenta, sino que debe concebirse como un instrumento basado en la relación jurídica paterno-filial, a través de la cual los padres han de ejercer sus derechos y cumplir los deberes que tienen para con los hijos, siempre bajo el respeto de sus derechos, que son fundamentales, atendiendo a su interés superior, y garantizando su desarrollo armónico e integral, es decir, sin ejercer sobre ellos ninguna clase de maltrato.

Para esta corporación, el artículo 315 del Código Civil, numeral primero, en cuanto consagra el maltrato del hijo como causal que da lugar al decreto judicial de emancipación del hijo, y por ende a la pérdida de la patria potestad, si bien persigue un fin constitucionalmente válido como es la protección del menor, en cuanto exige además que dicho maltrato sea habitual y además, que sea en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño, ofrece una protección tardía que a la luz de la nueva escala axiológica de nuestra constitución es inadmisibles.

En efecto, la causal del numeral primero que da lugar a la pérdida de la patria potestad resulta desproporcionada al someter la vigencia de la patria potestad a los maltratos habituales que pongan en peligro la vida del menor o le causen grave daño. Medida consagrada por el legislador hace más de un siglo, que no está en capacidad de lograr la protección oportuna a los niños, niñas y adolescentes exigida por la nueva Constitución de 1991.

En consecuencia, la Corte declarará inexecutable las expresiones “habitual” y “en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño”, del numeral primero del artículo 315 del Código Civil. Y, declarará executable la expresión “Por maltrato del hijo”.

En tal medida, si la causal para que un juez decreta la emancipación del menor es solamente el maltrato del hijo, le corresponderá al juez de conocimiento respectivo valorar en cada caso las circunstancias que rodean al menor afectado, para efectos de determinar si amerita decretar la pérdida de la patria potestad del padre o padres que incurrir en tales conductas”. (Corte Constitucional, sentencia C-1003, noviembre 22/2007, Exp. D-6833, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández).

En resumen, el ejercicio de la patria potestad en cabeza de los padres, no es absoluto, y mucho menos arbitrario; tampoco puede ocurrir en provecho personal de los progenitores que la detentan, sino de tal manera que les facilite a aquéllos el cumplimiento de sus deberes; está proscrita toda forma de violencia en la familia; los derechos de los niños tienen la categoría de fundamentales y prevalentes sobre los demás; el maltrato del hijo está bien concebido como causal de pérdida de la patria potestad, sin que necesariamente deba ser habitual para que se configure la causal y,

mucho menos, que se exija una gravedad extrema que afecte la integridad física o emocional del hijo.

10.6.2 Por haber abandonado al hijo

Como norma general, “El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación”, debido a su falta de madurez física y mental, como lo proclama el artículo 9º de la Declaración de los Derechos del Niño.

Todo abandono significa desamparo, descuido, desinterés. Implica también el alejamiento físico de un lugar, y supone una desatención de los compromisos u obligaciones que una persona tiene respecto de otra, o sobre una cosa.

Aplicado al Derecho del Menor, debe entenderse como el alejamiento físico o emocional de los padres respecto a su hijo, en cuanto que sea injustificado y, además, conlleve a la sustracción del cumplimiento de las obligaciones paternas, esto es, al cuidado y el amor, al trato y comunicación, a los deberes alimentarios, y, en general, a todas las actividades que normalmente deben desplegarse para contribuir al establecimiento, crianza y educación de los hijos, y a su formación integral.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha referido en varias oportunidades a la figura de la patria potestad, y a las circunstancias que puedan dar lugar a la suspensión o privación de la misma. En una sentencia de tutela proferida por esa Corporación, que data del 25 de mayo de 2006, sostuvo la necesidad del Juez de comprobar que el abandono fuera absoluto, para que pudiera prosperar una acción judicial de privación de los derechos de patria potestad.

Respecto a esa posición de la Corte, se comparten y acogen varios de sus importantes argumentos. En efecto, es irrefutable que los vínculos afectivos y de toda índole, emanados de esa relación natural entre padres e hijos, encuentran expresión jurídica en la patria potestad. Igualmente se sabe que esa potestad no está consagrada en beneficio de los progenitores, sino en interés superior de los niños, quienes son protegidos, de manera especial, tanto por la Constitución como por los tratados y convenios internacionales. Y, para expresarlo con palabras de la Corte, recuérdese que la jurisprudencia tiene dicho que “dentro de amplio espectro de derechos fundamentales del niño, reluce por su trascendencia el de tener una familia y no ser separado de ella, pues es incontestable que en su interior encuentra el menor el cuidado y el amor necesarios para su desarrollo armónico, requeridos para su sana estructuración mental y física. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los instrumentos internacionales de protección al menor, como la Declaración Universal de

los Derechos del Niño, no vacilan en resaltar la importancia que para éste tiene el hecho de pertenecer a una familia, y a no ser separado de ella, pues el infante necesita para su desarrollo integral del afecto, amor y cuidado que los suyos le brindan. Inclusive, tales convenios no se restringen a las relaciones entre padres e hijos, sino que abarcan un grupo más amplio, que comprende a sus hermanos, tener contacto con sus tíos y primos, recibir el afecto de sus abuelos, vínculos afectivos todos ellos que comportan que el niño se sienta en un ambiente familiar que le sea benéfico”.

También es jurídicamente válido, para la adopción de una medida de esta clase –grave por naturaleza en tratándose del más importante de los derechos que la Ley les da a los padres sobre sus hijos no emancipados para que puedan cumplir sus obligaciones– que se exija la demostración irrefragable de que el padre o madre se desentendió totalmente de sus menesteres.

Pero ese entendimiento de tan importantes criterios encaminados a determinar los derechos de los menores, y su naturaleza prevalente, no es óbice para advertir la necesidad de que el Juez del conocimiento, al momento de adoptar una determinación de este tipo, examine en conjunto sus circunstancias, no como exigencia de que se compruebe en todos los casos un abandono absoluto y total de los deberes paterno o materno filiales para que prospere una eventual privación de la patria potestad, sino para sugerir que se pondere con la máxima amplitud la realidad de los hechos constitutivos de ese abandono, y valorar su gravedad.

Porque podría suceder, por ejemplo, que el padre o madre se desentienda de sus compromisos de crianza, cuidado y educación; que abandone injustificadamente el hogar; que no asuma ninguno de sus deberes alimentarios; que se despreocupe del ejercicio conjunto de la patria potestad para adoptar decisiones de trascendencia en la formación y educación del hijo; pero que, no obstante ese desentendimiento de la mayor parte de los deberes materiales y afectivos, trate de aparentar un interés en su descendiente, a través de periódicas comunicaciones, mediante el uso de los diferentes medios existentes hoy en día. ¿Podría un Juez negar una pretensión de privación de la patria potestad, con el argumento de que el abandono no ha sido absoluto y que, por el contrario, el padre está atento a comunicarse periódicamente con el hijo?

Creemos que, en eventos como éstos, en ese proceso de probanzas y de valoración judicial de los hechos, lo que importa es la presencia constante, real y efectiva del padre en el cumplimiento de sus deberes fundamentales, y no actitudes de meras apariencias. Expresado con otro lenguaje, si el abandono, pese a no ser total, conlleva a una falta de atención de los deberes básicos, a un descuido gravísimo por la suerte del menor en su proceso de formación, debería decretarse la privación de la

patria potestad, sin perjuicio del celo y del buen criterio que le aplique el Juez a la hora de tomar tan drástica determinación¹¹.

De allí que la Corte Constitucional, cuando se ha referido a esta institución de la patria potestad, haya exigido que, en un juicio encaminado a obtener la suspensión o la privación de la misma, “se garantice la controversia probatoria en igualdad de oportunidades, aportando elementos que permitirán al juez concluir que el padre o la madre del menor no han cumplido con sus deberes o han desatendido sus obligaciones. Sólo al cabo de un juicio de tal naturaleza podrán ser afectados los derechos derivados del ejercicio de la patria potestad y de la guarda del menor”. Y “en cuanto a la naturaleza del proceso judicial que se debe adelantar para lograr la suspensión o terminación de la patria potestad, la Corte Constitucional en la sentencia C-997 de 2004, precisó: “es el juez del proceso, en cada caso concreto, el que determina a la luz del principio del interés superior del menor si resulta benéfico o no para el hijo que la patria potestad que ejercen sus padres se dé por terminada (...). De esta manera, corresponde al juez en cada caso adoptar la mejor decisión para los intereses del menor”¹².

10.6.3 Por depravación que los incapacite para ejercer la patria potestad

La Ley civil castiga al padre degenerado, a quien se entrega a comportamientos viciosos, alejados o separados de la moral y de las buenas costumbres.

La depravación supone una conducta corrupta y corruptora, con actos que le dan a la persona del hijo una educación o dirección contraria a los principios y costumbres que debe tener. También se desarrolla a través de actos que comprometen gravemente la dirección y educación moral del hijo de tal forma que hagan al padre indigno de ostentar la patria potestad sobre él.

Desde luego que actos de esta naturaleza deben conllevar a que, una vez demostrados ante el Juez de Familia correspondiente, se profiera una sentencia que arrebathe al padre que así actúa de los derechos inherentes a la patria potestad.

¹¹ Ver Sentencia T-110010203000200600714-00, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de mayo 25 de 2006, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

¹² Ver Sentencia C-145, de la Corte Constitucional, del 3 de marzo de 2010, Exp. D-7833, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

10.6.4 Por haber sido condenado a pena privativa de la libertad superior a un año

Atendiendo el principio del interés superior del menor y respetando los derechos fundamentales del niño, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política, pensamos que en un proceso de privación de patria potestad, apoyado en esta causal consagrada en el numeral 4º, del artículo 315 del Código Civil, el Juez deberá tener en cuenta, de acuerdo a las circunstancias de cada caso particular, los hechos que dieron lugar a la comisión del delito que condujo sancionatoriamente a una pena privativa de la libertad por un lapso superior al indicado, y la naturaleza misma del delito, es decir, si se trata de un delito doloso, o culposo.

Además, pensamos que es deber del Juez evaluar la conveniencia o inconveniencia para el menor de que al padre o madre se los prive de la patria potestad, evaluando los hechos y su relación con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de aquel o aquella para con el hijo menor.

También creemos, tal como ha sido delineado por la Corte Constitucional en pronunciamientos relacionados con otras materias, que esta causal solo debería proceder en tratándose de delitos dolosos, siempre y cuando que la correspondiente sentencia se encuentre debidamente ejecutoriada.

10.6.5 Por favorecimiento de conductas punibles de carácter doloso

En un esfuerzo del Estado para precaver y reprimir las conductas delictuales de los adolescentes, el artículo 315 del Código Civil fue adicionado través del artículo 92 de la Ley 1453 de 2011, más conocida como Ley de Seguridad Ciudadana.

El Capítulo IV de dicha Ley adoptó “Medidas para garantizar la seguridad ciudadana relacionadas con el Código de la Infancia y la Adolescencia”, modificando este estatuto en el sentido de asignar funciones a la Policía Nacional para garantizar los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes; modificar el concepto de la privación de la libertad, reglamentando las sanciones aplicables a los adolescentes a quienes se les haya declarado su responsabilidad penal, y autorizando la privación de la libertad en centros de atención especializada a los mayores de dieciséis (16) años y menores de dieciocho (18) años que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis (6) años de prisión; modificar las sanciones para contravenciones de policía cometidas por adolescentes, entre otras disposiciones.

Respecto a la nueva causal de privación de la patria potestad, el artículo 92 de dicha Ley se refiere a aquellos casos en que el adolescente sea sancionado por los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexuales, y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas.

Adicionalmente a la responsabilidad penal que incumbe a los autores de conductas punibles, hay otras formas para establecerla, como cuando, por ejemplo, hay terceras personas que actúan en complicidad o que son determinadores de la conducta o del hecho delictual.

El artículo 30 del Código Penal colombiano dispone que “Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción, disminuida de una sexta parte a la mitad”. Esa misma norma estatuye que “Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”.

No obstante el contenido de este artículo del Código Penal, nos parece que su correcto análisis no es posible sin armonizarlo con aquellas normas rectoras de la Ley penal colombiana, las cuales exigen que para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (C.P., Art. 9º), y que, además, ordenan que solo se podrán imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad, dejando totalmente erradicada cualquier forma de responsabilidad objetiva (C.P., Art. 12).

Desde la perspectiva propia del Derecho de Familia, creemos que los resultados de la investigación y del juicio criminal, necesariamente deberán tenerse en cuenta a la hora de juzgar los hechos en los que haya estado involucrado el hijo adolescente, con el propósito de decidir sobre la privación de la patria potestad. Es, si se quiere, una especie de prejudicialidad penal, porque, a la larga, el Juez de Familia va a estar limitado para proferir la correspondiente sentencia, sin establecer previa y fehacientemente el grado de responsabilidad de los padres, debida a su supuesta permisividad (complicidad o determinación) por los hechos que den lugar a que el hijo sea declarado penalmente responsable (Ley 1098 de 2006, Art. 177).

10.6.6 Por haber sido el padre o madre declarado tal en juicio contradictorio

El artículo 62 del Código Civil, tal como fuera reformado por el artículo 1º del Decreto 2820 de 1974, se refiere y reglamenta la representación de los menores e

incapaces, y establece, en primer lugar, que esa representación corresponde, por lo general, a los padres, quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos no emancipados, y establece que si falta uno de los padres, la representación será ejercida por el otro.

Empero, la misma norma también contiene una causal de privación de los derechos de la patria potestad. En efecto, esta disposición legal consagra una situación bien particular, al reglamentar aquellos casos en que, a falta del reconocimiento voluntario de la paternidad o de la maternidad, éste se logra a través de un proceso contencioso, que termina con una sentencia judicial decretándola.

La norma en comento dispone que “no tiene la patria potestad, ni puede ser nombrado guardador, el padre o la madre declarado tal en juicio contradictorio”.

La exequibilidad de esta norma fue objeto de revisión por la Corte Constitucional, la que, mediante sentencia C-145, de 3 de marzo de 2010, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la declaró ajustada a la Carta Política, “siempre que se entienda que, en los procesos de investigación de la paternidad o maternidad y de impugnación de la paternidad o maternidad, le corresponde al juez del proceso, en cada caso concreto, determinar a la luz del principio de interés superior del menor y de las circunstancias específicas en que se encuentren los padres, si resulta benéfico o no para el hijo que se prive de la patria potestad y del ejercicio de la guarda al padre o madre que es declarado tal en juicio contradictorio, aplicando para el efecto el procedimiento previsto en el parágrafo 3º del artículo 8º de la Ley 721 de 2001”.

La Corte Constitucional explica así su postura jurisprudencial:

“La norma contenida en el artículo 62 del Código Civil, que impide el ejercicio de la patria potestad y de la guarda, al padre o madre que adquiere tal condición en juicio contradictorio, persigue un fin constitucionalmente legítimo, siendo su objetivo el de proteger el interés superior del hijo, que no ha recibido la atención requerida por parte del padre o madre, quien en forma consciente y voluntaria, se ha negado sistemáticamente a reconocer tal condición, y que ha mantenido esa actitud hasta el momento mismo de la sentencia declarativa. En esos términos –añade la Corte– la medida resulta razonable y proporcional, pues permite asegurar el reconocimiento de la personalidad jurídica del menor; sus derechos a un nombre, a la nacionalidad y a tener una familia, impidiendo al mismo tiempo, que el progenitor renuente, que ha pretendido desconocer sus responsabilidades como tal, asuma un rol que busca evitar: la representación del hijo y la administración de sus bienes, resultando la medida de privación de la patria potestad prevista, necesaria para brindar una protección efectiva al hijo rechazado y negado por el padre o la madre declarado tal en juicio contradictorio, lo que no conlleva un rompimiento de la relación filial, ni tampoco

implica abandono, toda vez que, por expresa disposición legal, los padres mantienen esa condición y se encuentran obligados al cumplimiento de los deberes paterno filiales en los mismos términos de quienes mantienen el ejercicio de la patria potestad”.

10.7 Custodia y cuidado personales de los hijos

10.7.1 Marco constitucional y legal

“En razón de su condición de debilidad manifiesta, e incapacidad física y mental para llevar una vida totalmente independiente, los niños requieren una protección especial por parte del Estado, la familia y la sociedad”,¹³ tiene claramente sentado la Corte Constitucional. Esa misma Corporación, refiriéndose a la protección especial del niño y a la prevalencia de sus derechos, ha aclarado que estos dos principios han sido consagrados en diferentes instrumentos internacionales y menciona, por ejemplo, el principio 2º consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que ordena lo siguiente:

“El niño gozará de una protección especial dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la Ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental que se atenderá será el interés superior del niño”¹⁴.

El artículo 44 de la Constitución Política señala como uno de los derechos fundamentales y prevalentes de los niños, el cuidado y el amor; y tanto aquél, como el 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia, determinan que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella; y la norma últimamente mencionada también establece que “sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este Código”, con la advertencia de que “En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”. De ese derecho emana igualmente el cuidado y custodia personales de los menores.

El cuidado de los hijos también está enmarcado dentro de los principios de *interés superior del niño* y de *prevalencia de sus derechos*.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-402 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴ Ver Sentencia C-019, de la Corte Constitucional, del 25 de enero de 1993, M.P.: Ciro Angarita Barón.

Si se hace una cuidadosa lectura de los preceptos contenidos en los artículos 5º, 13, 42, 44 y 45 de la Constitución Política, podrá establecerse que, como ya se ha expresado en otros apartes de esta obra, el Estado colombiano reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como núcleo fundamental de la sociedad; que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia; que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y en el respeto recíproco de sus integrantes; que, entre otros derechos fundamentales, los niños tienen derecho a tener una familia y a no ser separados de ella; a la guarda; a la educación y la cultura; a la recreación; a la alimentación equilibrada y a ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, y que, también gozan de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Dentro de unas apreciaciones generales sobre la legislación internacional que protege a la niñez, la Corte Constitucional, refiriéndose a los cuidados y asistencia especiales de los menores, ha señalado que “En este siglo se aborda la necesidad de proteger la niñez, en varias oportunidades y de manera especial en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño, en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por Naciones Unidas en 1959 y reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (en particular, en los artículos 23 y 44), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos (artículo 10), para finalmente surgir una legislación internacional que protege a la niñez de la humanidad, con expresiones bastante más elaboradas desde el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948), en la cual se reconoce a la infancia el derecho a “cuidados y asistencia especiales”, hasta la aprobación por el mismo sujeto internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en consideración a que los niños de manera especial deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; a que para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad y amor y comprensión y ser preparados para una vida independiente en sociedad y ser educados en el espíritu de valores fundamentales y en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad; a que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, y, a que en todos los países hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles que requieren especial atención, con medios como la defensa y protección de la tradición y valores culturales de cada pueblo”.

Agrega la Corte: “En esa corriente del pensamiento se enmarca el Constituyente colombiano de 1991, quien se hizo, entre otras, las siguientes consideraciones en torno a los Derechos del Niño:

“El niño no puede ser considerado como un ser aislado. Es producto de la maternidad, la familia y la sociedad. Éstas condicionan su existencia por cuanto él evoluciona siempre con respecto a ellos, lo cual hace evidente que el niño es un ser en alto grado indefenso y frágil...”

“En el siglo veinte, una vez superados los problemas de libertad y saciadas las necesidades primarias del hombre, un despertar de la conciencia social llevó a las naciones industrializadas a pensar en el niño y su protección, pues se entendió que éste representa y garantiza el futuro de un pueblo; sin embargo, en los países menos desarrollados el niño continúa siendo el más débil y vulnerable miembro de la comunidad, objeto de malos tratos y desatenciones, a pesar de ser él, quien encarne la conservación de la especie”.

“... En este articulado se distinguen los derechos esenciales del niño que garantizan a éste un desarrollo armónico e integral como ser humano. Estos derechos no sólo están relacionados con la vida, la integridad, el nombre y la nacionalidad, sino que también hacen del niño sujeto de derecho, en la medida en que –por medio de la familia, la Sociedad y el Estado– le asegura la salud, la educación y la cultura”¹⁵.

10.7.2 Normatividad legal

El Código Civil y el Código de la Infancia y la Adolescencia, dicen:

Código Civil

ART. 253.- Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal y de la crianza y educación de sus hijos (legítimos)¹⁶.

C. de la I. y la A.

ART. 23.- Custodia y Cuidado Personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado se extiende además a quienes conviven con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

¹⁵ Ponencia-Informe, Comisión Quinta, Gaceta Constitucional No. 52, p. 4, Corte Constitucional, Sentencia T-008, mayo 18 de 1992, M.P.: Fabio Morón Díaz, publicada por Torrado, Helí Abel, *Código de Familia, Infancia y Adolescencia*, Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda y Librería Ediciones del Profesional, Ltda., 2ª ed., Bogotá, D.C., 2007, p. 699.

¹⁶ La expresión “legítimos”, del artículo 253 del Código Civil, que se encuentra entre paréntesis, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en Sentencia C-1026, de octubre 21 de 2004, M.P.: Humberto Sierra Porto.

10.7.3 Concepto de custodia y cuidado personales

De la lectura del artículo 253 del Código Civil no se desprende una definición del concepto de cuidado personal. Sin embargo, esta figura, más conocida como guarda o custodia, implica un derecho de los menores, y un encargo para los progenitores del cuidado, crianza y educación de los hijos, de manera particular; y, en general, de todos aquellos actos y acciones encaminados a ofrecer protección y a garantizar el desarrollo integral de los hijos¹⁷.

La Constitución Política, en el ya transcrito artículo 44, menciona como otro de los derechos fundamentales de los niños, el de tener una familia, y a no ser separados de ella. Este aspecto tiene directa relación con la custodia y cuidado personales, puesto que “El niño debe ser ubicado fundamentalmente en el ámbito de una familia, como condición esencial para su desarrollo y protección. Esta relación es de tal importancia que el Constituyente la elevó a la naturaleza de derecho fundamental que rige por encima de la voluntad –no pocas veces voluble–, de sus progenitores, sobre todo en situaciones típicas de crisis.

“Vale decir, el ofrecerle al niño un ambiente familiar es no sólo manifestación natural de afecto y generosidad de sus progenitores sino también derecho exigible por el niño, con todas sus consecuencias y en todas aquellas circunstancias en que así lo demanden su protección y bienestar.

“Cuando existe separación de los padres, ruptura de la convivencia por hechos graves e irredimibles, o ésta nunca se ha dado, los padres deben hacer una distinción entre los problemas de la pareja y la relación con los hijos. Estos últimos deben ser el centro de atención y los padres deben procurar causar en los hijos el mínimo de angustia que la separación por sí misma produce”.

En la práctica, dentro de la vida familiar, deben contemplarse dos situaciones concretas respecto del cumplimiento de esta obligación de custodia por parte de los padres. De un lado, en unas circunstancias normales de las relaciones de familia, porque los padres viven juntos y se encuentran al cuidado de sus hijos; y, del otro, cuando por la separación de los padres, o por la muerte de alguno de ellos, o de ambos, se requiere convenir o decidir sobre el ejercicio de ese derecho tan importante. “a) Mientras la normalidad impera –dice la Corte Suprema de Justicia–, son ambos padres quienes conjuntamente ejercen el derecho de tener a su lado a los hijos menores de edad,

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-148, de abril 22 de 1993, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, publicada en *La Vida de los Derechos de la Niñez*, Tomo II, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997, p. 138.

“prerrogativa ésta que es parte integrante, si se quiere soporte material irremplazable, del complejo de relaciones derivadas de la autoridad paterna donde juegan papel de primer orden, respecto de los progenitores, la obligación de proteger a sus hijos, educarlos, vigilar su conducta y corregir con moderación las faltas en que incurran, así como también respecto de éstos, la obligación de guardarles respeto y obediencia a sus padres en cualquier circunstancia”. (Sentencia de 12 de febrero de 1988...). Pero consumada la separación las cosas cambian; aun cuando es factible que el régimen previsto de ordinario para el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad pueda conservarse sin modificaciones, no ocurre lo propio con el cuidado personal de la prole que, por motivos que son evidentes, en el futuro no podrán asumirlo los padres de consuno, “habida consideración que al disgregarse el hogar y suspenderse la vida en común de los padres, es forzoso atribuirle los deberes correspondientes a uno u otro, desde luego en tanto ambos fueren hábiles para responder de su cabal ejecución”. (Cfr., la sentencia últimamente citada). b)... resquebrajada la unidad familiar... habrá que proveer lo conducente a asegurar el destino de los hijos mientras no sean mayores de edad, así como tampoco puede dejarse de lado lo atinente a su manutención e instrucción, remitiéndose aquí la ley... al buen juicio y a la prudente discreción de los jueces sin crear artificiales restricciones referidas a la culpa de los cónyuges.

... Tócale al sentenciador, entonces, en el fallo de separación ordenar las medidas conducentes a fijar la persona a quien le serán confiados los hijos para su protección, su mantenimiento y su educación; decisión cuyo sentido dependerá en últimas de la equilibrada apreciación del juez que, por imperativo legal, en este cometido debe atender a varios factores que el propio legislador ha definido.

... los juzgadores, ... tienen que consultar el interés de la prole y proveer a la defensa de la posición más necesitada de tutela, observando con cuidado si, dadas las particulares circunstancias del caso –vale decir la edad, el sexo y el estado de los menores, de una parte, y, por la otra, las condiciones físicas, morales, patrimoniales y sociales de los padres– es más conveniente para aquéllos, porque los perjudica menos, que su custodia le sea entregada a la madre o al padre o a los dos por separado antes o después de determinada época”¹⁸.

Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia, al referirse a la custodia y cuidado personales (Art. 23), desarrolla este derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a ser custodiados y cuidados de manera permanente y solidaria por sus

¹⁸ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia noviembre 9 de 1988, publicada por Torrado, Helí Abel, *Código Civil*, ob. cit., p. 141.

padres, obligación que, por mandato de la misma norma, se extiende a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

10.7.4 De la custodia compartida

Como atrás lo dijimos, si partimos del concepto de que la guarda es, de manera particular, un derecho de los menores y un encargo para los progenitores del cuidado, crianza y educación de los hijos, y, en forma general, de todos aquellos actos y acciones encaminados a ofrecer protección y a garantizar el desarrollo integral de los hijos, necesariamente debemos asumir su aplicación dentro del ambiente doméstico en el que transcurre normalmente la vida de los niños.

En su práctica cotidiana, ese ambiente doméstico necesariamente conlleva al manejo de todas las actividades normales en la vida de un menor, de sus hábitos, de sus costumbres, y del cumplimiento de los compromisos de quien esté a cargo de esa custodia, en todo lo que se relacione con el establecimiento, crianza, educación y formación integral del niño.

De manera que, vistas así las cosas, la guarda y cuidado son derechos del menor, y unas obligaciones de sus representantes legales.

De allí que valga la pena hacer algunas consideraciones sobre una figura que ha estado en boga durante los últimos lustros, conocida como la “guarda compartida” o la “custodia compartida”, invocada para afianzar la solidaridad familiar, en la búsqueda de un mejor desarrollo de la personalidad del menor.

Desde los comienzos de los años ochenta, del siglo pasado, la figura de la “guarda compartida” se reglamentó en Suecia, Francia, Alemania y otros países europeos. En España, vino a ser objeto de reglamentación en el año 2005, a raíz de una modificación introducida en el Código Civil. También ha tenido acogida en los Estados Unidos de América.

En Colombia, en la primera década de este siglo, se empezó a discutir este concepto, se presentó un proyecto de Ley en ese sentido ante el Congreso de la República, y hubo manifestaciones públicas de ciudadanos, principalmente padres, arengando y reclamando por el establecimiento de esa figura.

Hoy en día existe una corriente doctrinaria, de importantes autores, encaminada a explicar la naturaleza y alcances de la “guarda compartida”.

Una connotada académica argentina, por ejemplo, en un libro denominado *El Nuevo Derecho de Familia*¹⁹, dedica uno de sus capítulos a “La Guarda Compartida. Una visión comparativa a través del nuevo Derecho español e italiano en la materia”, que recoge el desenvolvimiento legislativo en estos dos países, recopila algunas cuestiones comunes de este tema y cita la opinión de reconocidos tratadistas de esta rama del Derecho.

Lo que se persigue con esta figura es la facilitación del cumplimiento de las obligaciones de ambos padres hacia sus hijos no emancipados, no obstante que se haya producido el divorcio o la separación de cuerpos, para mantener de manera conjunta el ejercicio de la patria potestad, en referencia directa a la responsabilidad parental.

Sobre estos aspectos de tanta importancia en la vida de las relaciones de familia, conviene hacer algunas precisiones, relativas a la legislación colombiana:

- a) La patria potestad corresponde, en principio, a ambos padres, es ejercida por ellos de manera conjunta (C.C., Art. 288), y conlleva los derechos inherentes a la misma (Art. 307).
- b) El cuidado personal de la crianza y educación de los hijos, corresponde a los padres, de consuno (Art. 253).
- c) En caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el Juez de Familia competente (o el Defensor de Familia, o el Comisario de Familia, en su caso) confiará el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas, seleccionándolos preferentemente dentro de los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes (Art. 254).
- d) Al padre o la madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, “no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el Juez juzgare convenientes” (Art. 256).
- e) Los padres, de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, “del modo que crean más conveniente para éstos: asimismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento” (Art. 264).
- f) Existe la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, que incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la

¹⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *El Nuevo Derecho de Familia*, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Grupo Editorial Ibáñez, Colección Internacional No. 21, Bogotá, D.C., Colombia, mayo de 2010, pp. 133 y ss.

madre de asegurarse que ellos puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos (C. de la I. y A., Art. 14).

- g) Los menores sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice la realización y el ejercicio de los derechos conforme a lo previsto en el Código de Infancia y Adolescencia (C. de la I. y la A., Art. 22).
- h) Los menores tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral, obligación que se extiende a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales (C. de la I. y la A., Art. 23).

De manera que si se examina el contenido de todas esas normas y se recuerda que los derechos de los menores tienen la naturaleza de derechos fundamentales y prevalentes y que tales derechos se enmarcan dentro del principio del *interés superior del niño*, el enfoque que hay que darle a este concepto de “guarda compartida”, debe ir aparejado con esos lineamientos constitucionales y legales.

Porque creemos que la mera invocación de la custodia de un menor, como derecho de los adultos, no guarda relación directa con su naturaleza. Dentro de esta perspectiva, el enfoque que necesariamente debe dársele a una circunstancia concreta, debe partir de la idea de que es el menor el que tiene derecho a ser cuidado con amor, esmero y responsabilidad. Que dentro de las responsabilidades con las que debe cumplirse este compromiso paterno filial, está la de no exponer al menor a bruscos cambios de residencia, y, mucho menos, a hábitos, prácticas cotidianas y costumbres distintos.

Lo que se sugiere, en casos de aislamiento de sus padres, por divorcio, separación de cuerpos, o por cualquier otra circunstancia que conduzca a la fijación de residencias separadas, es un acuerdo, o una decisión judicial que, partiendo de la fuerza vinculante originada en las disposiciones legales atrás referidas, permita la conjugación de las mismas.

Nótese que existe una multiplicidad de conceptos que deben ser examinados de manera autónoma pero debidamente interrelacionada. Si bien la patria potestad es el conjunto de derechos que la Ley da a los padres sobre sus hijos no emancipados, para que puedan cumplir sus obligaciones, ella no se pierde necesariamente por causa de un divorcio, o de una separación –judicial o de hecho– entre los progenitores. Por el contrario, en ejercicio de la misma, los padres deberán ocuparse, de manera conjunta, de la toma de decisiones que tengan trascendencia en la vida del menor, y en su formación integral, así como también de la representación legal judicial y extrajudicial que la Ley les asigna.

Creemos que, descendiendo al terreno práctico, la custodia o guarda de los menores, asignada a uno de los padres, puede “compensarse” –si se permite la expresión– mediante un adecuado régimen de comunicación y visitas para el padre no custodio, de tal manera que la aplicación de una y otra conduzca a la efectiva realización del derecho del menor a una formación integral, al desarrollo de su personalidad y a una comunicación equilibrada con ambos progenitores.

Lo anterior no obsta para que, como quiera que la separación de cuerpos, la nulidad del matrimonio o el divorcio, no exoneran a los padres de sus obligaciones para con los hijos, cuando hayan de definirse aquellos aspectos relacionados con la custodia, el cuidado, la educación o cualquier otro derecho de los hijos menores, los padres acuerden o el Juez regule el ejercicio compartido de la guarda, pero siempre en beneficio de los hijos, y nunca sacrificando alguno de sus superiores intereses.

A la hora de celebrar este acuerdo, o al adoptar la decisión judicial (o administrativa, en su caso), deberán tenerse en consideración algunos criterios y fijarse ciertas pautas que respeten el *interés superior del niño*, a saber:

- a) Un estudio sobre las circunstancias domésticas de los hijos menores (edad, lugar de residencia, establecimiento escolar, horarios y compromisos escolares, rutas de transporte, relaciones de parentesco y de amistad, entorno educativo, social y familiar del niño, etc.).
- b) Un examen riguroso sobre las aptitudes de los padres y sus circunstancias, para alternarse en el ejercicio de la custodia de sus hijos (compromisos laborales, profesionales o empresariales; extensión y horarios de las jornadas de trabajo; periodicidad o frecuencia de los desplazamientos fuera del domicilio, incluyendo viajes al exterior; lugar de residencia, etc.).
- c) Experiencias y antecedentes en el manejo de la relación de los padres respecto a sus hijos (condiciones de la convivencia, estrechez de los vínculos e intensidad del trato paterno o materno filial, etc.).
- d) Posición o condiciones económicas de cada uno de los padres, para establecer la capacidad de mantener un estatus socio económico acorde con las circunstancias y necesidades congruas del menor.
- e) Características, condiciones y ubicación de las viviendas de ambos progenitores y del establecimiento escolar correspondiente.
- f) Semejanzas en los hábitos de los padres.

La profesora argentina Aída Kemelmajer de Carlucci, en la citada obra *El Nuevo Derecho de Familia*, también recomienda unas pautas para ser tenidas en consideración por los jueces para la determinación del *interés superior del niño* en el caso concreto de la “guarda compartida”, resumidas así:

- (a) La aptitud de los padres para asumir de forma adecuada la alternancia en la guarda y la implicación de ambos progenitores en las tareas del hogar.
- (b) Antecedentes o situación previa, en el sentido de si existía un cuidado compartido de los hijos con anterioridad al cese de la convivencia, y la fluidez en la comunicación de los progenitores.
- (c) La situación patrimonial y económica de la familia.
- (d) Disponibilidad de dos viviendas en un lugar adecuado, que no estén muy distantes entre sí, de modo tal que la posibilidad efectiva de cambio de los hijos de vivienda sea real y efectiva.
- (e) Edad de los menores y situación escolar, de salud y de relación con amigos y familiares.
- (f) Unidad en el régimen de hábitos, horarios y organización entre ambos progenitores o cuando menos una gran semejanza.
- (g) Evitar un cambio en el entorno social, familiar y educativo del menor.

Y amplía su análisis de esta figura al sugerir otras pautas que desaconsejan la guarda compartida, señalando que “Con fundamento en el *interés superior del niño* se ha negado la guarda o custodia compartida por “la falta de adaptación a las estadias mensuales”, o para “evitar una constante intervención judicial”.

10.7.5 De la custodia de “nido de pájaro” o “casa nido”

Hay otra modalidad de la custodia y cuidado personales de los hijos menores, de poca usanza en nuestro medio, originada en los países anglosajones y extendida a algunos otras regiones europeas. Se la conoce como “Custodia de Nido de Pájaros” (Bird’s nest custody” o “Birdnesting”), en razón a que la casa donde habitualmente han residido los hijos se mantiene como el hogar (nido) de ellos, y son los padres los que cambian de residencia periódicamente, para rotarse la guarda de los menores. Se trata de una custodia compartida, que supone la obligación para los padres de vivir por turnos en la casa que sirve de residencia habitual de los hijos menores, para que de esa manera pueda primar el interés superior de los niños.

Estos convenios, o, en su caso, las correspondientes decisiones judiciales, pese a las dificultades y riesgos que encierran, la mayoría de las veces conducen a una solución intermedia frente a circunstancias en las que se radicalizan las posiciones respecto a la guarda de los hijos. En ocasiones se celebran como etapa previa a la liquidación de la casa de habitación de la familia y en algunas el sistema funciona favorablemente a los intereses de la familia. No obstante, los comentaristas no dejan de observar algunas dificultades prácticas, pues esta modalidad de custodia obliga a contar con tres residencias (una para que los hijos vivan, y las otras dos, para cada uno de los padres). Ello implica un desgaste económico mayor, lo cual hace que a esta fórmula suelen acudir personas pudientes. Pero también tiene sus ventajas, como la estabilidad que proporciona a los niños en una etapa de rompimiento de la relación de pareja, que casi siempre viene acompañada de dificultades emocionales, así como también el involucramiento de ambos padres, por igual, en el proceso de crianza, establecimiento y educación de los hijos.

10.7.6 Medidas correctivas ante la vulneración de este derecho

Pueden darse situaciones en las que hay un abandono de los deberes de los padres para con sus hijos, o se presenta una inhabilidad física o moral de ambos progenitores para con ellos, o que la familia no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos, casos en los cuales es deber del Defensor de Familia, del Comisario de Familia, en su caso, o del Juez de Familia, confiar el cuidado de los menores a otra u otras personas competentes, prefiriendo a los consanguíneos más próximos y, especialmente, a los ascendientes legítimos (C.C., Art. 254; Ley 45 de 1936, Art. 26; C. de la I. y la A., Arts. 22, 23, 53, 56, 57, 59).

Para todos estos efectos, las autoridades competentes procederán breve y sumariamente, oyendo a los parientes, según el orden establecido en el artículo 61 del Código Civil.

Pero también puede acontecer que, sin darse un abandono de las obligaciones paternas, ni existiendo tipo alguno de inhabilidad, y pese a que se den algunas circunstancias para el ejercicio adecuado de ese derecho, sea menester decidir a quién le incumbe esa responsabilidad, en un inminente estado de separación de los padres.

Para tales efectos, lo conveniente es que los padres se pongan de acuerdo sobre la práctica de la custodia y cuidado personales, teniendo siempre en cuenta el principio del *interés superior del menor*. Para ello, resulta recomendable acudir al diálogo directo, o solicitar la intervención de una autoridad investida de facultades de conciliación (Defensor de Familia, Comisario de Familia, centros de conci-

liación, etc.), en procura de un acuerdo adecuado a los intereses del niño, niña o adolescente. Y solo a falta de acuerdo, podrá acudir al Juez de Familia, para que resuelva lo pertinente.

Así mismo, cuando los derechos de los menores se encuentren amenazados, o en peligro, es procedente la adopción de medidas de restablecimiento de tales derechos, conforme a las disposiciones contenidas en los artículos 50 y siguientes del C. de la I. y la A., en armonía con los procedimientos establecidos para el efecto por los artículos 96 y siguientes del mismo estatuto.

Esas medidas contemplan la amonestación a los representantes legales, o a quienes ejerzan su custodia y cuidado personales; el retiro inmediato de la actividad que amenace o vulnere sus derechos, o de las actividades ilícitas; la ubicación inmediata en medio familiar, en centros de emergencia o en un hogar de paso, cuando no aparezcan los padres, parientes o las personas responsables de su cuidado y atención; la adopción, o cualesquiera otras que garanticen la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, sin perjuicio de promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

Ahora bien: podría suceder que se presente la inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de sus derechos y específicamente, una posible situación de abandono, o de grave descuido en la custodia y cuidado del menor, eventos en los cuales pueden adoptarse medidas de protección y de restablecimiento de sus derechos, conforme al procedimiento administrativo reglamentado en los citados artículos 96 y siguientes del Código de la Infancia y la Adolescencia, los cuales permiten que, mediante resolución motivada, el funcionario competente proceda a establecer las obligaciones de protección del menor, incluyendo la fijación provisional de alimentos, visitas y custodia (Art. 100).

Estas medidas deben adoptarse en concordancia con las previsiones del artículo 254 del Código Civil, el cual faculta al Juez para que, “en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres”, pueda “confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes”, con la exigencia de que “En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes”.

10.8 Del derecho de comunicación y visitas

Como norma general, la Ley garantiza a los padres el modo o la manera de relacionarse con sus hijos, y viceversa.

Es éste un derecho que emana de los principios constitucionales que regulan los derechos de los menores, y que específicamente corresponden, respecto de los niños, niñas y adolescentes, al derecho a tener una familia y a no ser separados de ella y a ser protegidos contra toda forma de abandono; y con relación a los progenitores, a la posibilidad de arraigar los lazos de afecto, trato y comunicación con sus hijos.

10.8.1 Carácter fundamental del derecho de comunicación y visitas

Dentro de ese espíritu, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y acogida como legislación interna mediante la Ley 12 de 1991, estatuye que es deber de los Estados Partes velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos y “respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular”, excepto cuando, previa consideración judicial, las autoridades determinen que tal separación es necesaria, o que las relaciones personales son contrarias al *interés superior del niño*.

Dice así el texto del artículo 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño:

“9º. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la Ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres y cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

Como medida complementaria, el artículo 10º de la citada Convención determina lo siguiente:

“1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión con la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expedita. ...”.

El Código de la Infancia y la Adolescencia, por su parte, establece en sus artículos 1º y 22 el derecho de todo menor a crecer en el seno de una familia, y prohíbe separarlo de ella, salvo en las circunstancias especiales definidas en la Ley y con la exclusiva finalidad de protegerlo.

Precisamente con esos propósitos, el artículo 256 del Código Civil dispone lo siguiente:

“ART. 256. Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el Juez juzgare convenientes”.

Como se ve, entonces, pese a que los padres se encuentren en estado de separación y que, por esa causa, la custodia y cuidado personales de los hijos les haya sido asignada a uno solo de ellos, o a un tercero, no por esa causa es permitido prohibirle al otro establecer el trato y comunicación que demandan las relaciones paterno filiales.

En este aspecto, la jurisprudencia nacional ha reconocido el carácter de inalienable y mutuo a las relaciones personales entre padres e hijos, y ha sentado unos principios generales sobre el modo de cumplirlas, especialmente los consagrados en la sentencia de tutela T-523 de 1992, de la Corte Constitucional, los cuales tienen carácter obligatorio para las autoridades en todos aquellos casos similares al que sirvió de base para proferir esa providencia, cuando un régimen de visitas vulnere los altos intereses de la unidad familiar, o los derechos fundamentales de los progenitores separados y sus hijos comunes.

10.8.2 Personas en quienes recae el derecho de visitas a los menores

Cuando los padres se encuentran en estado de separación, existe cierta tendencia a extender el derecho de visitas a personas distintas del mismo progenitor que no ostenta la custodia y cuidado personales y con frecuencia se presentan conflictos intrafamiliares por esa causa, dando lugar a reclamaciones ante los centros de conciliación, Comisarías de Familia y Defensores de Familia.

Inclusive, algunos de estos funcionarios venían interpretando que, por ejemplo, ante la ausencia del padre que tenía derecho a las visitas a sus hijos menores, tales visitas podían ser suplidas por otros parientes cercanos (abuelos, tíos, etc.).

La Corte Constitucional, en providencia del año 2003,²⁰ aclaró que decretar un régimen de visitas a una persona menor, a favor de familiares diferentes a sus propios progenitores, contra la voluntad del padre o de la madre que tiene el cuidado y custodia personales de la misma y ejerce los derechos de patria potestad, constituye una vía de hecho, por cuanto desconoce las normas constitucionales y legales.

Es criterio de ese máximo Tribunal de Justicia que el titular para reclamar la regulación de las visitas a los menores es el padre que no convive con su hijo, pues, en su opinión, el régimen de visitas está concebido para establecer una relación personal

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-189, marzo 5 de 2003, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

entre el padre carente de la tenencia de sus hijos y sus hijos mismos, con la finalidad de que se posibilite y facilite el reconocimiento personal y filial entre ellos.

Adicionalmente, según la misma Corte, las visitas buscan que se arraigue en el hijo “la certeza de que, no obstante no conviva sino con uno de sus progenitores, siempre puede contar con el otro”.

Pero, específicamente sobre el tema de las personas en las que recae ese derecho de visitas, la Corte dice que la ley es clara en determinar que la potestad parental descansa, de manera exclusiva, en cabeza de los progenitores, de tal modo que son éstos los obligados a garantizar el desarrollo integral y económico del menor, así como el ejercicio pleno de sus derechos, y consideró que la buena voluntad, el cariño y el amor que otros parientes puedan sentir por el niño “tampoco son razón jurídicamente valedera para arrogarse la patria potestad”, según ya lo había dicho en sentencia T-041 de 1996.

Así las cosas, los familiares cercanos al menor, en criterio de la Corte Constitucional, no gozan de iguales derechos y obligaciones que los padres en la regulación de visitas, motivo por el cual sólo es posible sustraer al menor del hogar en el que convive, si ese familiar cuenta con la autorización de quien tiene al menor bajo su cuidado personal y ejerce la potestad parental, sin que ello signifique un desconocimiento de los derechos de los niños a relacionarse con su familia por extensión.

Más recientemente, en el año 2017, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al resolver en segunda instancia una acción de tutela que se había presentado contra una providencia judicial que había regulado unas visitas supervisadas a los abuelos paternos de unos menores de edad, consideró que ésta era una decisión arbitraria frente a la normatividad aplicable.

A juicio de la Sala, “De una interpretación armónica de los artículos 253 y siguientes del Código Civil y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, a la luz del artículo 44 de la Constitución Política y 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño, se concluye, sin asomo de dudas, que el proceso de regulación de visitas está reservado, exclusivamente, para los progenitores de los niños, niñas y adolescentes, por ser quienes ostentan y ejercen la custodia y el cuidado personal de éstos, premisa que excluye, por simple lógica, a la familia extensa, entre ellos, los abuelos (maternos o paternos); de ahí que, como lo ha fijado la jurisprudencia constitucional, no están legitimados para promover tal actuación, a menos que, como ha ocurrido de manera excepcional en ciertos casos, aquéllos adquieran su custodia”. En esa misma sentencia de tutela, la Corte Suprema sostiene que “para el legislador el titular para reclamar la regulación de las visitas a los menores es el progenitor que no convive con su hijo”.

Independientemente de esta postura sobre la legitimación en la causa por activa, que según lo que acabamos de transcribir está asignada a los progenitores, no a los abuelos, desde el punto de vista sustantivo a nosotros nos parece excesivo el rigorismo formalista con el que la Corte Constitucional, inicialmente, y, ahora, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, acogieron esta trascendental decisión que, aunque se trató de sendas acciones de tutela, y, por lo tanto, sólo producen efectos inter partes, no por eso su *ratio decidendi*, es decir, los motivos que tuvieron dichas corporaciones para adoptarlas, deja de crear un precedente jurisprudencial de insospechadas consecuencias a la hora de adoptar alguna determinación judicial o administrativa concerniente a las visitas de un menor de edad. Por el contrario, pensamos que es inconveniente desconocer el criterio de que, en Colombia, y en casi todos los países, la familia no se entiende solamente conformada por padres e hijos, sino que se extiende a otros parientes, como los abuelos, tanto maternos como paternos, los bisabuelos, los tatarabuelos, los tíos, los hermanos, primos, etc. Son muchas las circunstancias y momentos en las que un menor de edad se comunica y comparte con numerosos miembros de su familia (fechas de cumpleaños del niño, de sus padres, de sus abuelos, festividades de Semana Santa, Navidad, Año Nuevo; algunos actos religiosos como el Bautismo, la Confirmación, la Primera Comunión, para quienes practican la religión católica, u otras celebraciones para quienes tienen una religión diferente; planes de vacaciones en el grupo familiar; celebraciones del cumplimiento de ciertas etapas escolares, entre muchos y variados eventos domésticos). Entonces, supeditar la práctica de las visitas como un derecho exclusivo del progenitor que no ostenta la custodia, bajo el simple concepto formal de que ellas son emanación de la patria potestad, puede resultar contraproducente y exageradamente restrictivo de los medios más apropiados con los que cuenta un niño para desarrollarse en el seno de una familia y no ser separado de ella, o, lo que es similar, cuando de una u otra forma se atenta contra el principio de unidad de la familia.

En la ya citada sentencia de tutela, la T-189, del 5 de marzo de 2003, la Corte Constitucional consideró que la regulación judicial de visitas a los menores por parte de familiares que no son sus progenitores y contra la voluntad del padre o la madre que lo tiene bajo su cuidado personal y ejerce la patria potestad, constituye una vía de hecho, pues viola normas constitucionales y legales, y dio pábulo a la posición del padre demandante, de ser él la figura de seguridad para el menor, reflejando un apego del cual no se le puede separar, y a la afirmación de que la imagen de los abuelos, ya sean paternos o maternos, no es indispensable para su desarrollo físico y psicológico.

No se discute que habrá algunos eventos en los que, de manera excepcional, las visitas de algunos parientes a un menor de edad puedan resultar física o psicológicamente dañinas. Pero de ahí a generalizar que las visitas solo corresponden al padre o

a la madre, en ejercicio de la patria potestad, hay una contradicción con otros valores y principios propios de las relaciones de familia.

En nuestra opinión, los jueces de familia no deberían tomar estos conceptos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, a pie juntillas, pues consideramos menester que, alejados de tan restrictiva posición jurisprudencial, analicen la situación en cada caso particular, y, de ser necesario, reglamenten las visitas a favor de los parientes cercanos del menor, procurando hacer efectivo el principio del *interés superior del niño*, y sin poner en entredicho las prerrogativas que tienen los padres, en ejercicio de la patria potestad.

Tampoco se trata de legitimar a cualquier pariente del menor, para solicitar la reglamentación de visitas a su nombre, pero sí a los más cercanos al niño, como los ascendientes de grado más próximo.

10.8.3 Naturaleza del régimen de visitas

La naturaleza del régimen de comunicación entre padres e hijos se determina con mayor precisión mediante un resumen de esos principios y criterios generales para el ejercicio del derecho a la comunicación y visitas, tomado de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, así:

Las visitas están dadas como un medio eficaz de cultivar el afecto de los hijos y mantener la unidad familiar, en las circunstancias de separación de los padres.

Un régimen adecuado de visitas debe garantizar “debidamente los derechos de los miembros de la familia” y permitir “cumplir los deberes de cuidado, amor y educación y estimular el desarrollo armónico integral de la prole”.

“Para que las visitas puedan cumplir cabalmente su cometido, deben realizarse “en el hogar del progenitor en cuyo favor se establezcan si lo tiene honesto, o en el lugar que él indique”.

Consecuentemente, las visitas “No deben llevarse a cabo en el domicilio del otro, porque ello supondría someter al que ejerce el derecho de visita a violencias inadmisibles y quitar a la relación el grado de espontaneidad necesario para que el visitante cultive con eficacia el afecto de sus hijos”.

La regulación del derecho de visitas debe hacerse siempre “procurando el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo”.

“Debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, el cual –rectamente entendido– requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con el padre”.

El derecho de visita debe hacerse “procurando el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo”.

“Sólo por causas graves que hagan que el contacto con los menores pueda poner en peligro su seguridad o su salud física o moral pueden los padres ser privados de este derecho”; y,

“... ni siquiera la pérdida de la patria potestad es suficiente para excluir el derecho de visita, cuando aquélla se debe al abandono del menor, mucho menos la sola culpa en el divorcio o la simple negativa del hijo menor”.

10.8.4 Relación entre el derecho de visitas y el cuidado y custodia personales de los hijos menores de edad

Como puede deducirse del examen de la naturaleza del régimen de visitas y del derecho de custodia y cuidado personales de los menores de edad, también conocido como el derecho de guarda, una y otra figura tienen estrecha relación, porque ambos pretenden garantizar el ejercicio de la comunicación de ambos padres con sus hijos.

Ello implica, en consecuencia, que el padre que ostente la guarda de los hijos de familia, debe respetar el derecho de visitas del otro, sin la creación de ninguna clase de obstáculos o limitaciones distintos de las que surgen de la necesidad de preservar los supremos intereses de los menores.

Tanto la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional, han sostenido que ninguno de los padres puede impedir el ejercicio de los poderes del otro en los asuntos en que éstos deben intervenir para cumplir con las obligaciones que la Ley les impone, como son aquellos que tienen que ver con la dirección de la formación moral e intelectual de los hijos, su crianza, educación y establecimiento.

En igual sentido, salvo determinación judicial o administrativamente competente en contrario, no puede restringirse la práctica del derecho de visitas que, como ya se señaló, debe realizarse dentro de los parámetros generales ya transcritos, pues el progenitor que las obstaculiza o dificulta, según esas altas Corporaciones, no se hace digno de mantener la custodia de los hijos, en cuanto que tal proceder configura una especie de inhabilidad moral para preservar la guarda de los menores.

Dice así la Corte Suprema de Justicia, en providencia reproducida y acogida por la Corte Constitucional:

“LIBERTAD PARA EL EJERCICIO DE LOS PODERES DE PADRE. Ninguno de los padres tiene derecho de impedir el ejercicio de los poderes que la Ley les otorga de dirigir la formación moral e intelectual de los hijos y su crianza, educación y establecimiento.

El artículo 23 del Decreto 2820 de 1974, la Ley 20 de 1974, que permitió la expedición de este decreto y el que reglamentó la materia, disponen en efecto que los litigios que surjan entre los padres, o entre estos y sus hijos por razón de lo dispuesto en el art. 23 del Decreto 2820, excepto lo referente a sustentación cuando se requiera proceso de alimentos, están sometidas al procedimiento verbal regulado en los artículos 442 y 448 del Código de Procedimiento Civil. En caso de controversia entre los padres por cualquiera de los aspectos, la contención ha de ser decidida por el Juez competente, siguiendo el mencionado procedimiento, y no por los esposos mismos.

Si por consiguiente, como se ha mostrado antes, mientras no intervenga decisión judicial en contrario, ninguno de los cónyuges puede impedir el ejercicio de los derechos que la Ley otorga sobre los hijos menores, ni puede dejar de ejercerlos. El marido o la mujer que, con la finalidad de ejercer solo tales derechos, arrebate al hijo del lugar en donde conjuntamente deban ejercerlos, impidiendo de hecho que se cumplan los mandatos legales, esto es, quebrantándolos, ejecuta hecho ilícito contrario al Derecho imperante; esa conducta no puede ser alabada ni propicia (sic) de manera alguna por los Jueces de la República.

En concepto de la Sala, la sanción que corresponde a una tal conducta no puede ser distinta a la que el padre o la madre que contravengan los preceptos legales que regulan la organización de la familia legítima no se les considere dignos de ejercer los derechos que con su procedimiento conculcan. No puede premiárseles con la custodia del hijo que han logrado sólo impidiendo que la ejerza el otro cónyuge. Si violar el derecho que corresponde a uno de los padres pudiera atribuir algún derecho al otro, de nada servirían los preceptos legales. Quienes tales derechos conculcan por mano propia, no pueden tener; se repite, la custodia de los hijos, pues se hacen indignos para ejercerla. Y esta indignidad constituye a su turno una inhabilidad moral, de aquellas a que se refiere el artículo 254 del Código Civil, para conceder al juez el poder de confiar entonces, el cuidado personal de los hijos al cónyuge inocente o a otras personas competentes”²¹.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia octubre 25 de 1984, M.P. Hernando Tapias Rocha; Corte Constitucional, Sentencia C-523 de 92, M.P. Ciro Angarita Barón.

10.8.5 Procedimientos para la regulación del derecho de comunicación y visitas

Corresponde al espíritu del legislador que sean los propios padres los que, dentro de un sano criterio, convengan mutuamente el régimen de visitas a los hijos por parte de aquel de los progenitores que no ostente la custodia y cuidado personales de ellos.

Si hay desacuerdo, previo agotamiento de la audiencia de conciliación extrajudicial, compete al Juez de Familia regular esas visitas, dentro de los lineamientos generales propios de la naturaleza de las mismas y con el fin de preservar la unidad de la familia, cuando la pareja se encuentre en estado de separación.

Con este propósito, el artículo 5° del Decreto 2272 de 1989, que creó la jurisdicción de familia, asignó a los Jueces de Familia el conocimiento, de conformidad con el procedimiento señalado en la Ley (proceso verbal sumario), entre otros, de los asuntos relacionados con “la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores.” (Literal d.), norma que debe complementarse con los preceptos contenidos en los artículos 21, numeral 3°, 390, numeral 3°, 392 y concordantes del Código General del Proceso.

Sin embargo, el Código de la Infancia y la Adolescencia, al definir las funciones que corresponden al Defensor de Familia, como funcionario público al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, le asigna, entre otras, la siguiente:

C. de la I. y la A.

“ART. 82.- Funciones del Defensor de Familia. Corresponde al Defensor de Familia: (...)

8. Promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente.

9. Aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, (...) sin perjuicio de la competencia atribuida por la Ley a los notarios. (...).”

Más recientemente, a través del Decreto 1664, del 20 de agosto de 2015, “Por el cual se adiciona y se derogan algunos artículos del Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho y se reglamentan los artículos 487 parágrafo y 617 de la Ley 1564 de 2012”, en el Capítulo XV, Sección 2, subsección 4, el Gobierno Nacional desarrolló una reglamentación sobre asuntos “De la custodia

del hijo menor o del mayor discapacitado y la regulación de visitas, de común acuerdo”, y dispuso a ese respecto lo siguiente:

Decreto 1664 de 2015

“Artículo 2.2.6.15.2.4.1. Custodia y regulación de visitas. Sin perjuicio de la competencia judicial y la notarial en materia conciliación extrajudicial en Derecho, de común acuerdo y por escritura pública, los padres de sus hijos menores o incapaces, podrán convenir la custodia y regulación visitas de éstos.

Tratándose de mayores con discapacidad mental se adjuntará la copia auténtica del folio del Libro Varios donde conste la inscripción la de interdicción y copia auténtica del registro civil nacimiento”.

Esta sección del Decreto citado hace una relación de los requisitos que deben cumplirse para elevar la solicitud de conciliación (La designación del notario a quien se dirija; nombre, identificación, domicilio y residencia los solicitantes y del hijo menor o mayor incapaz a su cargo; objeto de la solicitud en el cual conste el acuerdo, que comprenda la custodia del hijo menor o mayor y el régimen de visitas según el caso), y seguidamente indica los anexos que deben acompañar la solicitud, indicando también que la autorización de la escritura pública que recoja el acuerdo causará, por concepto de derechos notariales, la tarifa fijada para los actos sin cuantía.

Nosotros pensamos que, ante la existencia de disposiciones legales que contienen una completa reglamentación de los trámites conciliatorios (Leyes 23 de 1991, artículo 47; 446 de 1998, artículos 64 y ss.; 640 de 2001, artículos 31, 32, 40 y 49; Decretos 4840 de 2007 y 1716 de 2009, y demás normas concordantes o complementarias, así como las que los adicionan o reforman; y, por supuesto, el Código General del Proceso, acogido por la Ley 1564 de 2012), resultaba innecesario incorporar en este decreto el tema atinente a la conciliación en materia de custodia y visitas de menores de edad, o de mayores incapaces, entre otros motivos porque las meras actas de conciliación, a más de prestar mérito ejecutivo, también hacen tránsito a cosa juzgada, y porque consideramos innecesaria la solemnización de esos acuerdos mediante el otorgamiento de escrituras públicas. Al fin y al cabo, no puede perderse de vista que estos asuntos no hacen tránsito a cosa juzgada material, sino meramente formal, y, por lo tanto, esos acuerdos son susceptibles de modificación cuando cambien las circunstancias que los legitimaron, razón por la cual tienen un carácter temporal o transitorio que riñe con la solemnidad propia del otorgamiento de una escritura pública cada vez que se celebre un acuerdo, o que se le modifique.

10.8.6 Instrumentos internacionales para garantizar el ejercicio de los derechos de guarda y de visitas

Existen varios instrumentos internacionales para garantizar el ejercicio de los derechos de custodia y cuidado personales de un menor, también conocido como derechos de guarda, así como el derecho de comunicación y visitas. Con esos propósitos, han sido celebrados varios tratados o convenios internacionales, en materia de la niñez y la familia, que Colombia ha suscrito, o a los que ha adherido.

Los artículos 19 y 137 del Código de la Infancia y la Adolescencia, al fijar la competencia de los Jueces de Familia, se refieren a la restitución internacional de menores, en aplicación de las Leyes 173 de 1994 y 880 de 2003.

Como quiera que se habían presentado algunas dificultades procedimentales en la aplicación del Convenio, el Consejo Superior de la Judicatura y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar promovieron un proyecto que se convirtió en la Ley 1008, de enero 23 de 2006, “Por la cual se fijan competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia”.

En el artículo 1º de la Ley últimamente citada se definió que el conocimiento y trámite de los asuntos que sean materia de Tratados y Convenios Internacionales vigentes en Colombia en los que se reconozcan principios, derechos, garantías y libertades de los niños y de las familias, será de competencia de los Defensores de Familia en su fase administrativa y de los Jueces de Familia y Jueces Promiscuos de Familia en su fase judicial. En los municipios donde no haya Juez de Familia o Promiscuo de Familia, el trámite será de competencia de los Jueces Civiles y Promiscuos Municipales.

Adicionalmente, se consagra en dicha Ley que “El principio de celeridad será de rigurosa aplicación en la ejecución de estos Tratados y Convenios Internacionales y las disposiciones contenidas en ellos tendrán prevalencia sobre las contenidas en otras leyes”.

Específicamente, en materia de derechos de custodia y de visitas, ambos convenios internacionales (Leyes 173 de 1994 y 880 de 2003), tienen el siguiente alcance: “a) De asegurar el regreso inmediato de niños ilícitamente trasladados o retenidos en cualquier Estado Contratante; b) De hacer respetar efectivamente en los otros Estados Contratantes los derechos de guarda y de visita existentes en un Estado Contratante”.

La Corte Constitucional, al examinar la exequibilidad del primero de los tratados internacionales citados, hizo estas consideraciones sobre el alcance civil y contenido del mismo:

“RESTITUCIÓN DE MENORES.- Alcance civil y contenido del Convenio.- “... Examen material del Convenio Internacional sujeto a revisión...”

1. En primer término, es necesario aclarar que la expresión “secuestro”, que se usó para traducir al español las palabras enlèvement en francés y abduction en inglés –los dos idiomas oficiales de la Conferencia de La Haya–, no tiene ninguna connotación de carácter penal sino solo civil. Así lo indica el título mismo del Convenio cuando se refiere a los “aspectos civiles del secuestro”, y se desprende de toda su normatividad. La conducta que se pretende regular mediante esa expresión consiste en “el desplazamiento de un menor fuera del territorio de un Estado en que tenga su residencia habitual, o, retención del mismo fuera de ese territorio por tiempo diferente al establecido para el ejercicio del derecho de visita, siempre que se produzca en violación del contenido de los derechos de guarda o de visita en vigor en ese momento, en el lugar de residencia habitual del menor”. (Millares Sangro Pedro Pablo. “Tratado de Derecho Internacional Privado”, Tomo II. Ed. Bosch. Barcelona, 1989).

Por otra parte, tal como lo indicó el gobierno en la exposición de motivos al presentar al Congreso el proyecto de ley aprobatoria del Convenio, el tratamiento penal es generalmente inapropiado para solucionar conflictos de índole familiar. En consecuencia, las implicaciones penales que se puedan derivar del desplazamiento, sustracción o retención ilícitos de un menor por parte de uno de los padres tendrán que ser juzgadas con base en normas distintas a las del Convenio.

2. Finalidad y alcance del Convenio en revisión:

El Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños hace parte de un conjunto mayor de tratados internacionales que procuran la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual, cuando éste ha sido trasladado o retenido ilícitamente por uno de sus padres o parientes a raíz de conflictos familiares. Igualmente impone a los Estados Contratantes el respeto de los derechos de visita y de custodia que cualquiera de ellos haya reconocido a alguno de los padres o acudientes del menor, de acuerdo con las leyes internas de cada país.

Lo anterior quedó claramente establecido en el preámbulo y en el Capítulo Primero del Convenio, particularmente en los artículos primero y segundo en los cuales se hace obligatoria la adopción de medidas inmediatas para asegurar su aplicación. Con ello se busca proteger los intereses del menor sobre cualesquier otros, dando aplicación al principio del derecho internacional que consagra la prevalencia de los derechos de los niños, el cual es reconocido también en nuestra Carta Política.

En el artículo tercero se señala que un traslado o retención son considerados ilegítimos para efectos de la aplicación del Convenio, cuando se ha violado o se impide ejercer de manera efectiva el derecho de guarda que le ha sido asignado a cualquier persona en uno de los Estados partes del Convenio. La asignación del derecho de

guarda sobre un menor puede darse por ministerio de la ley, de pleno derecho, en virtud de decisión judicial o de común acuerdo entre los padres conforme a la legislación de cada Estado.

El artículo tercero se relaciona directamente con el quinto, en el que se define el alcance del “derecho de guarda” y del “derecho de visita”, así como con el artículo catorce, el cual permite que las autoridades del Estado a donde fue trasladado el menor otorguen validez a las decisiones judiciales o administrativas “reconocidas de manera formal o no” en el Estado de residencia habitual del menor. De esta forma se evita el tener que recurrir al exequátur o a prueba alguna del derecho de guarda y, en consecuencia, el Estado donde se encuentra ilícitamente retenido el menor podrá ordenar el regreso inmediato de éste si, a su juicio, se configura la ilicitud.

El artículo cuarto determina la aplicabilidad del Convenio a todo niño menor de 16 años residente en alguno de los Estados contratantes, límite que se estima apropiado, pues después de esa edad el menor adquiere la madurez suficiente para auto-determinarse y, por tanto, decidir lo que considere más conveniente para sí mismo.

3. En el Capítulo Segundo se impone a los Estados la obligación de designar una autoridad central encargada de dar trámite a las solicitudes de restitución y de velar por el cumplimiento del Convenio. Es imperiosa igualmente la cooperación entre las autoridades centrales de cada país. (Artículos 6° y 7°).

4. El Capítulo Tercero establece la forma en que se han de presentar las solicitudes de restitución del menor (art. 8) y el trámite que la autoridad central del país requerido debe darles (arts. 10, 11, 12, 15, 16 y 18). Cabe resaltar aquí el principio de celeridad en la tramitación de las solicitudes (art. 11), así como la enumeración de los casos en los cuales el Estado requerido puede negarse a ordenar la restitución del menor, entre ellos, cuando transcurrido un año desde el momento del secuestro se demuestre la adaptación del niño a su nuevo medio, o cuando su regreso implique grave riesgo para su salud física o emocional (arts. 12, 13 y 20).

Finaliza el Capítulo Tercero consagrando disposiciones destinadas a prevenir eventuales conflictos entre el derecho de guarda judicialmente reconocido en cabeza de uno de los padres y las órdenes de restitución de alguna autoridad competente. En este sentido el artículo 17 preceptúa que “el sólo (sic) hecho de que se hubiere (sic) dado una decisión o fuere (sic) susceptible (sic) de ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa a devolver a un niño en el marco del presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tomar en cuenta los motivos de esta decisión en la aplicación del presente Convenio” sin que se limiten “las facultades de la autoridad judicial o administrativa de ordenar en cualquier momento el regreso del niño” (art. 18). Seguidamente el artículo 19 aclara que “una decisión acerca del regreso del niño dada en el marco del Convenio no afectará el derecho de guarda en cuanto al fondo”.

5. En el Capítulo Cuarto se instituyen, para la protección del derecho de visita, las mismas garantías y procedimientos correspondientes al derecho de guarda.

6. El Capítulo Quinto consagra algunas disposiciones generales en cuanto a la aplicación del Convenio, tales como la gratuidad en los trámites judiciales o administrativos señalados en el mismo (arts. 22 y 26), la no exigibilidad de legalizaciones (art. 23), el uso del inglés o del francés como idiomas oficiales del Convenio (art. 24; este artículo admite reserva), la obligación de los Estados de prestar asistencia judicial a los nacionales o residentes de cualquier otro Estado Contratante cuando se encuentren en su territorio, en las mismas condiciones en que asiste a sus propios nacionales.

Este capítulo trata también del rechazo de solicitudes infundadas (art. 27), de la designación de representantes del solicitante ante alguna autoridad central (art. 28), de la posibilidad que tiene el solicitante de acudir directamente ante las autoridades judiciales del Estado requerido (art. 29) y de la ley aplicable en materia de guarda de niños, cuando en un mismo Estado existan varias legislaciones (arts. 31, 32 y 33). El artículo 30 establece que todo documento presentado ante una autoridad central será admisible y administrativamente en cualquiera de los Estados Contratantes.

Finalmente, se dispone la primacía de este Convenio sobre el celebrado el 5 de octubre de 1961 relativo a la competencia de las autoridades y a la ley aplicable en materia de protección de menores (art. 34), la aplicabilidad exclusiva del Convenio para secuestros ejecutados después de su entrada en vigencia (art. 35) y la posibilidad de acuerdos especiales entre los Estados Contratantes con el fin de agilizar la restitución de menores mediante la derogatoria de las normas del Convenio que puedan implicar restricciones para el regreso del niño (art. 36).

7. Por último, en el Capítulo Quinto se establece la entrada en vigor del Convenio, así como algunas cláusulas finales relativas al procedimiento a seguir para la firma, adhesión y ratificación del mismo, tanto de los Estados Miembros como de cualquier otro país que quiera hacerse parte. De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 42, la posibilidad de formular reservas al Convenio se limita al artículo 24 y al tercer párrafo del 26, respecto de las traducciones del texto y del pago de los gastos ocasionados por la participación de un abogado dentro del proceso de restitución de un menor, como los que ocasione el regreso del niño.

En el tratado que se estudia se incluye un modelo de formato cuyo uso se recomienda a los Estados Partes para solicitar el regreso de cualquier menor.

E. Constitucionalidad del Convenio.

Tal como se anticipó desde un principio, y una vez realizado el examen del Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, la Corte ha de concluir que éste guarda plena concordancia con los principios constitucionales y los precep-

tos de la Carta Política que establecen la protección especial del menor y la primacía de sus derechos.

En efecto, en el artículo 44 Superior se reconoce el derecho fundamental de los niños “a tener una familia y no ser separados de ella”, así como la debida protección frente a toda forma de secuestro.

El citado tratado internacional también desarrolla tales preceptos constitucionales pues se encamina a garantizar que todo menor residente en un país miembro del Convenio reciba de sus padres la protección y el amor necesarios para un desarrollo armónico, así los intereses particulares de los padres en una situación de disolución de la familia queden relegados ante el interés superior y prevalente de los menores.

El aumento en Colombia de matrimonios de parejas de distintas nacionalidades y los frecuentes conflictos familiares que se presentan en la actualidad, aunados a las facilidades modernas para desplazarse de un país a otro, han aumentado el número de casos en los que un padre sustrae ilícitamente a su hijo de la protección que el otro legalmente le brindaba, hecho que precisamente el Convenio que se revisa pretende acabar. De ahí la importancia que este tratado internacional tiene.

La adhesión a este Convenio por parte del Estado colombiano le permitirá al padre o madre víctima de la sustracción ilícita de su hijo, hacer valer ante las autoridades extranjeras los derechos de guarda y de visita que le han sido reconocidos en Colombia, sin tener que entablar largos y costosos procesos ante las autoridades judiciales o administrativas del país donde fue ilícitamente trasladado su hijo con el fin de que le reconozcan el derecho que ya tenía.

De otra parte, se obliga al progenitor que ilícitamente retuvo a su hijo, a disputar la custodia y demás derechos inherentes a la patria potestad ante las autoridades del lugar de residencia habitual del menor, evitándole a éste un doloroso y perjudicial desarraigo.

Mediante la aplicación de las medidas descritas el Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños se constituye en una herramienta eficaz para fortalecer el respeto por la dignidad humana, valor fundante del Estado colombiano, y para promover la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución colombiana, especialmente en lo relativo a la prevalencia de los derechos del niño”²².

²² El “Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños”, hecho en La Haya, Holanda, el 25 de octubre de 1980, sometido a revisión constitucional y declarado exequible por la Corte Constitucional, fue aprobado por la Ley 173, del 22 de diciembre de 1994, y declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-402, de septiembre 7 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Similares consideraciones deben tenerse respecto a la Ley 880 de 2003, por medio de la cual se aprobó la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, del 15 de julio de 1989²³.

Entonces, hoy en día existen mecanismos e instrumentos procedimentales de carácter internacional para hacer efectivos los derechos de custodia, cuidado personales y visitas de un menor de edad, al punto de que si un niño es trasladado ilícitamente fuera de las fronteras patrias, o si, siendo su traslado lícito, por contar con la autorización del otro progenitor, una vez ubicado en el exterior es objeto de alguna retención ilegal, es posible, mediante un procedimiento sumario, solicitar y obtener la restitución internacional del mismo, para que sean las autoridades del país de su último domicilio habitual las que resuelvan sobre el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones concernientes a la custodia y las visitas.

²³ La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo, Uruguay, el quince (15) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, fue aprobada por Colombia mediante la Ley 880, del 19 de enero de 2004, publicada en el Diario Oficial N° 45.437, del 21 de enero del mismo año, y tanto la Ley como la Convención fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-912, del 21 de septiembre de 2004, M.P.: Humberto Sierra Porto.

Lección 11

De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas

11.1 Concepto de alimentos

No hay una definición de alimentos en el Código Civil. Algunos los conciben como “Las asistencias que se dan a alguna persona para su manutención y subsistencia, esto es, para comida, bebida, vestido, habitación, y recuperación de la salud”¹. También se definen como la “Prestación debida entre parientes próximos cuando quien la recibe no tiene la posibilidad de subvenir a sus necesidades”².

El Código de la Infancia y la Adolescencia, trae esta definición en el artículo 24:

C. de la I. y la A. (Ley 1098 de 2006)

“ART. 24.- Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto”.

¹ Escriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Librería de la Vda. De Ch. Bouret, París, México, Nueva edición, 1925, p. 138.

² *Diccionario Esencial de la Lengua Española*, Real Academia Española, Editorial Espasa Calpe, 2006, Madrid, España.

11.2 Naturaleza jurídica de los alimentos

Las prestaciones alimentarias son, desde luego, una obligación legal, pero no se limitan a una obligación puramente civil, puesto que también corresponden al compromiso de una persona de atender un deber de alto contenido social. “La obligación de suministrar alimentos a quienes la ley ordena no es, pues, de las puramente civiles a las que se refiere (...) la Carta (...) por cuanto (...) no se trata de obligaciones exclusivamente civiles sino de deberes sociales y obligaciones civiles simultáneas, cuyo cumplimiento las autoridades han de asegurar, con indudable apoyo en requerimientos de orden público”³.

En otra oportunidad, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a la naturaleza jurídica de los alimentos, dijo lo siguiente:

ALIMENTOS. Naturaleza de la asistencia alimentaria.- “(...) tanto el Estado como los particulares tienen ‘el deber social de protección a la familia’, considerada además como ‘elemento natural y fundamental de la sociedad’ al tenor de sólidas declaraciones universales de principios (...) el deber social de asistencia alimentaria familiar ‘no es obligación puramente civil’ y que por lo tanto reprimir penalmente a quienes sin justa causa lo incumplan no constituye violación (...) de la Carta (...)

Inclusive, esta importante prestación económica ha sido elevada a rango constitucional, al punto de que no solo el artículo 5° de la Constitución Política establece la obligación de proteger a la familia como institución básica de la sociedad, sino también que ese mismo deber se consagró en el artículo 13 de la misma obra, respecto de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Es más, en tratándose de derechos para menores de edad, el artículo 44 explícitamente consagra a la alimentación equilibrada como un derecho fundamental, amén de que el artículo 43 de la Carta reafirma la especial asistencia y la obligación de protección del Estado a la mujer, ordenando un subsidio alimentario a su favor, si estuviere desempleada o desamparada. Igualmente, a través del artículo 46, exige la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad, garantizándoles los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia. Y, por último, la Corte Constitucional se ha encargado de interpretar la Constitución Política en esta materia, ordenando que la obligación alimentaria prevista para los cónyuges se extienda a cargo de uno de los miembros de una unión de hecho cuando esté conformada por dos personas de distinto o igual sexo.

³ C.S. de J., Sala Plena, Sentencia abril 21 de 1982, Exp. No. 901.

Con similar criterio, el numeral 10° del artículo 41 del Código de la Infancia y la Adolescencia, asigna al Estado la obligación de apoyar a las familias para que puedan asegurarles a los niños, niñas y adolescentes, los alimentos necesarios para su desarrollo físico, psicológico e intelectual, por lo menos hasta cuando cumplan dieciocho (18) años de edad.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-011 de 2002, recordó “que la obligación alimentaria, no es solamente una prestación de carácter económico, sino, especialmente, una manifestación del deber constitucional de solidaridad y de responsabilidad, fundadas, de una parte, en la necesidad del alimentario y en la capacidad del alimentante, y, de otra, en la libre determinación de constituir una familia y de elegir el número de hijos que se desea procrear”⁴.

Precisamente por la naturaleza de los alimentos, siempre tienen un sentido complementario, en cuanto que así se trate de alimentos congruos, o de los necesarios, nunca pueden entenderse como fuente de enriquecimiento para nadie, puesto que ellos “no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar la vida” (C.C., Art. 420).

11.3 Características de las obligaciones alimentarias

Dicen así los artículos 424, 425 y 426 del Código Civil, sobre algunas características del derecho de alimentos:

Código Civil

“ART. 424.- El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse”.

Código Civil

“ART. 425.- El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él”.

Código Civil

“ART. 426.- No obstante lo dispuesto en los dos artículos precedentes, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse; y el derecho de demandarlas,

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-011, de enero 23 de 2002, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse; sin perjuicio de la prescripción que compete al deudor”.

Si se repasan los comentarios sobre la naturaleza de las prestaciones alimentarias, y las referencias a su carácter personalísimo, y se recuerda que el objeto de las mismas es el de asegurar la subsistencia de las personas, bien de un modo que corresponda a su posición social, ora de los que se requieren como mínimo vital, puede explicarse el motivo por el cual la Ley limita algunos actos en torno a ese derecho, y contiene algunas prohibiciones expresas.

Tales limitaciones se compendian así: (i) no transmitir el derecho de alimentos más allá de la muerte del alimentario, lo que implica que la obligación se extingue con el fallecimiento de éste, (ii) no vender o ceder el derecho, ni a título gratuito, ni oneroso, precisamente por el carácter personalísimo que tiene; (iii) no renunciar al derecho de alimentos, porque con ellos está comprometido el orden público y el interés general; (iv) no compensarlos con alguna otra deuda que tenga el alimentario a favor del alimentario, lo que se explica porque a una obligación puramente civil no puede sobreponérsele un derecho de tanto alcance social como el de los alimentos. Por esa razón, el artículo 425 no permite que a un demandante de alimentos se le oponga el alimentante pidiendo una compensación con otra deuda que aquél tenga a favor de éste.

Tales limitaciones se encuentran consagradas también en el artículo 133 del C. de la I. y la A. (Ley 1098 de 2006), mediante una reproducción casi textual del articulado del Código Civil.

Se aclara que las excepciones previstas en el artículo 426, así como en el 133 del C. de la I. y la A., los cuales autorizan renunciar o compensar las pensiones alimentarias atrasadas, quizás obedezcan a la circunstancia de que, como la finalidad de los alimentos es la de atender la subsistencia de las personas, la sola moratoria hace presumir que desapareció esa necesidad tan inmediata y que se convirtió en una obligación civil que, como tal, puede ser transada en el comercio. “Como ya el alimentario ha vivido, no hay inconveniente en permitirle los actos indicados, puesto que es acreedor legítimo de una suma o valor”, dice el comentarista Fernando Vélez en su *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, obra ya citada.

11.4 Clases de alimentos

Hay alimentos que tienen origen en una disposición legal, y, por lo tanto, se denominan *legales*; otros, son fruto de un acuerdo de voluntades entre alimentante y alimentario, o consecuencia de un acto de mera liberalidad, en cuyo caso se los denomina *voluntarios*.

Tradicionalmente, los alimentos también han sido clasificados en *naturales* y *civiles*. Corresponden a la primera clase, aquellos que implican el reconocimiento y pago de lo indispensable para la subsistencia del alimentario; y son los segundos, los que no se limitan a las meras necesidades del beneficiario, sino que se extienden a las exigencias de su posición o condición social, y demás circunstancias del que está obligado a suministrarlos, y a las del alimentario.

El artículo 413 del Código Civil, dice lo siguiente:

Código Civil

“ART. 413.- Los alimentos se dividen en congruos y necesarios.

Congruos son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social.

Necesarios los que le dan lo que basta para sustentar la vida.

Los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario, menor de veintiún años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio”⁵.

Por último, los alimentos también se clasifican así:

- a) En *provisionales*, cuando son convenidos entre las partes o fijados transitoriamente por una autoridad administrativa (Defensor de Familia, Comisario de Familia), o judicial (Juez de Familia), y cuya duración depende del trámite del respectivo proceso.

⁵ La Ley 27 de 1977 fijó la mayoría de edad a los 18 años. En consecuencia, en principio, la obligación de proporcionar alimentos expira en esa edad. En ese mismo sentido, el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), establece en su artículo 24 que ese derecho se refiere a los niños, las niñas y los adolescentes, por lo que, conforme al artículo 3° del mismo estatuto, los sujetos titulares de derechos son todas las personas menores de 18 años. Sin embargo, el artículo 422 del Código Civil ordena que los alimentos puedan solicitarse después de la mayoría de edad cuando exista algún impedimento corporal o mental que inhabilite a la persona para subsistir de su trabajo.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia se ha encargado de precisar que las normas del Código Civil que regulan esta materia no se refieren a los hijos menores sino a los hijos comunes, término este que comprende también a los mayores, en tanto se encuentren inhabilitados para subsistir de su trabajo, lo que puede obedecer a que se encuentren incapacitados física o psicológicamente, o a que estén adelantando estudios.

En ese sentido, cuando una persona que haya alcanzado la mayoría de edad, sufre, por ejemplo, de severa deficiencia mental permanente, es manifiesto que continúan de cargo de los padres o de otras personas que estén obligadas, por ministerio de la Ley, los deberes alimentarios. Esa obligación cesa, por supuesto, cuando se produzca la rehabilitación del alimentario.

El artículo 413 del Código Civil fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-156, de febrero 25 de 2003, Exp. D-4.198, M.P.: Eduardo Montealegre Lynnett.

La mayoría de las veces, la provisionalidad de los alimentos obedece al carácter urgente e inaplazable de la sustentación, crianza y educación del beneficiario, casos en los cuales la Ley autoriza que se fije una cuantía de manera temporal, mientras se adopta una decisión de fondo al respecto.

- b) La otra clase, es la de alimentos asignados de manera indefinida, que son los que se convienen con ese carácter, o que son fijados en la respectiva sentencia judicial, sin perjuicio de su modificación cuando cambien las circunstancias que los legitimaron.

11.5 Personas a quienes se deben alimentos

El artículo 411 del Código Civil colombiano, modificado inicialmente por el artículo 25 de la Ley 45 de 1936, y posteriormente por los artículos 31 de la Ley 75 de 1968 y 23 de la Ley 1ª de 1976, determina a quiénes se deben alimentos.

Dice así:

Código Civil

“ART. 411.- Se deben alimentos:

- 1. Al cónyuge;*
- 2. A los descendientes (legítimos);*
- 3. A los ascendientes (legítimos);*
- 4. Modificado, Ley 1ª de 1976, Art. 23.- A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa;*
- 5. Modificado, Ley 75 de 1968, Art. 31.- A los hijos naturales, su posteridad (legítima) y a los nietos naturales;*
- 6. Modificado, Ley 75 de 1968, Art. 31.- A los ascendientes naturales;*
- 7. A los hijos adoptivos;*
- 8. A los padres adoptantes;*
- 9. A los hermanos legítimos;*
- 10. Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada. La acción del donante se dirigirá contra el donatario.*

No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley se los niegue”.

Ley 45 de 1936

ART. 25.- Modificado, Ley 75 de 1968, Art. 31.- Modifícanse los artículos 411 del Código Civil y 25 de la Ley 45 de 1936, así: “Se deben alimentos:

5° A los hijos naturales, su posteridad (legítima) y a los nietos naturales.

6° A los ascendientes naturales”.

Sobre estas disposiciones legales es menester hacer las siguientes aclaraciones:

- a) De un lado, que los *hijos naturales*, conforme a la Ley 29 de 1982, se denominan ahora “extramaritales”, porque la expresión “extramatrimoniales” perdió aplicación en razón a que, según el artículo 1° de la Ley 1060 de 2006, que subrogó el artículo 213 del Código Civil, se presumen legítimos no solamente los hijos concebidos durante el matrimonio de sus padres, sino también los concebidos en una unión marital de hecho.
- b) Que las expresiones “legítimos” y “legítima”, contenidas en el artículo 411 del C.C., que aparecen entre paréntesis, fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, en sentencia C-105, de marzo 10 de 1994.

Para adoptar esta determinación en la citada sentencia, la Corte Constitucional sostuvo que “Es contrario al principio de igualdad el limitar el derecho a los alimentos legales a los descendientes legítimos, a los ascendientes legítimos, y a la posteridad legítima de los hijos naturales. Lo que está de acuerdo con la Constitución, es reconocer el derecho a los ascendientes y descendientes de cualquier clase que sean”.

- c) Que los numerales 1° y 4° del artículo 411 del Código Civil, este último modificado por el artículo 23 de la Ley 1ª de 1976, fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-174, de abril 29 de 1996. No obstante estar incorporados estos numerales en la parte resolutive de la mencionada sentencia, la misma Corte estableció que ellos no hacían parte de la decisión porque sobre el artículo 411 se dictó la sentencia C-105, ya citada, que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional.
- d) Que el numeral 1° del artículo 411 del Código Civil, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1.033, de noviembre 27 de 2002, Exp. D-4.102, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, “siempre y cuando se entienda que esta disposición es aplicable a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho”. En esa misma providencia, dicha Corporación se declaró inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad del numeral 4° del artículo 411 del Código Civil.

La Corte, al explicar las fuentes de la familia, según la Constitución Política de 1991, explicó que ésta estableció dentro del catálogo de principios fundamentales (Art. 5) la protección de la familia como institución básica de la

sociedad y en concordancia con ello el artículo 42 Superior prescribió que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Así, esta norma establece el deber de protección integral de la familia a cargo del Estado y de la sociedad.

Y dijo precisamente lo siguiente:

“La Constitución pone en un plano de igualdad a la familia constituida “por vínculos naturales o jurídicos”, es decir, a la que surge de la “voluntad responsable de conformarla” y a la que tiene su origen en el matrimonio. b) “El Estado y la Sociedad garantizan la protección integral de la familia”, independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales, lo cual es consecuencia lógica de la igualdad de trato”.

Inclusive, la Corte Constitucional, en la mencionada providencia puntualizó lo siguiente:

“El derecho a la igualdad. Es bien sabido que la igualdad ante la ley se encuentra garantizada desde el mismo Preámbulo de la Constitución, y se encuentra consagrada en el artículo 13 de la Carta Política como uno de los fundamentos del Estado social de derecho que fueron concebidos como primordiales en la estructura del ordenamiento superior, con el carácter de derecho constitucional fundamental.

Con respecto a la citada disposición, esta Corporación ha expresado:

De todos ellos se desprende una clara y contundente afirmación sobre el carácter fundamental del derecho a la igualdad, como valor fundante del Estado social de derecho y de la concepción dignificante del ser humano que caracteriza la Constitución de 1991 y que consagra su artículo 13 (...).

Según lo ha indicado también la Corte, dicho derecho contiene seis elementos, a saber:

- a) Un principio general, según el cual, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades.*
- b) La prohibición de establecer o consagrar discriminaciones: este elemento pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio o se restrinja el ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, o posición económica.*

c) El deber del Estado de promover condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva para todas las personas.

d) La posibilidad de conceder ventajas o prerrogativas en favor de grupos disminuidos o marginados.

e) Una especial protección en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y

f) La sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

De esta manera, el derecho a la igualdad, que a la vez constituye un principio fundamental, se traduce en la garantía a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos. El principio de la justa igualdad exige precisamente el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, etc., dimensiones todas que en justicia, deben ser relevantes para el derecho”.

e) Basada en esas y otras argumentaciones, la Corte Constitucional explicó que, conforme ella misma lo ha sostenido, “el derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. Así, la obligación alimentaria está en cabeza de la persona que por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos”, para concluir que, al analizar los cargos formulados contra el numeral 1º del artículo 411 del Código Civil, sí se había violado el principio de igualdad, al limitarlos a los cónyuges, y no incluir a los compañeros permanentes, por lo que la norma acusada adolecía de una inconstitucionalidad sobreviniente.

Por esos motivos, entre otras decisiones adoptó la de declarar exequible el numeral 1º del artículo 411 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que esta disposición es aplicable a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho.

f) También conviene destacar que el orden de preferencia asignado en los incisos 5º y 7º del artículo 411 del Código Civil, referidos a los hijos naturales (hoy llamados ilegítimos o extramaritales) y adoptivos, no tiene aplicación, pues, como ya se ha dicho, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 29 de 1982, que adicionó el

250 del Código Civil, “los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones”. Así las cosas, debe entenderse que los hijos extramaritales y adoptivos están en el mismo orden de los descendientes.

- g) “Además, quien aspire a ser alimentado debe comprobar también que carece de bienes y que se halla en imposibilidad de trabajar. Por ello, si el peticionario tiene bienes suficientes, no puede pedir alimentos, aun cuando afirme que sus bienes son improductivos, pues desde el momento que tiene bienes le es posible cambiarlos por otros que produzcan rentas, y la ley no puede beneficiar a los avaros sino a los que carezcan realmente de bienes para subsistir. Mas puede ocurrir que los bienes del peticionario no le produzcan lo suficiente para vivir, en cuyo caso, como lo dispone el art. 420 del Código Civil, puede pedir una pensión complementaria”⁶.
- h) “También carece de acción para reclamar alimentos el peticionario que puede trabajar, ya que la pensión alimentaria tiene como razón última la solidaridad y el socorro entre los parientes, y en manera alguna puede servir para fomentar la holgazanería. Pero si el peticionario prueba que no puede trabajar, como en el caso de la mujer que tiene que atender en el hogar el cuidado de sus hijos, o de la mujer que por no saber un oficio no puede ser empleada, o de cualquier persona inhabilitada mental o físicamente para el trabajo, entonces tendrá derecho a alimentos, y ese derecho se le concede sin que se haga necesario examinar si fue o no ajena a las circunstancias por las cuales no puede procurarse su sustento”⁷.
- i) Por otra parte, respecto a la obligación de suministrar alimentos para hijos mayores de edad, ella subsiste únicamente mientras tengan la calidad de estudiantes, o impedidos.

Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

“El derecho de los hijos a percibir alimentos de sus padres, está consagrado en el artículo 42, inciso 8 de la Constitución Política, que impone a la pareja que los ha procreado el deber de “sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”. Similar derecho consagran los artículos 413 del Código Civil y 157 del Decreto 2737 de 1989, corroborado además por el artículo 422 del Código Civil, que adicionalmente prevé que “los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos por toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la

⁶ Valencia Zea, Arturo, *Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Familia*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 1970, p. 32.

⁷ *Ibid.*, pp. 32, 33.

demanda...”, a lo que agrega este último precepto que, “con todo, ningún varón de aquellos a quienes sólo se deben alimentos necesarios, podrá pedirlos después que haya cumplido veintiún años, salvo que por algún impedimento corporal, o mental, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo, pero si posteriormente se inhabilitare, revivirá la obligación de alimentarle”.

De conformidad con el alcance que la jurisprudencia de esta Sala le ha dado al artículo 422 del Código Civil “se deben alimentos necesarios al hijo que estudia, aunque haya alcanzado la mayoría de edad” (Cas. Civ. Sent. 7 de mayo de 1991...), porque sin duda no está habilitado para subsistir de su trabajo. Lo anterior, se agrega ahora, es pertinente predicarlo inclusive respecto de la hija mujer; porque dado el marco histórico de la normatividad que nos rige, hoy no se complace el trato discriminatorio establecido en el inciso 2º del artículo 422 del Código Civil entre los hijos varones y las mujeres; esto lleva a concluir que aun cuando ese segmento del precepto no ha sido declarado inconstitucional, bien puede dejar de aplicarse restrictivamente al amparo del artículo 4º de la Constitución Política, por ser evidente que la disposición consagra una discriminación fundamentada en el sexo, sin que exista razón objetiva que la justifique, causando transgresión del artículo 13 de la Constitución en cuanto por razón del sexo se crean derechos diferentes ante la ley. Así lo ha expresado categóricamente la Corte Constitucional (Sentencia C-588 de 1992...). ... si la imposición de la cuota alimentaria supone la preexistencia de un derecho en cabeza del alimentario, desaparecido el derecho desaparece la obligación correlativa, y en este caso excepcional, desaparecida la condición de estudiante de la acreedora alimentaria, ésta siendo mayor de edad carece de todo derecho, dentro de los términos de la ley, a seguir percibiendo alimentos de su padre, no concurriendo en ella impedimento mental o corporal para exigirlos...”⁸.

- j) También conviene aclarar que la obligación alimentaria para con los hijos corresponde por igual a los dos padres, aunque de acuerdo y en proporción a sus circunstancias domésticas. Consideramos que esta aclaración es pertinente, en razón a que, aunque de poca aplicación, durante un largo período estuvo vigente la norma contenida en la segunda parte del artículo 149 del Código Civil, la cual le asignaba al cónyuge culpable de la anulación del matrimonio la carga de los gastos de alimentos y educación de los hijos, si tuviere medios para ello.

Sobre este precepto legal, la Corte Constitucional, en la sentencia C-727, de 25 de noviembre de 2015, estimó que “una lectura sistemática de las normas en esta materia y el análisis de las progresivas reformas introducidas en el Código Civil en

⁸ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia de tutela, noviembre 22 de 2000, M.P.: Nicolás Bechara Simancas.

En similar sentido ver la sentencia de la C.S. de J., Sala de Casación Civil, de mayo 7 de 1991.

materia de relaciones paterno-filiales, demostrarían que existe una igualdad entre los derechos y los deberes que les asisten a ambos miembros de la pareja respecto de sus hijos”⁹. Para desarrollar su posición, aquella corporación dijo en la misma providencia que “Efectivamente, de un lado, el artículo 288 del Código Civil, fue reformado por el artículo 19 de la Ley 75 de 1968, de modo que hoy en día la patria potestad se encuentra en cabeza de ambos padres. De otro lado, con relación a los deberes paterno-filiales, el Código Civil reconoce en el artículo 257 que los gastos de alimentación y educación corresponden a los dos progenitores”, y añadió que “Por su parte, la Ley 1098 de 2006, dispone que la responsabilidad parental, como complemento de la patria potestad, es compartida y solidaria entre el padre y la madre, para la máxima satisfacción de sus hijos. Además, el artículo 23 establece que los niños tienen derecho “a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente la custodia para su desarrollo integral”. El artículo 24 del Código de Infancia y Adolescencia, determina el alcance del derecho de alimentos de acuerdo con la capacidad económica del alimentante sin distinguir específicamente a quién corresponde dicho deber”, y remata su argumentación legal mencionando que “El artículo 387 del Código General del Proceso, regula el procedimiento de la nulidad de matrimonio señalando que desde la presentación de la demanda o durante el curso del proceso, el juez fijará de oficio o a petición de parte la obligación alimentaria de los cónyuges entre sí y con relación a los hijos comunes independientemente del acuerdo al que lleguen después las partes. Más adelante, el artículo 389 establece cuál deberá ser el contenido de la sentencia que decreta la nulidad, el divorcio o la cesación de efectos civiles del matrimonio católico y al respecto dispone que deberá determinarse “el monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges deba al otro, si fuere el caso (...) La condena al pago de los perjuicios a cargo del cónyuge que por su culpa hubiere dado lugar a la nulidad del vínculo, a favor del otro, si este lo hubiere solicitado”.

Por las razones que se acaban de resumir, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la segunda parte del mencionado artículo 149, porque “desconocía la Constitución (C.P. art. 4) y, en particular, el derecho a la igualdad entre los miembros de la pareja respecto de las obligaciones y derechos que se desprenden de la paternidad (C.P. art. 13, 42 y 43)”. La Corte “concluye que el aparte acusado efectivamente desconoce la Constitución pues al confundir los efectos de la disolución del vínculo matrimonial como consecuencia de la nulidad, con los deberes paterno-filiales, pone en el mismo plano situaciones muy distintas y por esta vía desconoce la imposibi-

⁹ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-727, de 25 de noviembre de 2015, Exp. D-10806, M.P. (e): Myriam Ávila Roldán.

lidad de renunciar a las obligaciones que le asisten a los padres frente a sus hijos, independientemente del vínculo que una a la pareja”.

- k) Finalmente, debe precisarse que aunque el numeral 4º del artículo 411 del Código Civil, modificado por el artículo 23 de la Ley 1ª de 1976, dispone que se deben alimentos “A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa”, y no obstante que la interpretación que se ha hecho de esta norma por los jueces de la República ha sido la de que, cuando ambos cónyuges son declarados culpables del divorcio del matrimonio civil, o de la cesación de los efectos civiles de matrimonios religiosos, o de la separación de cuerpos, no se causan alimentos, la Corte Constitucional, en una sentencia de tutela proferida el 22 de enero de 2016, hizo unas salvedades que consideramos conveniente extractar, a pesar de que, como se sabe, las sentencias de tutela solo producen efectos interpartes. Como se podrá observar, la ratio decidendi (razón para decidir) empleada por la Corte en esta sentencia, obliga a tener especial cuidado en la interpretación de la citada norma y en su aplicación en cada caso particular.

La sentencia tiene como antecedentes lo hechos que se resumen así:

- 1.1. Una señora contrajo matrimonio católico y argumentó que, poco tiempo después de haberse casado fue víctima de unos actos que, a su juicio, eran constitutivos de causales de divorcio.
- 1.2. Por esos motivos, interpuso una demanda que le correspondió resolver en primera instancia a un Juzgado de Familia, el cual decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio por la causal de ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra.
- 1.3. Además de la solicitud de cesación de efectos civiles de su matrimonio, reclamó ante la justicia declarar disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal a la que pertenecían ella y el demandante y, de igual forma, solicitó fijar en su favor una cuota de alimentos por un monto determinado, a cargo de su marido.
- 1.4. El Juzgado dictó sentencia de primera instancia, sosteniendo que, de conformidad con las pruebas halladas en el expediente, los dos extremos de la relación matrimonial presentaron eventos de violencia.
- 1.5. Además, el Juzgado no accedió a la solicitud de alimentos reclamada por la demandante inicial porque, en su concepto, las actuaciones de los dos cónyuges se enmarcaron dentro de la causal tercera de divorcio (tratos crueles) y por ese motivo, los dos fueron considerados culpables.

- 1.6. El juzgador manifestó que, para reconocer alimentos se requiere (i) necesidad, (ii) capacidad económica y (iii) que uno de los dos sea catalogado como cónyuge culpable. En consecuencia, no existía lugar al señalamiento de alimentos en favor de ninguna de las partes.
- 1.7. Esa decisión fue apelada por la señora demandante y la Sala de Familia del Tribunal Superior confirmó la sentencia del juez de primera instancia, reiterando los argumentos esgrimidos por ese juzgador.

Así las cosas, la demandante interpuso la acción de tutela que finalmente fue estudiada por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, la que profirió la sentencia T-016, del 22 de enero de 2016, en la que, en lo que respecta a las prestaciones alimentarias, hizo las siguientes consideraciones relacionadas con las disposiciones contempladas en el numeral 3° del artículo 411 del Código Civil:

“Para la Corte, el Tribunal incurrió en un error ostensible al interpretar indebidamente el artículo 411 del Código Civil según el cual el cónyuge culpable debe alimentos en favor del inocente, luego de decretado el divorcio o separación de cuerpos. En su concepto, el Tribunal se equivoca al concluir que cuando concurren culpas en un divorcio, en todos los casos, no hay lugar al reconocimiento de tales emolumentos. Para la accionante, este artículo debe ser interpretado de manera distinta pues la hermenéutica jurídica adoptada por el juez para resolver el caso concreto (conurrencia de culpas), se hace incompatible con sus derechos fundamentales.

“Por otra parte, la sentencia (...) también incurrió en yerro contrario a derechos fundamentales, cuando valoró las pruebas aportadas al proceso. En efecto, el juez de segunda instancia encontró probada la concurrencia de culpas y en consecuencia negó su derecho a recibir alimentos por parte de su cónyuge, argumentando que de conformidad con las pruebas testimoniales practicadas al proceso, la peticionaria habría incurrido en episodios de violencia que la convierten en cónyuge culpable. Lo anterior, sin tener en cuenta la decisión de la justicia penal que declaró culpable al señor (...) por maltrato intrafamiliar.

“En consecuencia, para el caso objeto de estudio (i) resultaba desacertado otorgarle la misma envergadura a las pruebas obrantes en el proceso de divorcio; y, (ii) incluso si se aceptara el análisis efectuado por el Tribunal Superior de Bogotá, existían en el proceso pruebas fehacientes sobre la violencia desproporcionada que el acusado causaba sobre ella. (...)

“De acuerdo con el artículo 411 del Código Civil, se deben alimentos, entre otros, “a cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa”. Esa disposición ha sido entendida por la doctrina jurídica como una sanción

en contra de la parte matrimonial que incurrió en alguna de las causales de divorcio contenidas en el Estatuto Civil. No obstante, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que cuando concurren culpas, esto es, que las dos partes hayan incurrido en alguna de esas causales de divorcio, no habrá lugar a la fijación de alimentos en favor de ninguna de las dos partes. Ello por cuanto, como es apenas natural, los dos cónyuges fueron causantes del divorcio.

“En efecto, una interpretación estricta del artículo 411 del Código Civil llevaría a esta Sala a concluir que la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Bogotá sería razonable y ajustada a derecho. Luego de revisado el texto de la sentencia acusada de errante, esta Sala podría, en abstracto, determinar que el Tribunal, en efecto, aplicó adecuadamente el artículo 411 del Código Civil pues encontró que se presentaron episodios de violencia en las dos partes de la relación. De la misma manera, esta Sala no tendría argumentos para sostener que el juez de segunda instancia o bien utilizó indebidamente normas aplicables o las interpretó inadecuadamente.

“Pese a lo anterior, frente al caso concreto, esta Sala estima que la interpretación estricta del artículo 411 del Código Civil que realizó el Tribunal Superior de Bogotá es contraria a derechos fundamentales. Para esta Corte, si bien en algunos casos la concurrencia de culpas conlleva a la negación bipartita de alimentos, de ahí no se sigue que, siempre, en todos los casos, esa deba ser la consecuencia jurídica del artículo 411 del Código Civil. Para esta Sala, una interpretación respetuosa de derechos fundamentales, especialmente de las mujeres, debe valorar la situación concreta de la pareja pues, como se demostrará a continuación, la culpa de una de las partes pudo ser causada por otra.

“Acorde con lo dicho, las normas sobre fijación alimentaria no deben abstraerse de la realidad interpersonal de la pareja. La sanción prevista en el artículo 411 del Código Civil debe aplicarse cuando la causal de divorcio en la que incurrió uno de los cónyuges haya sido consecuencia directa de la conducta desplegada por el otro. Esta Corte no acepta la tesis contraria a derechos fundamentales según la cual no se debe reconocer alimentos en favor de uno de los cónyuges cuando, por ejemplo, se ausenta del lugar conjunto de habitación para evitar maltratos físicos y/o psicológicos causados por el o la agresora.

“Esa postura es a todas luces contraria a la Carta Política pues bajo ese panorama, se estarían privilegiando las actuaciones del cónyuge agresor sobre la víctima. Allí, evidente y estrictamente, los dos cónyuges estarían incumpliendo con sus deberes conyugales. Sin embargo, no puede pasarse por alto que la víctima de violencia lo hace motivada por las agresiones que su pareja le proporciona.

“Es importante resaltar que el deber de alimentos del cónyuge culpable es una sanción que el ordenamiento jurídico colombiano establece a la parte matrimonial que

ocasionó el divorcio. No es razonable considerar que un agresor intrafamiliar pueda verse beneficiado a pesar de que fue quien ocasionó la reacción de la víctima. Esto, en algunos casos será difícil de establecer, pero, como se sostuvo a lo largo de la providencia, no puede dejarse de lado el hecho de que ha sido la mujer, de diferentes formas, quien tradicionalmente ha sido la parte usurpada en su integridad por parte del hombre. Por ello, además de esta regla, el artículo 411 del Código Civil, debe, en todo caso, estudiarse con base en criterios de género que den cuenta de las desigualdades que existen dentro de las relaciones de pareja”¹⁰.

Sobre este mismo asunto, es de interés estudiar los alcances y efectos de otra sentencia de tutela proferida en esta ocasión por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia el 25 de julio de 2017¹¹, no solo porque en ella se sugiere una especie de obligatoriedad del Juez que decreta el divorcio por causas imputables a uno de los cónyuges, de condenar, como medida sancionatoria, al reconocimiento y pago de los alimentos a favor del cónyuge que no dio lugar a los hechos que lo motivaron, sino también porque pareciera deducirse de su análisis que los presupuestos de las obligaciones alimentarias (vínculo jurídico, necesidad del alimentario y capacidad económica del alimentante), pasan a un segundo plano, para darle preeminencia a medidas protectoras del cónyuge que haya sido víctima de la conducta agresiva y violenta del otro.

Este pronunciamiento lo hizo la Sala Civil con referencia a una acción de tutela interpuesta por una persona de elevado nivel profesional y con un alta remuneración, como que ocupaba el rango de magistrada de una alta Corte de Justicia. En otro acápite de esta obra se hará un sucinto análisis de los alcances de esta providencia que, por las connotaciones que tuvo, fue objeto de amplia difusión a través de los medios de comunicación del país.

11.5.1 Personas a quienes se deben alimentos congruos

Código Civil

“ART. 414.- Se deben alimentos congruos a las personas designadas en los números 1, 2, 3, 4 y 10 del artículo 411, menos en los casos en que la ley los limite expresamente a lo necesario para la subsistencia; y generalmente, en los casos en que el alimentario se haya hecho culpable de injuria grave contra la persona que le debía alimentos.

¹⁰ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-016, del 22 de enero de 2016, Exp. T-4.970.917, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹C.S. de J., Sala de Casación Civil, sentencia STC10829, de julio 25 de 2017, Rad. 11001-02-03-000-2017-01401-00, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

Se deben asimismo alimentos congruos en el caso del artículo 330.

En el caso de injuria atroz cesará enteramente la obligación de prestar alimentos. Para los efectos de este artículo, constituyen injuria atroz los delitos graves y aquellos delitos leves que entrañen ataque a la persona del que debe alimentos.

Constituyen injuria grave los demás delitos leves contra cualquiera de los derechos individuales de la misma persona que debe alimentos”¹².

Veamos con un poco más de detalle:

Se deben alimentos *congruos* al cónyuge, al compañero o compañera permanente; a los descendientes, sin importar que sean mayores de edad, siempre y cuando estos últimos se encuentren inhabilitados para trabajar y generarse su propio sustento, por invalidez o por razón de sus estudios; a los ascendientes, y a cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos, sin su culpa.

El carácter escueto y conciso de la norma hace conveniente recordar algunas interpretaciones que han sido dadas por las altas corporaciones de justicia, al respecto.

En concreto, la Corte Constitucional, al referirse a los efectos jurídicos de la aplicación de la causal sexta de divorcio “ Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial”, se preguntó si la extinción de la obligación conyugal de socorro y ayuda, como uno de los efectos civiles del matrimonio, puede conducir a la vulneración de los derechos del cónyuge gravemente enfermo y discapacitado.

Desde esa perspectiva, consideró que el criterio para imponer las cargas alimentarias previstas en el numeral 4º del artículo 411 del Código Civil, “es la culpa del cónyuge que ha suscitado el divorcio”, pero aclaró que, “No obstante, cuando en la causal de divorcio que se alega, como sucede con la causal sexta (...) no se presenta culpa alguna de los cónyuges divorciados, el legislador guarda silencio sobre la materia” y que, precisamente por esa razón, ante ese vacío legislativo, la obligación de socorro y ayuda podría terminar abruptamente como consecuencia de la sentencia de divorcio, situación que constituiría una aberrante injusticia, en un momento cuando,

¹² El artículo 330 del Código Civil se encuentra derogado. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-156 de febrero 25 de 2003, resolvió declarar Exequible el aparte inicial del primer inciso del artículo 414 del Código Civil, que literalmente establece “Se deben alimentos congruos a las personas designadas en los números 1, 2, 3, 4 y 10 del artículo 411” e Inhibirse de conocer de la constitucionalidad del resto del inciso, por demanda inepta.

posiblemente, el cónyuge enfermo está más necesitado de cuidado, atentando contra los más elementales principios de la dignidad humana.

Por esas consideraciones, entre otras, la Corte Constitucional declaró exequible el numeral 6 del artículo 6 de la Ley 25 de 1992, “en el entendido que el cónyuge divorciado que tenga enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o psíquica, que carezca de medios para subsistir autónoma y dignamente, tiene derecho a que el otro cónyuge le suministre los alimentos respectivos, de conformidad con los criterios expuestos en el apartado 7 de esta sentencia”¹³.

11.5.2 Orden de preferencia para suministrar alimentos

Código Civil

“ART. 416.- El que para pedir alimentos reúna varios títulos de los expresados en el artículo 411, sólo podrá hacer uso de uno de ellos, observando el siguiente orden de preferencia:

En primer lugar, el que tenga según el inciso 10.

En segundo, el que tenga según los incisos 1º y 4º.

En tercero, el que tenga según los incisos 2º y 5º.

En cuarto, el que tenga según los incisos 3º y 6º.

En quinto, el que tenga según los incisos 7º y 8º.

El del inciso 9º no tendrá lugar sino a falta de todos los otros.

Entre varios ascendientes o descendientes debe recurrirse a los de próximo grado.

Sólo en el caso de insuficiencia del título preferente podrá recurrirse a otro”.

“Desde que la obligación de prestar alimentos, impone al alimentante el sacrificio de una parte de su propiedad, era natural que ese sacrificio se exigiere primero de quien ha recibido gratuitamente bienes del alimentario. En este caso, por lo mismo, aquella obligación se reduce a que el alimentante devuelva parte de lo que recibió de una manera gratuita, cosa justa que no debe extrañarse. En los demás casos no ocurre lo mismo, puesto que la obligación debe cumplirse aunque el alimentante no haya recibido ningún beneficio pecuniario de quien le exige alimentos. Nada puede objetarse a que a falta de donatario, la obligación alimenticia exista en segundo lugar entre los cónyuges, a causa de las estrechas relaciones que hay entre éstos. En efecto, ningún lazo más fuerte que el del matrimonio, y por lo tanto ninguna relación

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-246, de abril 9 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

debe suponerse más íntima y afectuosa que la que de él se deriva”¹⁴, anotaba desde antaño el célebre profesor Fernando Vélez. Comentario al que, ahora, con el reconocimiento de la unión marital de hecho como fuente de la familia, a los cónyuges deberán agregarse los compañeros permanentes, según los delineamientos de la jurisprudencia constitucional.

La prestación alimentaria entre los cónyuges y entre los compañeros permanentes, en el orden siguiente al de los donantes, también es consecuencia del deber de solidaridad, ayuda y socorro que se deben entre sí, en el primer caso, y a la responsabilidad inherente a la decisión de conformar una familia, a la que se refiere el artículo 42 de la Carta Política, en el segundo. Adicionalmente, porque en el evento del numeral 4° del artículo 411, resulta obvio que subsista esa obligación para el cónyuge que haya resultado culpable del divorcio o de la separación de cuerpos.

Respecto al tercer orden de preferencia que menciona el artículo 416 del Código Civil, observamos que el asignado en los incisos 5° y 7° del artículo 411, referidos a los hijos naturales (hoy llamados extramaritales) y adoptivos, no tiene aplicación, pues, como ha sido dicho en repetidas ocasiones, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 29 de 1982, que adicionó el 250 del Código Civil, “los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones”. Con base en estas aclaraciones, debe entenderse que los hijos extramaritales, y los adoptivos, están en el mismo orden de los descendientes, aspecto que es consecuencia de la aplicación del principio de igualdad que hoy impera en el trato de la Ley a las personas.

Aunque entendemos que la Corte Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre la exequibilidad o inexecutable del numeral 6° del artículo 411, y que, consecuentemente, podría pensarse que a los ascendientes *naturales*, según el texto del artículo 414, se les deben alimentos *necesarios*, no *congruos*, consideramos que la decisión que adoptara aquella corporación a través de la sentencia C-105, del 10 de marzo de 1994, de declarar inexecutable las expresiones “legítimos” y “legítima”, contenidas en el mismo artículo 411, terminaron haciendo inaplicables los numerales 6 y 8 de dicha norma, en cuanto que la lectura correcta que ahora debe dársele es la de que se deben alimentos, simplemente “a los ascendientes”.

Luego, también pierden aplicación los numerales 7 y 8, que se refieren a los hijos adoptivos y a los padres adoptantes y el quinto orden de preferencia del artículo 416, no solo porque también desapareció de nuestro ordenamiento jurídico la discrimina-

¹⁴ Vélez, Fernando, *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, Tomo Segundo, 2ª ed., corregida y aumentada por el autor y por Luis-Ángel Arango, Imprenta París – América, París.

ción de ascendientes legítimos, naturales y adoptivos, sino también porque debe entenderse que los hijos ilegítimos o extramaritales, y los adoptivos, están en el mismo orden de los descendientes.

Con base en los anteriores criterios, podemos afirmar que, hoy en día, a todas las personas que aparecen enlistadas en el artículo 411, se les deben alimentos *congruos*, salvo a los hermanos, a quienes se deben alimentos *necesarios*.

Estas disposiciones legales deben concordarse directamente con el artículo 260 del Código Civil, el cual establece que la obligación de prestar alimentos al hijo que carece de bienes, “pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos (...) por una y otra línea conjuntamente”, y asigna al juez la reglamentación de dicha contribución, tomadas en consideración las facultades de éstos.

Finalmente, téngase en cuenta la aclaración que está consignada en los dos últimos incisos del artículo 416, en el sentido de que, “Entre varios ascendientes o descendientes debe recurrirse a los de próximo grado”, o, dicho de mejor manera, a los del grado más próximo, y que, “Sólo en el caso de insuficiencia del título preferente podrá recurrirse a otro”.

11.6 Obligaciones alimentarias ante la falta o insuficiencia de los padres

Hay ocasiones en que faltan los padres, ya sea por causa de su muerte, por una discapacidad mental, o por su larga ausencia. Y las hay también cuando los padres no faltan, sino que se encuentran en circunstancias en las que su capacidad económica es deficitaria, insuficiente para atender las cargas alimentarias que tienen respecto a los hijos, de un modo correspondiente a su posición social (alimentos congruos). En estos casos, surge una responsabilidad para los abuelos del menor, o del incapaz, de cumplir con esa obligación legal.

Recuérdese que, cuando nos referimos a las personas a quienes se les deben alimentos, el artículo 411 del Código Civil colombiano, tal como quedó redactado finalmente por el artículo 23 de la Ley 1ª de 1976, señala que esa obligación está determinada a favor de “*los descendientes*” (numeral 2º). Téngase en cuenta también que, según mandato de la Corte Constitucional, lo que está de acuerdo con nuestra Carta Política es “reconocer el derecho a los ascendientes y descendientes de cualquier clase que sean” (legítimos, extramaritales o adoptivos), tal como lo expuso en la ya citada sentencia C-105, de marzo 10 de 1994. Y anótese, por último, que el artículo

260 dispone claramente que ante la *falta* o *insuficiencia* de los padres, responderán los abuelos de ambas líneas de parentesco.

Dice así:

Código Civil

“ART. 260.- La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos (legítimos)¹⁵ por una y otra línea conjuntamente.

El juez reglará la contribución, tomadas en consideración las facultades de los contribuyentes, y podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan”.

Por su parte, los artículos 118 y 119 del Código Civil, este último modificado por el artículo 3º del Decreto 2820 de 1974, determinan otras circunstancias en las que se entiende que los padres faltan, como cuando se halle ausente del territorio nacional, sin esperarse su pronto regreso, o por ignorarse el lugar de su residencia; o cuando el padre ha sido privado de su libertad.

Las normas mencionadas dicen lo siguiente:

Código Civil

“ART. 118.- Se entenderá faltar el padre o la madre u otro ascendiente, no sólo por haber fallecido sino por estar demente o fatuo; o por hallarse ausente del territorio nacional, y no esperarse su pronto regreso; o por ignorarse el lugar de su residencia”.

Código Civil

“ART. 119.- Modificado, Decreto 2820 de 1974, Art. 3º.- Se entenderá faltar asimismo aquel de los padres que haya sido privado de la patria potestad”.

Pero sobre esta última norma, la del artículo 119 del Código Civil, que considera que falta el padre cuando ha sido privado de la patria potestad, debemos aclarar que no por ese motivo cesa en sus obligaciones para con sus menores hijos, en cuanto que el inciso tercero del artículo 310 del mismo estatuto, que terminó siendo sustituido por

¹⁵ La expresión “legítimos”, contenida en el artículo 260 del Código Civil, que aparece entre paréntesis, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, Sentencia C-105 de marzo 10 de 1994, Exp. D-390, M.P.: Jorge Arango Mejía. Dijo la Corte: “Como la igualdad es de derechos y obligaciones, no se ve por qué de la obligación de alimentar al hijo ante la insuficiencia de los padres se excluya a los que no son abuelos legítimos. Es inexecutable, pues, la palabra legítimos usada en el inciso primero del artículo 260, y así se decretará”.

el artículo 7° del Decreto 772 de 1975, estatuye que “La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos”.

La armonización de estas disposiciones legales es lo que, en justa medida, permite hacer efectivas las prestaciones alimentarias, calificadas como un derecho fundamental de los niños por el artículo 44 de la Constitución Política; igualmente, posibilita proteger a los adolescentes, como lo ordena el artículo 45, e implica, así mismo, aplicar el principio de la *solidaridad familiar* a que se refiere el ya mencionado artículo 67 del C. de la I. y la A., como un complemento a las medidas de protección establecidas en él y consagradas principalmente en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales relacionados con la niñez, aprobados y ratificados por Colombia.

11.7 Criterios para tasar los alimentos

Los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de convenir la forma y cuantía de las prestaciones alimentarias, o de adoptar una decisión administrativa o judicial de su fijación, resultan de singular importancia para el buen manejo de esta prestación económica, de tan importante alcance social.

Recordemos inicialmente que los alimentos no son ni pueden ser fuente de enriquecimiento para nadie, en cuanto que están previstos para atender la congrua o necesaria subsistencia de las personas, y, por ese motivo, siempre tienen un sentido complementario; en cuanto “no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar la vida” (C.C., Art. 420).

Y adicionemos que, en todos los casos, resulta menester acudir a los criterios derivados de la Ley y plasmados en la jurisprudencia patria.

Sobre ese tema en particular, la jurisprudencia ha explicado los llamados “Presupuestos objetivos para acceder a la condena alimentaria”, para indicar que, en ese sentido, por tratarse de una obligación que se impone a una persona a favor de otra, para que pueda subsistir se requiere que, “además de implicar la existencia de un acreedor –alimentario– y de un deudor –alimentante–, por hipótesis exige la necesidad del primero y que el segundo se encuentre en condiciones de ayudarlo”¹⁶. “requisito para que se pueda pedir alimentos, consiste en que el alimentante tenga manera de suministrarlos al peticionario (C.C., Art. 419). A primera vista esta

¹⁶ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia de noviembre 9 de 1988.

advertencia es superflua, pues nadie está obligado a lo imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*)¹⁷.

En este orden de ideas, pues, las prestaciones alimentarias deben reglamentarse bajo los siguientes supuestos: (i) el vínculo jurídico del que nace la obligación (constancia del parentesco, escritura pública que contiene la donación, etc.); (ii) la existencia de un acreedor que los necesite, dada su precariedad económica, o la imposibilidad de trabajar; y, (iii) la existencia de un deudor, que esté en capacidad de suministrarlos, sin sacrificar su propia subsistencia.

“En efecto, si el concepto de la obligación de prestar alimentos... encierra un profundo sentido humanitario en cuanto en últimas significa el reconocimiento normativo del deber moral de socorro y su sanción cuando así lo impone la existencia del vínculo de solidaridad que liga a los integrantes del consorcio familiar; si en consonancia con esta noción básica cabe añadir que la finalidad de dicha obligación no es otra diferente que la de proporcionar al familiar necesitado cuanto precise para su manutención y subsistencia, entendida ésta en sentido amplio o sea el de asegurar al alimentario los medios de vida si no halla dónde obtenerlos y se encuentra en la imposibilidad de procurárselos; y en fin, si frente a situaciones litigiosas en este campo se trata de fijar una relación concreta entre dos disposiciones económicas llamadas a integrarse y, en cierto modo, a ponerse en equilibrio, en el caso presente el plenario ofrece elementos de convicción suficientes para no hacer condena al pago de alimentos, confirmando en consecuencia la decisión sobre este aspecto adoptada en la sentencia de primera instancia. La necesidad de quien los demandó quedó descartada por su propia declaración rendida al absolver el interrogatorio de parte oficiosamente decretado por la Corte..., puesto que de allí se desprenden con razonable exactitud las circunstancias actuales de la cónyuge demandante y las facultades con que cuenta para procurarse –por sí misma– los medios indispensables para subsistir ella de un modo correspondiente a su posición social, mientras que basta leer la certificación de ingresos... para comprender que el demandado, en función de sus personales circunstancias laborales y de las cargas asistenciales que en favor de sus dos hijos para él se derivan del mismo proveimiento, no dispone de medios propios suficientes para prestar los susodichos alimentos”¹⁸.

Por último, es pertinente mencionar que, independientemente de las circunstancias económicas del obligado a prestar alimentos, el C. de la I. y la A. consagra una

¹⁷ Valencia Zea, Arturo, ob. cit., p. 33.

¹⁸ C.S. de J., Sala de Casación Civil, sentencia de noviembre 9 de 1988.

presunción legal, prevista en el inciso primero del artículo 129¹⁹, referido a aquellas situaciones en las que el Juez no tiene la prueba sobre la solvencia económica del alimentante y no puede establecerla tomando en cuenta su patrimonio y posición social. La norma dispone que “en todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal”.

Esta disposición no es nueva. Ya había sido incorporada, por primera vez, en el Código del Menor del año 1989, y tuvo origen en que muchos padres y madres obligados a prestar alimentos a sus hijos, no lo hacían, o lo hacían por menores cuantías, amparados en la circunstancia de que no tenían ingresos fijos, o que éstos no se les podían comprobar. Asunto que sucedía en menor proporción entre las personas que contaban con un contrato de trabajo, debido a la trazabilidad de los pagos por salarios y prestaciones sociales; pero que se daba en un crecido número de casos en que los deudores de alimentos desarrollaban actividades independientes.

En buena hora el legislador vino a corregir esta clase de comportamientos evasivos de parte de las personas obligadas a prestar alimentos a menores, a través de la presunción legal ya mencionada. En consecuencia, si en un caso concreto, el expediente de un proceso de alimentos no suministra evidencia ninguna sobre las facultades económicas reales del alimentante, forzoso es presumir que, al menos, devenga el salario mínimo legal y en consecuencia, el Juez debe estimar la proporción del aporte de acuerdo con esta pauta legal.

11.8 Alimentos provisionales

Como ya vimos, los alimentos, por su propia naturaleza y por el carácter personalísimo que tienen, muchas veces se requieren con urgencia, como que resultan indispensables para sustentar la vida.

El Código Civil, atendiendo puntualmente esas circunstancias, dispone que mientras se ventila o se adelanta el trámite judicial para obtener el reconocimiento y pago de la prestación alimentaria, el Juez de Familia puede (también el Defensor de Familia o el Comisario de Familia), ordenar que se den provisionalmente alimentos, “desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria”, y con

¹⁹ Obsérvese que el artículo 626 del Código General del Proceso, aprobado por la Ley 1564, del 12 de julio de 2012, y reglamentado a través del Decreto 1736 de 2012, derogó la expresión “y a recibir declaración a los testigos indicados por los solicitantes”, del artículo 129 del Código Civil.

la advertencia de que ese derecho a la restitución cesa contra el que, de buena fe y fundamento justo, haya intentado la demanda.

Cuando se trate de menores de edad, el Código de la Infancia y la Adolescencia (Arts. 24, 52, 82, 111, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136) autoriza impartir la orden de suministrar alimentos provisionales, la cual puede ser dada, para esos casos, por el mismo Defensor de Familia, o por el Comisario de Familia, previa citación del obligado a audiencia de conciliación. Pero también dice que cuando habiendo sido debidamente citado a la audiencia, el obligado no haya concurrido o, habiendo concurrido no se haya logrado la conciliación, estos funcionarios públicos están autorizados por el artículo 111 de dicho Código para fijar cuota provisional de alimentos. El mismo artículo 129 de la Ley 1098 de 2006 dispone que “En el auto que corre traslado de la demanda o del informe del Defensor de Familia, el Juez fijará cuota provisional de alimentos, siempre que haya prueba del vínculo que origina la obligación alimentaria” y, en caso de que el Juez no tenga la prueba sobre la solvencia económica del alimentante, lo faculta para establecerla tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y, “en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica”.

Respecto a este tema debe observarse la extrema severidad probatoria que aplican algunos jueces a la hora de resolver una solicitud de fijación de cuota provisional de alimentos, porque, en la mayoría de los casos, no les bastan algunos documentos que comprueban la capacidad económica del demandado (certificados de tradición y libertad de bienes inmuebles de propiedad de éste; certificados de existencia y representación legal de sociedades mercantiles; copias simples de extractos bancarios, etc.), sino que usualmente exigen originales de los certificados de ingresos y retenciones, o copias auténticas de las declaraciones de renta del obligado, documentos estos últimos muy difíciles de conseguir.

11.9 Nacimiento, forma de pago y extinción de la obligación alimentaria

Los alimentos que se deben por Ley, por lo general, “se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda”, según lo dispone el artículo 422 del Código Civil.

Pero la misma norma limita en el tiempo esa prestación económica, al negarle el derecho a pedirlos a aquellas personas que hayan llegado a la mayoría de edad y, por lo tanto, sean capaces jurídica, física y mentalmente. O, dicho en otras palabras, “salvo

que por algún impedimento corporal o mental, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo”, como reza la citada norma²⁰.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia se ha encargado de precisar que las normas del Código Civil que regulan esta materia no se refieren solo a los hijos menores, sino también a los hijos comunes, término éste que comprende también a los mayores, en tanto se encuentren inhabilitados para subsistir de su trabajo, lo que puede obedecer a que se encuentren incapacitados física o psicológicamente, o a que estén adelantando estudios.

Por ejemplo, cuando una persona que haya alcanzado la mayoría de edad sufre de severa deficiencia mental permanente, es manifiesto que continúan de cargo de los padres o de otras personas que estén obligadas, por ministerio de la Ley, los deberes alimentarios. Esa obligación cesa, por supuesto, cuando se produzca la rehabilitación del alimentario.

Bajo esas consideraciones previas, hay que explicar sucintamente algunos aspectos procesales para la solicitud de alimentos.

Cuando no hay acuerdo directo entre las partes involucradas, las reclamaciones alimentarias, por lo general, exigen como requisito de procedibilidad, la celebración de una audiencia previa de conciliación, debido a que la conciliación es, acaso, el medio más eficaz para convenir la forma de dar cumplimiento, entre otras, a las obligaciones alimentarias.

Como ya quedó reseñado, las obligaciones alimentarias, en el orden dado por los artículos 411 y siguientes del Código Civil, se deben, entre otros, así:

- (i) A los hijos menores;
- (ii) A los hijos mayores que sean impedidos para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez física o psíquica;
- (iii) A los ascendientes (padres, abuelos, etc.), cuando no se encuentren en condiciones para sustentar su vida por sus propios medios (adultos mayores, incapacidad física o mental, etc.) y no tienen posibilidades de trabajar.

²⁰ Mediante Sentencia C-875, de septiembre 30 de 2003, Exp. D-4.551, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional decidió declarar exequible la expresión “Con todo, ningún varón de aquellos a quienes sólo se deben alimentos necesarios, podrá pedirlos después que haya cumplido veintidós años, salvo que por algún impedimento corporal o mental se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo”, contenida en el artículo 422 del Código Civil, bajo la condición que también se entienda referida a “ninguna mujer”.

Ahora bien, cuando se trata de las personas adultas mayores, corresponde a sus descendientes, primeramente a los hijos, el suministro y pago de una pensión alimentaria para su congrua subsistencia. Ello es desarrollo del mandato incorporado en los artículos 251 y 252 del Código Civil, los cuales disponen que “Aunque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de sus padres en su ancianidad, en el estado de demencia (entiéndase discapacidad mental), y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios”, y que los demás ascendientes tienen derecho al mismo socorro, “en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes”.

Si ese compromiso no se atiende, legalmente siempre será posible acudir a la convocatoria a una audiencia previa de conciliación. Si hay acuerdo, el acta correspondiente hace tránsito a cosa juzgada formal, no material, y presta mérito ejecutivo. En caso de desacuerdo, con ella se acredita el cumplimiento de la diligencia previa, y es procedente la presentación de la correspondiente demanda judicial ante el Juez de Familia competente.

Tanto el artículo 76 de la Ley 153 de 1887, como el 421 del Código Civil, determinan que “Los alimentos suministrados por el padre o la madre correrán desde la primera demanda; y no se podrán pedir los correspondientes al tiempo anterior, salvo que la demanda se dirija contra el padre y se interponga durante el año subsiguiente al parto”. Estas disposiciones, que se encuentran plenamente vigentes, son de trascendental importancia en el reconocimiento y pago de las prestaciones alimentarias, por cuanto dichas normas establecen, de manera perentoria, que los alimentos se deben y correrán desde ese momento. Desdichadamente, en los despachos judiciales se ha vuelto costumbre que los jueces, al proferir la sentencia que fija la cuota o pensión alimentaria, no prestan el cuidado necesario para que la misma se haga efectiva a partir de la fecha del auto admisorio de la demanda, sino que dejan que ello se produzca a partir de la fecha en que cobre ejecutoria la correspondiente sentencia. Ello no generaría mayores inquietudes si los procesos judiciales se adelantaran con la celeridad, en los términos y formalidades propios de los procesos verbales sumarios previstos en la legislación procesal. Pero suele suceder que la tramitación de muchos procesos de alimentos, que debería ser oral y, en lo posible, en una misma audiencia, en la práctica sigue demorando varios meses, y hasta años, razón por la cual, dado el interés social que se encuentra comprometido en esta clase de asuntos, la más elemental prudencia y un sentido de equidad y justicia exigen que los jueces les den aplicación a las previsiones consagradas en las normas citadas. Queda por ver si estas protuberantes fallas procesales se corrigen, a raíz de la entrada en vigencia del Código General del Proceso y de la aplicación del sistema de oralidad en la práctica judicial.

En cuanto a la forma de pago, el citado artículo 421 ordena que se paguen por mesadas anticipadas, y el 423, modificado por el artículo 24 de la Ley 1ª de 1976, autoriza reglar la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y para disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consigne con ese fin en un establecimiento bancario, restituyendo ese capital a favor del alimentante, o a sus herederos, cuando cese o se extinga la obligación.

El artículo 129 del C. de la I. y la A., por su parte, faculta al Juez para disponer en la sentencia que los alimentos se paguen y aseguren mediante la constitución de un capital cuya renta los satisfaga. Si el obligado no cumple la orden dentro de los diez días hábiles siguientes, el Juez deberá adoptar las medidas conducentes, y con ese fin podrá decretar el embargo, secuestro, avalúo y remate de los bienes o derechos del alimentante, conforme a las normas procesales pertinentes.

Por último, la obligación alimentaria se extingue por la muerte del alimentario, o por la modificación o alteración de sus circunstancias económicas, en cuanto haya quedado habilitado para obtener su propia y congrua sustentación. Solo que, si la cuota o pensión alimentaria fue convenida en acta de conciliación, o resuelta mediante sentencia judicial, será necesario celebrar un nuevo acuerdo conciliatorio en donde se convenga la exoneración de esa cuota, o, fracasada la conciliación, promover un proceso judicial con esa pretensión.

Pero es bueno aclarar que, aunque los alimentos son una obligación permanente, siempre podrán modificarse, o bien directamente entre alimentante y alimentario, o con la intervención de un conciliador, o, a falta de acuerdo, a través de una demanda que busque que se decrete esa modificación o aun la exoneración. A este respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

“(...) la prestación de alimentos constituye una obligación permanente, siempre que se conserven las circunstancias que dieron motivo a su demanda. Lo que vale decir, a contrario, que si se alteran las circunstancias mencionadas, pueden modificarse también la forma y cuantía de esa prestación alimenticia y aun obtenerse que se la declare extinguida. La índole proteica de la misma prestación conlleva el efecto de que las sentencias que decretan o deniegan su pago, no adquieren el sello de la cosa juzgada material, sino que están subordinadas a los cambios que se produzcan en la situación del alimentante y del alimentario. Dicha prestación obedece a un fin de solidaridad social y puede variar con las circunstancias que lo hacen o no exigible”²¹.

Volviendo sobre el tema de la modificación de esta prestación, en la misma forma dicha para la exoneración podrá pedirse el aumento o la disminución de la pensión de

²¹ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia agosto 16 de 1969.

alimentos, cuando se acredite una variación de la situación económica del beneficiario o del deudor, frente a las circunstancias que legitimaron el acuerdo o motivaron la sentencia judicial.

11.10 Algunas consideraciones sobre los alimentos para los hijos mayores de edad

Sobre el tema de los alimentos para los hijos mayores de edad hay más comentarios por hacer, que conviene reproducir en razón al sinnúmero de controversias que se suscitan en muchos hogares colombianos en los que, después de haber sido convenidas o falladas judicialmente unas pensiones alimentarias para hijos menores, cuando éstos adquieren la mayoría de edad y aun después de formados profesionalmente y habilitados para trabajar, son renuentes a convenir la exoneración de ese compromiso.

La Corte Constitucional, al analizar un problema jurídico que le fuera planteado a través de una acción de tutela de una persona que consideró vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, en razón a que en un juicio de exoneración de cuota alimentaria un Juzgado de Familia, a pesar de haber reconocido que el beneficiario de la cuota alimentaria era una persona de 26 años de edad, profesional, con capacidad mental y corporal para trabajar, decidió no eximirlo de dicha obligación argumentando que el alimentario no gozaba de vinculación laboral, hizo unos interesantes análisis que contribuyen a ilustrar más ampliamente esta temática.

En dicha sentencia²², la Corte no solo se refirió a la obligación alimentaria para hijos que superan la mayoría de edad, sino que también hizo una exposición jurídica sobre las características de los alimentos, y de los requisitos y condiciones para acceder a ese derecho.

Dijo así:

“4. La obligación alimentaria para hijos que superan la mayoría de edad.

La jurisprudencia constitucional ha explicado que el derecho de alimentos es aquél que tiene una persona para solicitar lo necesario para su subsistencia a quien por ley se encuentra obligado a darlo, cuando la persona no cuenta con la capacidad de procurárselo por cuenta propia²³.

²² Corte Constitucional, Sentencia T-854, de octubre 24 de 2012, Exp. T-3516725, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

²³ Sentencias C-1033 de 2002 y C-919 de 2001.

Igualmente, ha señalado que los alimentos adquieren relevancia constitucional debido a que constituyen “el reconocimiento y concreción de las obligaciones alimentarias y su realización material, se vincula con la necesaria protección que el Estado debe dispensar a la familia como institución básica o núcleo fundamental de la sociedad, y con la efectividad y vigencia de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, en la medida en que el cumplimiento de aquéllas sea necesario para asegurar en ciertos casos la vigencia de los derechos fundamentales de las personas al mínimo vital o los derechos de la misma estirpe a favor de los niños, o de las personas de la tercera edad, o de quienes se encuentren en condiciones de marginación o de debilidad manifiesta (arts. 2, 5, 11, 13, 42, 44 y 46 C.P.)”²⁴.

El derecho de alimentos en un comienzo proviene del parentesco; la obligación de suministrarlo se deriva del principio de solidaridad, ya que los miembros de la familia deben proporcionar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma, que se encuentran impedidos para procurarse sustento a través del trabajo²⁵.

El Código Civil reglamenta los derechos y obligaciones de alimentos que se deben por ley a ciertas personas. Entre otros, el de los padres a los hijos, que consiste en el derecho que tienen estos últimos para exigir el suministro de lo necesario para sobrevivir. Dice la norma:

“Artículo 257. Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos pertenecen a la sociedad conyugal, según las reglas que, tratando de ella, se dirán”.

En igual sentido, el artículo 264 del mismo estatuto dispone:

“Artículo 264. Los padres, de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más conveniente para éstos; asimismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento.”

Por su parte, el artículo 24 del Código de la Infancia y la Adolescencia define los alimentos como “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes”.

La jurisprudencia constitucional ha establecido los criterios para reclamar alimentos²⁶, así:

²⁴ Sentencias C-1033 de 2002, C-919 de 2001 y C-184 de 1999.

²⁵ Sentencia C-919 de 2011. *Código de la Infancia y la Adolescencia*, artículo 129.

²⁶ Sentencias C-1033 de 2002, C-919 de 2001 y la *Guía Básica de Procesos de Familia*, Martha Patricia Guzmán Álvarez. Editorial Ibáñez, 2009.

- (i) *Que una norma jurídica conceda el derecho a exigir los alimentos.*
- (ii) *Que el alimentario carezca de bienes y por ende requiera los alimentos que pide.*
- (iii) *Que el alimentario tenga los medios económicos para proporcionarlos.*

Así que conforme con estas disposiciones y con la Constitución, el suministro de alimentos no solo comprende lo estrictamente necesario para subsistir, sino también lo que se necesita para vivir dignamente²⁷, lo que para algunos autores hace que pierda vigor la clasificación de alimentos consagrados en el artículo 413 del Código Civil, que tradicionalmente los divide en congruos y necesarios (los primeros son los que se requieren para vivir modestamente de acuerdo a su posición social, y los segundos los que se proporcionan para sostener la vida)²⁸.

De otra parte, el Código Civil regula la manera y el monto con que los padres deben colaborar a la educación y crianza de los hijos, circunstancia que resulta variable, dependiendo de la situación especial del alimentante y el alimentario²⁹. Sobre el punto esta Corporación ha indicado que al momento de imponer las cuotas o cuando esas se fijan por mutuo acuerdo, el Estado tiene el deber, por un lado, de satisfacer las necesidades congruas o necesarias de los acreedores, y por el otro, velar por que estas sean equitativas para los deudores de las mismas³⁰.

Conforme con el artículo 422 del Código Civil, la obligación alimentaria de los padres en principio rige para toda la vida del alimentario, siempre que permanezcan las circunstancias que dieron origen a su reclamo³¹. Sin embargo, en su inciso segundo indica que los alimentos se deben hasta que el menor alcance la mayoría de edad, a menos que tenga un impedimento corporal o mental o se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo. Dicha condición fue ampliada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, de manera que se ha considerado que “se deben alimentos al hijo que estudia, aunque haya alcanzado la mayoría de edad, siempre que no exista prueba de que subsiste por sus propios medios”³².

No obstante, con el fin de que no se entendiera la condición de estudiante como indefinida, analógicamente la jurisprudencia ha fijado como edad razonable para el aprendizaje de una profesión u oficio la de 25 años, teniendo en cuenta que la generalidad de las normas relativas a la sustitución de la pensión de vejez y las relacionadas con la seguridad social en general³³ han establecido que dicha edad es “el límite para que

²⁷ Sentencia C-919 de 2011.

²⁸ *Guía Básica de Procesos de Familia*, Martha Patricia Guzmán Álvarez. Editorial Ibáñez, 2009.

²⁹ *Ídem*.

³⁰ Sentencia T-492 de 2003.

³¹ Sentencia C-875 de 2003.

³² Sentencia T-192 de 2008 y sentencia de tutela, Exp.632. Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia.

³³ Ley 100 de 1993 “Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: (...)”

*los hijos puedan acceder como beneficiarios a esos derechos pensionales, en el entendido de que ese es el plazo máximo posible para alegar la condición de estudiante*³⁴.

Esta Corporación ha considerado que el beneficio de la cuota alimentaria que se les concede a los hijos mayores de edad y hasta los 25 años cuando son estudiantes, debe ser limitada para que dicha obligación no se torne irredimible. Así lo hizo saber en sentencia T-285 de 2010, donde la Corte examinó el caso de un señor que interpuso la acción de tutela contra el Juzgado (...) de Familia de (...), buscando que se le protegiera su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado como consecuencia de la no exoneración de alimentos a favor de su hijo estudiante que superaba la mayoría de edad. Al respecto expuso:

“De igual forma, se considera que la decisión de deferir la exoneración de la obligación alimentaria, hasta el momento en que el beneficiario termine las materias correspondientes al programa académico que cursa, deviene prudente, en tanto así no se permite que se prolongue indefinidamente su condición de estudiante”.

*La finalización de la preparación académica habilita a la persona para el ejercicio de una profesión u oficio y, por ende, da lugar a la terminación de (i) “la incapacidad que le impide laborar” a los (as) hijos (as) que estudian, y (ii) del deber legal de los padres de suministrar alimentos, excepto cuando la persona de nuevo se encuentre en una circunstancia de inhabilitación que le imposibilite sostenerse por cuenta propia*³⁵.

En igual sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el deber de alimentos que tienen los padres para con sus hijos se suspende cuando estos han finalizado sus estudios, toda vez que se encuentran en condiciones aptas para mantener su propio sustento. Al respecto sostuvo que “cuando una persona ha cursado estudios superiores y optado un título profesional, es razonable entender que debe estar, en condiciones normales, esto es, salvo impedimento corporal o mental, apta para subsistir por su propio esfuerzo, esa circunstancia por sí puede legitimar al alimentante para deprecar y eventualmente obtener la exoneración de alimentos a través del proceso correspondiente, en el cual el juez respetará las ga-

b) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez”.

³⁴ Esta Corporación, en Sentencia T-192 de 2008, estudió el caso de un joven de 22 años, quien a través de la tutela buscaba que se le protegieran sus derechos fundamentales a la educación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, ante la negativa de su padre a avalar con su firma el otorgamiento de una beca de estudios en España conferida por Ecopetrol S. A. Del mismo modo, la Sentencia T-285 de 2010 sostuvo que los 25 años es la edad “límite establecida en la ley para que una persona se procure, así misma, su propio sustento, no puede deducirse la intención del alimentario de permanecer indefinidamente como beneficiario de la obligación alimentaria que le asiste a su padre”.

³⁵ Sentencia T-192 de 2008.

rantías procesales de las partes y decidirá en cada caso concreto, atendiendo a la realidad que se le ponga de presente”³⁶.

Por otra parte, dicha Corte ha establecido que a los funcionarios judiciales, al momento de decidir sobre la obligación alimentaria que tienen los padres respecto de sus hijos (as), no solo les corresponde tener en cuenta el deber de solidaridad y el reconocimiento de la unidad familiar, sino también la capacidad del alimentante, la necesidad del alimentario y su edad, salvo cuando exista alguna circunstancia especial que le imposibilite sostenerse por sí solo³⁷.

Lo anterior lo estableció al decidir la acción de tutela contra el fallo que negaba la exoneración del pago de la cuota alimentaria a un señor que se la suministraba a su hija de 33 años de edad, quien era estudiante sin inhabilidades corporales o mentales que le impidieran subsistir de su propio trabajo. Esa Corporación resolvió revocar dicha sentencia y ordenó al mencionado juez que decidiera nuevamente sobre la petición incoada por el accionante. Al respecto expuso:

“Es imprescindible que la interpretación de los juzgadores sobre el compromiso de los padres, se avenga con el reconocimiento de tales límites, en especial de los temporales, pues también consultan valores de tipo superior, como la solidaridad y el reconocimiento de la unidad de la familia, pero en función de conceder a sus miembros los elementos necesarios para desarrollar sus talentos, compromiso que una vez cumplido a cabalidad, significa que los hijos deben emprender el esfuerzo personal independiente y relevar a los padres de la obligación alimentaria, sin perjuicio que voluntariamente ellos puedan continuar más allá de ese hito temporal, pero sin apremio ni coerción alguna para suministrar ese sustento. Acontece que el paternalismo mal entendido, merma la autonomía del individuo que con el paso de tiempo ha de volverse amo de su propia vida”³⁸ (Subraya fuera del texto).

Igualmente, el precitado Tribunal ha establecido que para que se dé la prórroga de la cuota de alimentos, cuando el hijo estudiante supera ampliamente la mayoría de edad, “el fallador debe examinar con esmerado cuidado si aquél es merecedor del mismo, como que no resulta equitativo que se obligue a los padres mayores a continuar con la carga mencionada, cuando la falta de adquisición de una carrera o arte por parte del beneficiario, que le permita enfrentar el futuro de manera independiente, obedezca exclusivamente a su desidia o negligencia”³⁹.

³⁶ Sentencia de tutela del 28 de mayo de 2007, Exp. Núm. 2007-00129.

³⁷ Sentencia de Tutela del 3 de febrero de 2010, Exp. Núm. 2009-00265.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Sentencia de tutela, Exp. Núm. 2005-00935 (27 de febrero de 2006). La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia estudió el caso de un señor que interpuso tutela contra el Juzgado Primero de Familia de Barranquilla con el fin de que se le protegiera su derecho constitucional al debido proceso, presuntamente transgredido como consecuencia del fallo proferido por el accionado, quien fijó una cuota a favor de su hijo “hasta que este culmine su carrera, no importando ni su edad ni la constante

De lo dicho se concluye que tanto la jurisprudencia como la ley han sostenido que la obligación alimentaria que deben los padres a sus hijos es:

(i) Por regla general, hasta la mayoría de edad, es decir, 18 años, excepto que por la existencia de impedimento físico o mental la persona se encuentre incapacitada para subsistir de su trabajo;

(ii) Asimismo, han reconocido la obligación a favor de los hijos mayores de 18 y hasta los 25 años de edad que se encuentran estudiando, siempre y cuando no exista prueba que demuestre que sobreviven por su propia cuenta⁴⁰; y

(iii) Solamente los hijos que superan los 25 años cuando están estudiando, hasta que terminen su preparación educativa, siempre dependiendo de la especificidad del caso. En este evento, los funcionarios al momento de tomar alguna decisión sobre la obligación de alimentos deben tener en cuenta las especiales circunstancias de cada situación, con el fin de que tal beneficio no se torne indefinido para los progenitores en razón de dejadez o desidia de sus hijos”.

En esta ocasión, la Corte resolvió revocar el fallo proferido por la Sala de Familia que había conocido de la demanda de tutela, y ordenó al Juzgado decidir sobre la exoneración de alimentos pretendida, con base en las consideraciones planteadas en la providencia que se acaba de extractar.

pérdida de semestre”, sin tener en cuenta que el demandante tenía 26 años de edad, y estaba en perfectas condiciones tanto físicas como psicológicas, amén de que siempre ha tenido un rendimiento académico muy bajo en las universidades en las que se había matriculado. Y sentencia de tutela Exp. Núm. 2009-00265 (3 de febrero de 2010).

⁴⁰ La jurisprudencia ha aplicado analógicamente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 “Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

b) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez...”.

También, la sentencia C-451 de 2005 indicó que el estado de hijo dependiente por asuntos académicos no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo. Por ello, la edad de 25 años “viene a ser un criterio razonable ya que para ese momento los hijos dependientes de sus padres cuentan, por lo general, con una profesión u oficio que les permite lograr su independencia económica y proveerse su propio sustento, motivo por el cual se encuentra justificada su exclusión como beneficiarios de la sustitución pensional, pues ya no se trata de una persona en condiciones de vulnerabilidad que por lo tanto necesite medidas de protección especial”.

11.11 Algunas consideraciones sobre los alimentos para personas de la tercera edad

Comencemos por recordar que el artículo 251 del Código Civil establece como obligación permanente de los hijos, el cuidado de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesiten sus auxilios. Así mismo, que el artículo 411 del mismo estatuto dispone la obligación de prestar alimentos a los ascendientes; que el artículo 233 del Código Penal tipifica el delito de inasistencia alimentaria para quienes se sustraigan, sin justa causa, a la prestación de alimentos debidos, entre otros, a los ascendientes; y, por último, que la Ley 1850, promulgada el 19 de julio de 2017, “Por medio de la cual se establecen medidas de protección al adulto mayor en Colombia, se modifican las leyes 1251 de 2008, 1315 de 2009, 599 de 2000 y 1276 de 2009, se penaliza el maltrato intrafamiliar por abandono y se dictan otras disposiciones”, consagra en su artículo 34 A el derecho a los alimentos y demás medios para su mantenimiento físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social de las personas adultas mayores, y que esa obligación se establece para quienes se encuentren obligados de acuerdo con la Ley y su capacidad económica. La norma también indica que los alimentos “comprenden lo imprescindible para la nutrición, habitación, vestuario, afiliación al sistema de seguridad social en salud, recreación y cultura, participación y, en general, todo lo que es necesario para el soporte emocional y la vida autónoma y digna de las personas adultas mayores”.

Con esos propósitos, la nueva Ley asigna a las Comisarías de Familia las competencias para fijar una cuota provisional de alimentos respecto a estas personas adultas mayores, en caso de no lograr la conciliación, y, cumplido este procedimiento, obliga a dichos funcionarios a remitir el expediente a la Defensoría del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que presente en nombre del adulto mayor la demanda de alimentos ante el Juez competente.

Ahora bien, respecto a la protección de las personas de la tercera edad, además de las disposiciones legales que acabamos de recordar, y de los pronunciamientos de los jueces y tribunales, existe jurisprudencia de rango constitucional, principalmente la expresada por la Corte Constitucional a través de una sentencia de tutela del año 2014, en la que se amparan los derechos al mínimo vital y a una vida digna.

Allí, la Corte analizó el siguiente problema jurídico: “¿se vulneran los derechos fundamentales invocados por la accionante ante la negativa de las accionadas a cancelarle a su madre la cuota alimentaria que fuera acordada para su sostenimiento, cuando se trata de una persona adulta mayor quien no puede trabajar?”

Esa alta corporación de Justicia considera que la obligación alimentaria tiene fundamento en la propia Constitución Política, en razón a que se vincula con la protección que el Estado debe dar a la familia, con efectividad, dado que cumplir ese tipo de acreencias resulta necesario para asegurar los derechos fundamentales al mínimo vital de aquellas personas que se encuentren en indefensión o debilidad manifiesta; que no obstante que cada persona debe velar por su propia subsistencia y por la de aquellos respecto a quienes se encuentra obligada, en virtud de los principios constitucionales de equidad y solidaridad, los miembros de la familia deben procurar la subsistencia de quienes no puedan asegurársela por sus propios medios; y, en fin, que además de las obligaciones que incumben a los parientes cercanos, el Estado también debe cubrir las necesidades de mejorar la calidad de vida de quienes pasen por un alto grado de vulnerabilidad.

Veamos algunos extractos de la sentencia T-685 de 2014:

“LA PENSIÓN DE ALIMENTOS O CUOTA ALIMENTARIA EN PERSONAS ADULTOS MAYORES

“(...) la noción del derecho de alimentos implica la facultad que tiene una persona de exigir la asistencia necesaria para su subsistencia a quien esté legalmente en la obligación de suministrarla, cuando no se encuentre en las condiciones para procurársela por sí mismo⁴¹. Por lo general, este derecho se deriva directamente de la ley, y en algunos casos, tiene su origen en un acto jurídico.

Cuando proviene de la ley, la obligación alimentaria recae sobre la persona que debe sacrificar parte de su patrimonio con el fin de garantizar la supervivencia del alimentario. Esta prestación se impone por ley (...) a los padres, a los hijos, y al cónyuge en ciertos casos. Los titulares de este derecho, de conformidad con el artículo 411 del Código Civil⁴², son los siguientes:

(...) la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que “la pensión alimentaria es un derecho subjetivo personalísimo para el acreedor, haciendo parte de la categoría de los de crédito o personales, en el entendido de que sitúa frente a frente un sujeto activo y un sujeto pasivo, en torno a una obligación”⁴³.

(...) esta cuota de manutención y asistencia para la exigibilidad deben configurarse unos requisitos esenciales, a saber: (i) que el peticionario carezca de bienes y, por consiguiente, requiera los alimentos que demanda; (ii) que la persona a quien se le piden alimentos tenga los recursos económicos para proporcionarlos y (iii) que exista

⁴¹ Cfr. C-919 de 2001; C-875 de 2003; C-156 de 2003, T-1096 de 2008.

⁴² Cfr. C-919 de 2001 y C-1033 de 2002.

⁴³ Sentencia T-203 de 2013 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

un vínculo de parentesco o un supuesto que origine la obligación entre quien tiene la necesidad y quien tiene los recursos. Sobre estos aspectos, en la sentencia C-237 de 1997⁴⁴ dispuso: “El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor; quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia”.

Al referirse sobre el tema, la Corte en la sentencia C-919 de 2001⁴⁵, señaló:

“De este modo, la obligación alimentaria se fundamenta en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, aunque también puede provenir de una donación entre vivos, tal como lo establece el artículo 411 del Código Civil. Por esta razón, se ha señalado que ‘dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo a razones de equidad. Una de las obligaciones más importantes que se generan en el seno de una familia es la alimentaria...”

Posteriormente, en la Sentencia C-1033 de 2002⁴⁶, estableció que:

“a. La obligación alimentaria no es una que difiera de las demás de naturaleza civil, por cuanto presupone la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada en ella como supuesto capaz de generar consecuencias en derecho. b. Su especificidad radica en su fundamento y su finalidad, pues, la obligación alimentaria aparece en el marco del deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios. c. El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: i) la necesidad del beneficiario y ii) la capacidad del obligado, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia. d. La obligación de dar alimentos y los derechos que de ella surgen tiene unos medios de protección efectiva, por cuanto el ordenamiento jurídico contiene normas relacionadas con los titulares del derecho, las clases de alimentos, las reglas para tasarlos, la duración de la obligación, los alimentos provisionales (arts. 411 a 427 del Código Civil); el concepto de la obligación, las vías judiciales para reclamarlos, el procedimiento que debe agotarse para el efecto, (arts. 133 a 159 del Código del Menor), y el trámite judicial para reclamar alimentos para mayores de edad (arts. 435 a 440 Código de Procedimiento Civil), todo lo cual permite al beneficiario de la prestación alimentaria hacer efectiva su garantía, cuando el obligado elude su responsabilidad.”

⁴⁴ MP. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁵ MP. Jaime Araujo Rentería.

⁴⁶ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

En sentencias recientes, este Tribunal reiteró su posición respecto del derecho de alimentos. Es el caso de la sentencia C-029 de 2009⁴⁷ donde se pronunció de la siguiente manera:

“El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. La obligación alimentaria se radica por la ley en cabeza de una persona que debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos, y tiene su sustento en el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia. Así, la obligación alimentaria se establece sobre tres condiciones fundamentales: i) la necesidad del beneficiario; ii) la capacidad del obligado para brindar la asistencia prevista en la ley, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia y, iii) el especial deber de solidaridad que existe entre uno y otro en atención a sus circunstancias recíprocas”.

“Visto lo anterior, se concluye que la pensión alimentaria es un derecho subjetivo personalísimo para las partes, donde una de ellas tiene la facultad de exigir asistencia para su subsistencia cuando no se encuentra en condiciones para procurársela por sí misma, a quien esté obligado por ley a suministrarlo, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: (i) que el peticionario carezca de bienes y, por consiguiente, requiera los alimentos que demanda; (ii) que la persona a quien se le piden alimentos tenga los recursos económicos para proporcionarlos y (iii) que exista un vínculo de parentesco o un supuesto que origine la obligación entre quien tiene la necesidad y quien tiene los recursos.

*De esa forma, con fundamento en los principios de proporcionalidad y solidaridad el derecho de alimentos consulta tanto la capacidad económica del alimentante como la necesidad concreta del alimentario⁴⁸, y se impone principalmente a los miembros de la familia”.*⁴⁹

Después de este análisis general sobre la obligación alimentaria, la Corte se adentró en el estudio de la afectación al derecho al mínimo vital cuando se omite el pago de la cuota alimentaria en personas adultas mayores, y trajo a colación las normas introducidas en la Constitución Política de 1991 que ordenan un tratamiento preferencial para quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad, precisando que la jurisprudencia de esa Corte “ha señalado como sujetos de especial protección cons-

⁴⁷ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁸ Cfr. T-875 de 2003, y C-011 de 2002.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-685, de 11 de septiembre de 2014, Exp.T-4362024, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

titucional a los niños, los ancianos, los desplazados, las personas en condición de discapacidad, las mujeres embarazadas, los grupos étnicos minoritarios, entre otros”.

Específicamente, sobre los derechos alimentarios de los adultos mayores, dijo lo siguiente:

“En reiteradas ocasiones, esta Corporación se ha pronunciado sobre casos en los que adultos mayores no tienen una pensión o algún ingreso económico ni la posibilidad de costearlo por sí solos, señalando que “resulta importante la obligatoriedad” que deben tener los descendientes o compañeros sentimentales para que asuman el costo de las necesidades básicas de ellos. En ese sentido, la sentencia T-169 de 1998⁵⁰, hizo especial énfasis en el cuidado que se le debe prestar a la población de la tercera edad, para lo cual señaló:

“El nuevo Estado Social de Derecho ha procurado, entre otras cosas, prestar una especial protección a aquellos individuos que se encuentren en situaciones de desventaja, dadas sus condiciones físicas y mentales frente a los demás (...) Al adulto mayor no sólo se le debe un inmenso respeto, sino que se debe evitar su degradación y aniquilamiento como ser humano, toda vez que no se le da la oportunidad de seguir laborando y muchos de ellos no cumplen con los requisitos para obtener una pensión imposibilitándolos a llegar una vida digna”.

Y es que incluso, es tal la obligatoriedad de que los hijos sean responsables de la alimentación de sus padres cuando ellos ya son adultos mayores y no tienen posibilidad de costear sus necesidades básicas, que el artículo 233 del Código Penal⁵¹ contempla sanciones por su incumplimiento. (...)

“En el caso de los adultos mayores, quienes hacen parte de los grupos vulnerables, su subsistencia está comprometida en razón a su edad y condiciones de salud, cuya capacidad laboral se encuentra agotada y cuyo único medio de supervivencia está representado en una pensión o ingresos propios, y que, al no contar con ellos, para asumir sus necesidades más elementales, afectan de manera inmediata su calidad de vida, y afectación de su mínimo vital, los coloca en una condición de indefensión, requiriendo una protección inmediata de sus derechos fundamentales.

De manera que, en caso de que este grupo vulnerable dependa para su supervivencia del pago de una pensión o cuota alimentaria, el no cumplimiento de esa obligación afecta de manera directa su derecho fundamental al mínimo vital, y desatiende el deber constitucional del Estado y de las familias de velar por la seguridad de aquellas

⁵⁰ M.P. Fabio Morón Díaz.

⁵¹ Modificado por el artículo 1 de la Ley 1181 de 2007.

personas que estén en circunstancia de debilidad manifiesta ya sea por su condición económica, física o mental”⁵².

La Corte remató su sentencia con unos conceptos relativos a la protección constitucional a las personas de la tercera edad, e hizo esta relación de la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la especial protección que el Estado debe proporcionar a esa clase de personas “en virtud del principio de solidaridad, como sujetos de especial protección”.

“En efecto, en la sentencia C-503 de 2014⁵³, resaltó que:

“... el Constituyente de 1991 erigió el principio de solidaridad como elemento esencial del Estado Social de Derecho, tal como se expresa en el artículo 1 de la Carta. En este sentido, la Corte ha definido el principio de solidaridad como: “un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”. La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental”⁵⁴.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que este principio de solidaridad se concreta en una serie de obligaciones exigidas a los distintos componentes de la sociedad, orientadas hacia la consecución de los fines esenciales de la organización política consagrados en el artículo 2 constitucional. Además, ha establecido que “este principio se traduce en la exigencia dirigida especialmente al Estado, de intervenir a favor de los más desaventajados de la sociedad cuando éstos no pueden ayudarse por sí mismos. Tal es el caso de las personas que se encuentran en situación de indigencia”⁵⁵.

Así, el principio de solidaridad “impone una serie de “deberes fundamentales” al poder público y a la sociedad para la satisfacción plena de los derechos”⁵⁶. Por lo tanto, este principio se manifiesta como deber del Estado Social de Derecho a través de estos “deberes fundamentales” que en ciertos escenarios se refuerzan, cuando se trata de asegurar a sujetos en condiciones desfavorables, la protección de todas las facetas de sus garantías fundamentales⁵⁷. La Carta proyecta este deber de solidari-

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-685, de 11 de septiembre de 2014, Exp.T-4362024, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁴ Sentencia T-413 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵⁵ Sentencia T-225 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁶ Sentencia T-413 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵⁷ *Ibíd.*

dad, de manera específica, a partir de los mandatos constitucionales que establecen una obligación de especial protección para personas y grupos humanos en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, como las mujeres cabeza de familia (art. 43 CP), los menores de edad (arts. 44 y 45), las personas enfermas y discapacitadas (art. 47) y los ancianos (art. 46), entre otros⁵⁸. (...)

“Estrechamente relacionado con el principio de la solidaridad se encuentra el tema de la definición y distribución equitativa de las cargas públicas en una sociedad democrática, aspecto éste a su vez ligado al tema de los deberes sociales del Estado y de los particulares. La familia, la comunidad y el Estado concurren, en muchos casos, para el cumplimiento de los deberes sociales de apoyo, atención, protección y promoción de las personas que no están en capacidad de valerse por sí mismas. Para ello el Estado Social de Derecho se responsabiliza de la existencia de una red social amplia, sostenible, eficiente y efectiva, con vocación de avanzar progresivamente hasta la universalidad de su cobertura que garantice a dichas personas el goce de sus derechos fundamentales, estando de cualquier forma garantizado el derecho fundamental al mínimo vital. La red social desarrolla los deberes sociales del Estado y de los particulares mediante los cuales los constituyentes definieron unos compromisos éticos. Por eso, su funcionamiento efectivo no recae solo en la familia, como sucedía con anterioridad al siglo XIX ni exclusivamente en el Estado”⁵⁹.

11.12 Sanciones por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias

La omisión de la prestación de los alimentos a las personas con las que exista esa obligación legal, o con quien quienes se haya convenido, genera dos tipos de responsabilidades: de un lado, una responsabilidad civil; del otro, una responsabilidad penal.

11.12.1 Responsabilidad civil por el incumplimiento de los alimentos

Cuando existe algún acuerdo, obviamente habrá de dársele cumplimiento en la forma y términos estipulados en la correspondiente acta, escritura o documento privado, puesto que aquéllas o éste, si contienen una obligación clara, expresa y exigible, proveniente del deudor, se constituyen en título ejecutivo. Y si ese cumplimiento no se da, el acreedor podrá iniciar la acción ejecutiva respectiva.

⁵⁸ Sentencia T-658 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁵⁹ Sentencia T-149 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Si la pensión alimentaria tiene origen en una sentencia, el título ejecutivo es la primera copia auténtica de la misma, para proceder a la acción ejecutiva. Empero, en tratándose de alimentos para menores de edad, el inciso tercero del artículo 129 del C. de la I. y la A. preceptúa que el Juez deberá adoptar “las medidas necesarias para que el obligado cumpla lo dispuesto en el auto que fije la cuota provisional de alimentos, en la conciliación o en la sentencia que lo señale”, y dispone que, para ese fin “decretará embargo, secuestro, avalúo y remate de los bienes o derechos de aquél, los cuales se practicarán con sujeción a las reglas del proceso ejecutivo”.

Estas medidas serán levantadas si el deudor paga las cuotas atrasadas, pero el inciso siguiente de la misma norma exige la constitución de una caución que garantice el pago de las cuotas correspondientes a los dos años siguientes, medida que parece ser suficientemente previsiva, en cuanto que pretende evitar los efectos nocivos para el (los) alimentario (s) ante un nuevo incumplimiento del obligado.

El embargo también se extiende a los salarios. En efecto, pese a que, por regla general, “no es embargable el salario mínimo legal o convencional” (C.S. del T., Art. 154, modificado por el artículo 3º de la Ley 11 de 1984), el artículo 156 del estatuto laboral consagra unas excepciones, a favor de las cooperativas y pensiones alimenticias. La norma dice que todo salario puede ser embargado hasta en un cincuenta por ciento (50%) “para cubrir pensiones alimenticias que se deban de conformidad con los artículos 411 y concordantes del Código Civil”.

Adicionalmente, el artículo 130 del C. de la I. y la A. (Ley 1098 de 2006), autoriza al Juez a que, “sin perjuicio de las garantías de cumplimiento de cualquier clase que convengan las partes o establezcan las leyes”, adopte las siguientes medidas durante el proceso o en la sentencia, tendientes a asegurar la oportuna satisfacción de la obligación alimentaria:

“1. Cuando el obligado a suministrar alimentos fuere asalariado, el juez podrá ordenar al respectivo pagador o al patrono descontar y consignar a órdenes del juzgado, hasta el cincuenta por ciento (50%) de lo que legalmente compone el salario mensual del demandado, y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales, luego de las deducciones de Ley. El incumplimiento de la orden anterior, hace al empleador o al pagador en su caso, responsable solidario de las cantidades no descontadas. Para estos efectos, previo incidente dentro del mismo proceso, en contra de aquel o de este se extenderá la orden de pago”.

El numeral segundo de la misma norma contempla el caso de que no sea posible el embargo del salario y de las prestaciones sociales, pero se acredite la existencia de bienes de propiedad del obligado, evento en el cual el Juez puede decretar medidas

cautelares sobre los mismos, “en cantidad suficiente para garantizar el pago de la obligación y hasta el cincuenta por ciento (50%) de los frutos que produzcan”, excluidos los útiles e implementos de trabajo.

Se advierte que, de acuerdo al inciso segundo del artículo 431 del Código General del Proceso, en los procesos ejecutivos, en lo relativo al pago de sumas de dinero, se preceptúa que “Cuando se trate de alimentos u otra prestación periódica, la orden de pago comprenderá, además de las sumas vencidas, las que en lo sucesivo se causen, y dispondrá que éstas se paguen dentro de los cinco (5) días siguientes al respectivo vencimiento”.

También debe tenerse en cuenta que el literal e) del artículo 598 del mismo estatuto procesal, faculta al juez de la ejecución, si lo considera conveniente, para adoptar la medida de “Decretar, a petición de parte, el embargo y secuestro de los bienes sociales y los propios, con el fin de garantizar el pago de alimentos que el cónyuge y los hijos tuvieren derecho, si fuere el caso”, y que, a criterio del Juez, también se podrá ordenar cualquier otra medida personal de protección que requiera la pareja, el niño, niña o adolescente, el discapacitado mental o la persona de la tercera edad ((literal f).

En similar sentido al expuesto anteriormente, el Código de la Infancia y la Adolescencia consagra la prelación de créditos por alimentos a favor de los niños, las niñas y los adolescentes, estipulando que “gozan de prelación sobre todos los demás”. Esta norma terminó modificando el inciso segundo, del numeral 5°, del artículo 2495 del Código Civil, el cual relaciona las causas que nacen de la primera clase de créditos.

Con la misma finalidad de asegurar el cumplimiento en el pago de los alimentos, la norma que venimos comentando ordena al Juez que esté conociendo o haya conocido del proceso de alimentos, o al que adelante el proceso ejecutivo, dar aviso al Departamento Administrativo de Seguridad (hoy Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia), “ordenando impedirle la salida del país hasta tanto preste garantía suficiente del cumplimiento de la obligación alimentaria” (C. de la I. y la A., Art. 129). En armonía con estos preceptos, el Código General del Proceso también ordena que, en los procesos de alimentos, además de que el Juez señale “la cantidad con la que cada cónyuge deba contribuir, según su capacidad económica, para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y la educación de éstos”, dé aviso a las autoridades de emigración para que el demandado no se ausente del país sin prestar garantía suficiente que respalde el cumplimiento de la obligación, hasta por dos (2) años.

La norma del Código de la Infancia y la Adolescencia citada también contempla que, en caso de mora, el Juez ordene reportar al deudor a las centrales de riesgo financiero, que son entidades que manejan la información crediticia y que, a través de unas bases de datos debidamente actualizadas, revisan el historial de créditos y las operaciones comerciales, para emitir concepto o tramitar la aprobación de algún empréstito que la persona esté solicitando. En otras palabras, son instituciones que “almacenan, procesan y suministran la información sobre la forma como las personas y las compañías han cumplido con sus obligaciones en entidades financieras, cooperativas o con almacenes y empresas que venden a crédito, formando así la historia de crédito de una persona natural o jurídica. Una historia que sirve para que las entidades en donde se solicita un crédito puedan decidir en conjunto con otros elementos de información si otorgan crédito o prestan sus servicios”.

Esta medida que ordena el Código de la Infancia y la Adolescencia, y que se aplica a deudores de alimentos a favor de los niños, niñas y adolescentes, muchas veces termina siendo más efectiva que un embargo de bienes, porque en la práctica podría equivaler a una muerte comercial del deudor de alimentos moroso.

11.12.2 Responsabilidad penal por inasistencia alimentaria

La inasistencia alimentaria es un delito en Colombia. Así lo prescribe el artículo 233 del Código Penal, cuando sanciona con prisión a la persona que se sustraiga, sin justa causa, a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero (a) permanente. Es más: recientemente, a través de la Ley 1850, promulgada el 19 de julio de 2017, por medio del artículo 5° se adicionó una norma al Código Penal (Ley 599 de 2000), consagrando en el artículo 229 A el delito denominado “Maltrato por descuido, negligencia o abandono en persona mayor de 60 años”, y tipificando esa conducta para “El que someta a condición de abandono y descuido a persona mayor, con 60 años de edad o más, genere afectación en sus necesidades de higiene, vestuario, alimentación y salud”, y sancionándola con pena privativa de la libertad.

El delito de inasistencia alimentaria consagrado en el artículo 233 del Código Penal contempla una circunstancia de agravación punitiva, cuando la inasistencia se cometa en contra de un menor de edad.

Sobre esta disposición del Código Penal, conviene hacer algunas observaciones, a saber: (i) el texto original del artículo 233 no contemplaba al compañero o compañera permanente como sujetos de las prestaciones alimentarias, y, por lo tanto, la inasistencia contra ellos no era considerada delito. Fue a través del artículo

1º de la Ley 1181 de 2007, que se reformó dicha norma, para incluirlos. Y en el párrafo 1º se estableció que “Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero permanente (...) al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990”.

La Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “únicamente”, contenida en el párrafo 1º del artículo 233, mediante Sentencia C-798, de agosto 20 de 2008⁶⁰, y condicionó la exequibilidad del resto del párrafo en el entendido que las expresiones “compañero” y “compañera permanente” comprenden también a los integrantes de una pareja del mismo sexo que conforman una unión marital de hecho.

Surge aquí la inquietud derivada de la errónea redacción de dicho párrafo, por cuanto, en nuestra opinión, confunde la unión marital de hecho con la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, como si se tratara de una sola figura. Si la unión marital de hecho es la comunidad de vida permanente y singular que establecen dos personas de diferente o del mismo sexo, y si tal figura es fuente de la familia en cuanto que surge como consecuencia de una voluntad responsable de conformarla, no es un acierto del legislador que hubiese condicionado a un lapso no inferior a dos años la tipificación del delito de inasistencia alimentaria contra los compañeros permanentes, puesto que ese condicionamiento se puede traducir, en la práctica, en que uno de ellos se sustraiga durante ese tiempo a la prestación de alimentos al otro, sin que se estructure ninguna conducta punible. Esa podría llevar a una situación de desprotección legal contra uno de los integrantes de la familia, mientras se cumple el lapso de dos años a que se refiere la norma.

Adviértase que, a este respecto, la misma Corte Constitucional ya hizo una revisión del texto comentado, pero declaró su exequibilidad a través de la sentencia C-798 del 20 de agosto de 2008, y solo la condicionó al “entendido que las expresiones “compañero” y “compañera permanente” comprende también a los integrantes de parejas del mismo sexo”. Inclusive, en la sentencia C-029, de enero 28 de 2009, cuando tuvo una nueva oportunidad de revisar si dicha norma se ajustaba a la Constitución Política, ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia C-798, ya mencionada.

Lo que sí ha dejado claro la Corte Constitucional, interpretando el precepto ya comentado, es que la tipificación de esa conducta punible se extiende a todos los parientes, incluidos los extramatrimoniales, con las siguientes palabras: “si la obligación de prestar los alimentos legales pesa por igual sobre todos los ascendientes y descendientes,

⁶⁰ M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

sin limitación y sin distinción entre ellos, como lo establece el artículo 411 del Código Civil, todos los descendientes que la incumplan sin justa causa, incurren en el delito de inasistencia alimentaria. Y es contraria a la igualdad consagrada en la Constitución, la norma que excluya de la acción penal a alguno de tales ascendientes o descendientes”⁶¹.

⁶¹ Corte Constitucional, C-125, de marzo 27 de 1996, M.P.: Jorge Arango Mejía.

Lección 12

De la nulidad del matrimonio

12.1 De la nulidad de los contratos, en general

La norma consagrada en el artículo 6° del Código Civil establece que la *sanción legal* no es solo la pena, sino también la recompensa: “es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones”. Y que, en materia civil, “son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la Ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos”.

El Código Civil también dispone un conjunto de requisitos para que una persona pueda obligarse a otra por un acto o declaración de voluntad, y señala que, para ese efecto, es necesario: 1°, que sea legalmente capaz, es decir, que pueda obligarse por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra; 2°, que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3°, que recaiga sobre un objeto lícito; 4°, que tenga una causa lícita (Art. 1502).

Así mismo, dicho estatuto contempla que “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”, y considera incapaces a quienes sufran de una discapacidad mental, a los impúberes y sordomudos que no puedan darse a entender, así como a los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción, con la aclaración de que estos últimos no son incapaces absolutos, y que sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas personas, la Ley también señala otras incapacidades particulares que consisten en la prohibición que se ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos (Art. 1503).

En concordancia con estos preceptos, nuestra legislación señala los vicios del consentimiento, es decir, el acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto jurídico, y especifica que ellos son el error, la fuerza y el dolo.

La Corte Suprema de Justicia sintetiza estos aspectos, de la siguiente manera:

“OBLIGACIONES. Requisitos para que una persona se obligue a otra. - “Justa causa y real, objeto lícito, capacidad legal, consentimiento sin vicio son los cuatro requisitos que deben concurrir para que una persona se obligue a otra en contrato unilateral o para que varias personas se obliguen recíprocamente en contrato plurilateral. No puede faltar ni uno solo de ellos. La causa sin el objeto no alcanzaría a móvil contractual. El objeto sin la causa sería una cosa mueble o inmueble, corporal o incorporal, pero sin actividad jurídica mientras alguien no tratare de darla, de hacerla o de no hacerla. La causa no saldría del fuero interno y permanecería el objeto en su ser real o como mero derecho, si un individuo legalmente capaz no los movilizara en acto. Y la capacidad legal no pasaría de simple actitud, aunque hubiera motivos y cosas, si no mediara el consentimiento libre y limpio de error, fuerza y dolo. Es contrario a la razón pensar que el consentimiento aislado –sin error, fuerza o dolo que lo vicie– baste para que una persona se obligue a otra por un acto de voluntad, como sería también absurdo imaginar que puedan surgir convenciones con la capacidad sola, con la causa sola, o con el objeto solo. Repítese que los cuatro requisitos han de hacerse compañía. De ahí que el artículo 1509 del Código Civil, según el cual no vicia el consentimiento un error de derecho, sea prescripción cuyo alcance no llega hasta considerar válido lo que carece de cualquiera de los otros tres requisitos indispensables para que surja el contrato. Si este no existe por falta de causa o de objeto, o si es nulo por falta de capacidad, no vivirá ni convalecerá porque haya consentimiento pleno o porque el error sobre un punto de derecho no haya viciado el consentimiento. Si el error sobre un punto de derecho, por no viciar el consentimiento, diera eficacia a los contratos, bastaría ignorar la ley, o interpretarla erróneamente, para sanear actos de incapaces y para reconocer validez a contratos sin objeto lícito, sin causa, con falsa causa o con causa inmoral. La severa fórmula del jurisconsulto Labeón, juris ignorantia non prodest, si se la entiende en el sentido de que no mira a la concurrencia de los otros tres requisitos necesarios para que haya concurso real de voluntades, es fórmula no recibida en nuestro Código. Consagró este el principio contrario más, de acuerdo con la justicia”¹.

¹ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia septiembre 29/1935, G.J., t. XLIII, p. 138.

De otro lado, el legislador precisa lo siguiente:

- a) Que un error, acerca de la persona con quien se va a contratar, solo vicia el consentimiento cuando la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. Y enseguida aclara que, en este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato (Art. 1512).
- b) Que la fuerza no vicia el consentimiento sino “cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición”, y aclara que constituye fuerza “todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave”, descartando como vicio del consentimiento el llamado temor *reverencial*, o sea, la sola prevención de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto.
- c) Que para que el dolo vicie el consentimiento se requiere que sea obra de una de las partes, y que aparezca claramente que sin él no hubiera contratado.
- d) Que hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho público de la Nación, así como en la enajenación: 1º De las cosas que no están en el comercio; 2º De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; y, 3º De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. Y, por último, que también hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Finalmente,
- e) Que es causa *ilícita* la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Dentro de este contexto, entonces, “en teoría general, constituye nulidad absoluta la omisión de requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan”².

² C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia diciembre 9 de 1975, publicada en *Código de Familia, Infancia y Adolescencia*, de Torrado, Helí Abel, Librería Ediciones del Profesional, Ltda. y Universidad Sergio Arboleda, 2ª ed., Bogotá, D.C., Colombia, 2007, pp. 98 y ss.

12.2 Normas que gobiernan las nulidades del contrato matrimonial

Pero las consideraciones y principios esbozados anteriormente, si bien tienen aplicación directa en materia civil, en el sentido de que “son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la Ley si en ella misma no se dispone otra cosa”, no pueden ser trasladados pacíficamente al Derecho Matrimonial, sin que previa y expresamente se hagan algunas admoniciones.

La jurisprudencia y la doctrina, unidas, sostienen que al contrato matrimonial no puede aplicársele la teoría general de las obligaciones, basados en que “el Derecho Matrimonial, en punto de nulidades, está gobernado por el principio de que, en esta materia, no existe nulidad sin texto expreso que la consagre”³, en tanto que, en el campo de las obligaciones, “señorea el principio de las nulidades virtuales, por el que es nulo todo contrato celebrado contra expresa prohibición legal, sin que sea menester norma que diga uno a uno los casos en que tal fenómeno jurídico acontece”, amén de que, “la división que para las nulidades en general hacen los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, en absolutas y relativas, no coincide con la actual división de las mismas en tratándose de nulidades del matrimonio, que el legislador cataloga como insubsanables y saneables”⁴.

Veamos algunos extractos pertinentes, de lo que afirma la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al respecto:

MATRIMONIO. Normas que gobiernan las nulidades del contrato.- “1. Es indiscutible que para la validez de todo contrato requiérese la capacidad de los contratantes, su mutuo consentimiento libre de vicios, que exista causa lícita y, finalmente, que la declaración de voluntad recaiga sobre un objeto también lícito (artículo 1501 del C. Civil). Y de la misma manera es claro que habiendo objeto ilícito en todo contrato prohibido por la ley (artículo 1523), la transgresión de norma prohibitiva genera nulidad absoluta, pues la ley expresamente cataloga como tal la nulidad surgida por la ilicitud del objeto, (artículo 1741 del C. Civil). Así mismo, en teoría general, constituye nulidad absoluta la omisión de requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan.

2. Sin embargo, el principio general contenido en el inciso 2º del artículo 6º del Código Civil, del cual son desarrollo los preceptos antes citados, principio que se enuncia diciendo que, en materia civil, son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición

³ *Ibíd.*

⁴ *Ibíd.*

de la ley si en ella misma no se dispone otra cosa, no tiene, en el campo del derecho matrimonial, la aplicación que le corresponde en el de la teoría general de las obligaciones.

Efectivamente, en tanto que el derecho matrimonial, en punto de nulidades, está gobernado por el principio de que, en esta materia, no existe nulidad sin texto expreso que la consagre, cual lo dispone hoy perentoriamente el artículo 16 de la Ley 57 de 1887 y como lo imperaba el derogado artículo 147 del Código Civil, en el campo obligacional, por el contrario, señorea el principio de las nulidades virtuales, por el que es nulo todo contrato celebrado contra expresa prohibición legal, sin que sea menester norma que diga uno a uno los casos en que tal fenómeno jurídico acontece. Además, como acertadamente lo sostiene el recurrente, la división que para las nulidades en general hacen los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, en absolutas y relativas, no coincide con la actual división de las mismas en tratándose de nulidades del matrimonio, que el legislador cataloga como insubsanables y saneables; aunque es preciso afirmarlo: cada grupo de éstas que es fiel correspondencia en aquéllas. De igual modo, en el campo obligacional se establece que es absoluta tanto la nulidad producida por un objeto o causa ilícitos, como la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, y se establece también que cualquiera otra especie de vicio tal, produce nulidad relativa. Por el contrario, en el campo del derecho matrimonial se dice de una manera expresa, concreta, taxativa, relacionándolas una a una, cuáles son las causas precisas de nulidad que, por no ser subsanables, permiten ser declaradas de oficio por el juez; y de la misma manera se individúan los hechos precisos que generan las nulidades llamadas saneables.

Indica todo lo anterior que el régimen de nulidades nupciales, aunque el contrato de matrimonio sea uno de los más importantes o el mayor de todos, no es el mismo régimen que la ley ha erigido para los demás contratos. La teoría de las nulidades matrimoniales tiene estructura típica y peculiar que, por tanto, se diferencia claramente de la organización general de las otras nulidades; es una estructura sui generis.

3. Desde la adopción del Código Civil que nos rige, en los primeros seis números del artículo 140 quedaron consignadas las causas de nulidad que el ordenamiento dicho calificaba de relativas, desde luego que fueron excluidas de las que el artículo 146, original, clasificaba como las únicas nulidades absolutas del matrimonio. Después, la causa de nulidad consistente en no haberse celebrado el matrimonio ante el juez y los testigos competentes, hecho que estaba contemplado en el número 4 del artículo 140 del Código Civil fue sustituida por la del numeral 1 del artículo 13 de la Ley 57 de 1887, que inexplicablemente estableció exactamente la misma causa con palabras idénticas. La propia Ley 57, en su artículo 15, preceptuó que “no son subsanables” las nulidades a que se contraen los números 7, 8, 9, 11 y 12 del mismo artículo 140 y el número 2 del artículo 13 de la ley antes mencionada, que sustituyó al 10 del artículo 140 del Código Civil.

*No obstante lo expuesto, es claro, como ya lo había dicho la Corte, que leyes posteriores pueden modificar la estructura anterior, creando o suprimiendo causas de nulidad o variando sus efectos e importancia*⁵.

Pues bien: dentro de este marco conceptual, examinemos las causales de nulidad del matrimonio civil y, a título meramente ilustrativo, de paso, hagamos un parangón parcial con las nulidades que consagra el Derecho Canónico sobre el matrimonio que se celebra bajo los ritos de la Iglesia católica.

Las disposiciones legales que regulan las nulidades de los matrimonios civiles están consignadas en los artículos 140 del Código Civil y 13 de la Ley 57 de 1887. “Fuera de las causas de nulidad de matrimonios civiles enumeradas en el artículo 140 del Código y en el 13 de esta Ley, no hay otras que invaliden el contrato matrimonial. Las demás faltas que en su celebración se cometan, someterán a los culpables a las penas que el Código Penal establezca”, señala perentoriamente el artículo 16 de la Ley 57 de 1887.

12.3 Clasificación de las causales de nulidad

A diferencia de las causales de nulidad de las obligaciones y contratos, en general, que se dividen en absolutas y relativas, en el Derecho Matrimonial, conforme a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 57 de 1887, se clasifican en subsanables o saneables y en no subsanables.

12.3.1 Causales de nulidad subsanables

12.3.1.1 Error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos

El artículo 1512 del Código Civil, que se adecúa en un todo al texto del numeral 1° del artículo 140 del mismo estatuto, determina que “El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato”. En efecto, la norma últimamente mencionada señala que el matrimonio es nulo y sin efecto, entre otros casos, “Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos”.

⁵ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia diciembre 9 de 1975. En similar sentido se pronunció la C.S. de J., en Sentencia de agosto 3 de 1982.

En casos como éste, es evidente que dada la naturaleza misma del contrato matrimonial, es la consideración de las personas de los contrayentes la que induce al acto, por lo que un error acerca de ella, lo hace nulo, quedando descartada cualquier otra clase de errores, pues no es admisible esta causal de nulidad, sino por error en la identidad de las personas, es decir, cuando una persona ha contraído con otra que “resulta distinta a aquella con la que creyó casarse; ... de esta forma, la nulidad por error en la persona no puede extenderse de ninguna manera a simples errores sobre condiciones o cualidades del individuo, ni sobre alteraciones o cambios notables en su aspecto físico”, ni particularmente en el error acerca de antecedentes judiciales del otro contrayente⁶.

Obsérvese que, a diferencia de la legislación canónica, el Código Civil sólo hace referencia al error acerca de la persona, no respecto a sus cualidades. Lo que quiere decir que, a falta de un texto expreso que la consagre, errores acerca de éstas, es decir, sobre las cualidades de las personas, no constituyen una causal de nulidad del matrimonio civil.

En este orden de ideas, por ejemplo, si uno de los contrayentes, o ambos, padecen de una impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal (entendiendo por impotencia la incapacidad de un varón o de una mujer para ejecutar el coito), ya sea absoluta, o relativa, o es (son) estéril(es), no se da la causal de nulidad de matrimonio civil, como sí se presenta en el Derecho Canónico respecto al matrimonio celebrado bajo ese régimen, como lo dispone el canon 1084, en concordancia con el 1098.

Aspectos éstos bien interesantes, si se tiene en cuenta, de un lado, que “el impedimento de impotencia ha tenido, tradicionalmente, una gran importancia en la legislación de la Iglesia, ya que se consideraba como el más importante de todos por tocar la esencia del matrimonio”⁷; y, del otro que, según la definición consagrada en el artículo 113 del Código Civil sobre el matrimonio, se consagra el propósito de procrear, también como requisito inherente a él.

Lo que lleva a la conclusión de que, en situaciones como las que acaban de exponerse, a falta de una causal expresamente señalada en la Ley, si se trata de un matrimonio civil, lo procedente no es una acción judicial de nulidad del vínculo, sino, a lo sumo, una demanda de divorcio, en cuanto los hechos encajen en alguno de los motivos consagrados en el artículo 154 del mismo estatuto, tal y como fue modificado en su texto por el artículo 6° de la Ley 25 de 1992.

⁶ Ver Sentencia de la Corte de Casación francesa, de abril 24 de 1862, en *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Civil Francesa*, Librería Ediciones del Profesional, Ltda., Bogotá, Colombia.

⁷ *Código de Derecho Canónico*, edición bilingüe comentada, Biblioteca de Autores Cristianos, 1983, pp. 521 y ss.

Respecto a esta causal de nulidad, a la que, como ya se dijo, hace referencia el artículo 140 del Código Civil, debe tenerse en cuenta que, como también lo dispone el artículo 142 del mismo estatuto, “no podrá alegarse sino por el contrayente que haya padecido el error”, y que, además, se subsana “si el que la ha padecido hubiere continuado en la cohabitación después de haber conocido el error”.

12.3.1.2 Error cuando el matrimonio se ha contraído entre un varón o una mujer menores de catorce años

El texto inicial del Código Civil se refería a esta causal, respecto al matrimonio contraído entre un varón menor de catorce años y una mujer menor de doce, o cuando cualquiera de los dos fuera respectivamente menor de aquella edad. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “de doce” contenida en el numeral 2º del artículo 140 del Código Civil, mediante sentencia C-507, de mayo 25 de 2004, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

No obstante, esta causal también queda saneada cuando se intenta tres meses después de haber llegado los menores a la pubertad, o cuando la mujer, aunque sea impúber, haya concebido, según lo preceptuado por el artículo 143 del mismo estatuto.

A lo anterior se observa que la expresión “o cuando la mujer, aunque sea impúber, haya concebido”, contenida en el citado artículo 143 del Código Civil, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-008, de enero 14 de 2010, Exp. D-7695, M.P.: Mauricio González Cuervo.

Según lo comunicado por la Corte, ésta “precisó que la norma legal de la cual forma parte la expresión acusada, tiene estrecha relación con el numeral 2º del artículo 140 del Código Civil, en cuanto establece los supuestos en los cuales para los menores impúberes se puede solicitar la nulidad del matrimonio, con fundamento en la causal prevista en el citado numeral. Dicha causal alude al matrimonio celebrado entre personas menores de catorce (14) años o cuando cualquiera de los contrayentes es menor de esa edad. Esta medida constituye un instrumento de protección de los menores impúberes que carecen de la capacidad suficiente para tomar una decisión racional y responsable de contraer matrimonio y tener verdadera conciencia del compromiso que adquieren, además de no tener las condiciones de madurez que exige el cumplimiento de los deberes que se derivan del vínculo matrimonial.

Frente a esa hipótesis, los menores impúberes que contraen matrimonio, independientemente de que haya o no concebido la mujer, están en la misma situación en lo relacionado con la nulidad del vínculo. Es evidente que el hecho de la gravidez, si bien es una manifestación de la madurez biológica de la niña, no trae consigo de

forma automática la madurez psicológica de los contrayentes menores de catorce años, de forma que esta pareja está en la misma condición de los cónyuges menores de esa edad que no han concebido y que por lo mismo, sí se les puede solicitar la nulidad del matrimonio.

Para la Corte, la exclusión establecida en la norma demandada, constituye un trato discriminatorio prohibido por el artículo 13 de la Constitución, de los contrayentes menores de edad que han concebido, toda vez que el matrimonio no es el único mecanismo del ordenamiento jurídico para proteger al hijo concebido, quien goza de una amplia gama de instrumentos de protección. Subrayó que en nada se afecta la protección debida al *nasciturus*, pues todos los mecanismos previstos para ello no desaparecen por el hecho de que se anule el vínculo matrimonial, como tampoco las obligaciones que surgen de la filiación. Advirtió que de un lado, el conjunto de instrumentos de protección del interés superior del menor y de sus derechos están previstos para todos los hijos (arts. 42 y 44 C.P.), sin ninguna excepción y de otro, mantener vigente el matrimonio no asegura de manera absoluta, que el niño por nacer vaya a gozar de la protección debida.

En consecuencia, la Corte procedió a retirar del artículo 143 del Código Civil la expresión demandada, de manera que para todos los menores impúberes se pueda solicitar, asistidos por los padres o el curador *ad litem*, la nulidad del matrimonio, con base en la causal establecida en el numeral 2º del artículo 140 del mismo Código.”

12.3.1.3 Error por falta de consentimiento de alguno de los contrayentes, o de ambos

Ya habíamos visto que el consentimiento de las partes, manifestado libremente entre las personas de los contrayentes, si son capaces, es uno de los requisitos de fondo positivos para poder celebrar válidamente un matrimonio. Si falta esa manifestación de la voluntad, se configura una causal de nulidad del vínculo, siempre y cuando, conforme a lo establecido por el artículo 144 del Código Civil, la nulidad haya sido alegada por los contrayentes mismos, o por sus padres o guardadores.

Ahora bien: puede acontecer que la falta de consentimiento no sea aducida por ninguno de los contrayentes, o que éstos, pese a dicho defecto, tomen la determinación de continuar cohabitando, evento en el cual la causal queda subsanada o saneada.

La Corte Suprema de Justicia, en el tema relativo a la sanación de las nulidades, y refiriéndose a un caso que presentaba características similares, consideró que, si se da un vicio que constituya una nulidad saneable, “sin que el legislador haya previsto

el modo de su saneamiento, es fuerza concluir, aplicando por analogía la solución dada a otras nulidades de la misma estirpe en los artículos 143 y 145, a que pasados tres meses de la fecha del matrimonio celebrado... sin que los cónyuges demanden la nulidad, ésta queda saneada”, y precisó, además, que esta acción “solamente puede intentarse dentro de los tres meses siguientes a su celebración. Pasado este término la dicha nulidad no ha lugar”. (Ibidem).

12.3.1.4 Cuando no se ha celebrado ante el juez y los testigos competentes

Fue en este punto concreto que la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que ha sido citada en esta Lección, hizo un análisis de las particularidades de un asunto en el que se celebró un matrimonio ante un Juez Civil Municipal, que no era el del domicilio de la mujer, y dicha Corporación resolvió el siguiente interrogante: ¿Cómo puede sanearse este vicio de la incompetencia de un Juez?

Ya habíamos visto, al estudiar la Lección 3, que, de acuerdo con las voces del artículo 115 del Código Civil, “El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente”.

Y habíamos aclarado que son dos los funcionarios competentes para celebrar un matrimonio civil. De un lado, el Juez municipal o promiscuo municipal y, del otro, el Notario Público, en ambos casos, el que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, a prevención.

En el primer caso, así lo disponía el artículo 126 del Código Civil, que fue derogado por el artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, o Código General del Proceso, estatuto este último que en su artículo 17 mantiene esa competencia, en única instancia, en los jueces civiles municipales, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios públicos.

En el segundo caso, el artículo 1° del Decreto 2668 de 1988 faculta a los notarios públicos para adelantar ese trámite.

También dijimos que, conforme al artículo 1° de la Ley 266 de 1938, se les reconocen plena validez en Colombia a los matrimonios que se celebren ante agentes diplomáticos o consulares de países extranjeros, siempre y cuando se llenen los requisitos señalados en dicha norma (Ver la Instrucción Administrativa No. 3, de enero 11 de 2006, emanada de la Superintendencia de Notariado y Registro, D.O. 46.157, de 20 de enero de 2006).

Y observamos, por último, que la Constitución Política y la Ley 25 de 1992 le reconocen plenos efectos civiles a “los matrimonios celebrados conforme a los cánones de cualquier confesión religiosa o Iglesia que haya suscrito para ello concordato o tratado de derecho internacional o convenio de Derecho Público Interno con el Estado colombiano”.

Pues bien: Según lo que expresa el inciso primero del artículo 13 de la Ley 57 de 1887, que subrogó el numeral 4º del artículo 140 del Código Civil, si el matrimonio no se celebra ante el juez⁸ competente, es nulo. Pero como en realidad no existe en la legislación civil una norma que determine cómo se sana una nulidad originada en la falta de competencia de una autoridad judicial, necesariamente debemos invocar los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en la varias veces citada sentencia, para dilucidar una situación de esta clase.

Dice así, al respecto, la Corte:

“NULIDAD DEL MATRIMONIO. Su celebración ante el Juez y los testigos que no sean competentes, no es considerada ni como nulidad absoluta, ni como insubsanable.- “4. Concretando el estudio de las nulidades del matrimonio a la que en este proceso se invoca, menester es precisar lo siguiente:

Si la nulidad del matrimonio civil proveniente de no haberse celebrado éste ante el juez y los testigos competentes, nulidad que, como ya se dijo, fue consagrada inicialmente en el número 4 del... artículo 140 del Código Civil y luego reafirmada en el número 1 del artículo 13 de la Ley 57 de 1887, nunca, ni frente a las normas originales del Código, ni frente a las de la legislación posterior expedida hasta hoy, ha sido considerada ni como nulidad absoluta ni como insubsanable, es palmar que, por exclusión, tal causa ha sido constitutiva siempre de una nulidad típicamente subsanable, es decir de una nulidad que hace confirmable el matrimonio por circunstancias posteriores a su celebración. (...)

En la disposición... se contempla el evento en que el matrimonio se ha celebrado ante juez civil municipal y dos testigos, pero mediando el hecho de que aquél o éstos o todos no sean competentes; no se refiere propiamente esa disposición al caso en que el matrimonio se celebra ante otro funcionario o ante un particular, eventos en los cuales el supuesto matrimonio no sería saneable, por no existir.

Si el matrimonio, pues, fue celebrado ante juez civil municipal, pero que no era el del vecindario de la mujer, ¿cómo puede sanearse este vicio de la incompetencia del juez?

⁸ Aunque la norma habla del Juez y los testigos competentes, téngase en cuenta que el Código General del Proceso derogó los apartes de las normas del Código Civil que exigían la presencia de testigos para la celebración de un matrimonio.

Quienes encuentran que debe aplicarse una rígida simetría entre las nulidades subsanables del matrimonio y las nulidades relativas en general, sostienen que por cuanto el legislador nada expresó en este punto concreto el dicho vicio queda saneado si, transcurridos cuatro años desde la celebración del matrimonio, los cónyuges capaces no demandan la nulidad. Fúndanse en que el artículo 1750 del Código Civil expresa que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años.

No comparte la Corte esta tesis,... porque considerando que las nulidades del matrimonio se gobiernan por normas propias... y no por reglas generales, es más ajustado a una exégesis científica de la ley no aplicar por analogía aquella disposición, sino hacer actuar preceptos de los que gobiernan la precisa materia de las nulidades en el matrimonio. En el Título V del Libro I del Código Civil que trata de la nulidad del matrimonio y sus efectos, se encuentra el artículo 143 que establece que la nulidad consagrada en el número 2 del artículo 140 antecedente, relativa a la impubertad de los contrayentes queda saneada si pasan tres meses después de que los menores hayan llegado a la pubertad, sin intentar la acción de nulidad; así mismo se encuentra el artículo 145 en cuyo segundo inciso se establece expresamente que la nulidad del matrimonio civil proveniente de fuerza o miedo o de haber sido robada violentamente la mujer, no tendrá lugar, es decir, que queda saneada, si después de que los cónyuges quedaron en libertad han vivido juntos por el espacio de tres meses sin reclamar. Ahora bien: si el artículo 115 preceptúa que el contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos por el Código Civil, y si como atrás quedó visto, el mutuo y libre consentimiento de los contrayentes se expresa ante juez civil municipal que no sea el del vecindario de la mujer, tal vicio constituye nulidad saneable, sin que el legislador haya previsto el modo de su saneamiento, es fuerza concluir, aplicando por analogía la solución dada a otras nulidades de la misma estirpe en los artículos 143 y 145, a que pasados tres meses de la fecha del matrimonio celebrado ante juez civil municipal que no tiene jurisdicción en el vecindario de la mujer, sin que los cónyuges demanden la nulidad, ésta queda saneada. La demanda de nulidad del matrimonio, pues, fundada en la causa que antes se expresó, solamente puede intentarse dentro de los tres meses siguientes a su celebración. Pasado este término la dicha nulidad no ha lugar.

5. A prima facie esta solución pareciera repugnar, pues es exótico en la teoría general de las nulidades que la omisión de una formalidad que las leyes prescriben para el valor de un contrato en consideración a la naturaleza del mismo genere nulidad saneable y no absoluta; pero para disipar esa perplejidad naciente, menester es tener en cuenta que el mismo legislador es quien, en punto de matrimonio civil, ha expresado que la nulidad originada en que las nupcias no se celebraron ante el juez y los testigos competentes, no es de las insubsanables y que por tanto puede producirse su saneamiento, aunque no dijera expresamente de qué manera”⁹.

⁹ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia diciembre 9 de 1975.

12.3.1.5 Cuando se ha contraído por fuerza o miedo

Sobre este aspecto, habremos de echarle mano a algunas costumbres, muy extendidas en el medio colombiano.

El numeral 5º, del artículo 140 del Código Civil, dispone lo siguiente:

Código Civil

“ART. 140.- (...) 5. Cuando se ha contraído por fuerza o miedo que sean suficientes para obligar a alguno a obrar sin libertad; bien sea que la fuerza se cause por el que quiere contraer matrimonio o por otra persona.

La fuerza o miedo no será causa de nulidad del matrimonio, si después de disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas, o por la sola cohabitación de los consortes”.

En época pretérita, cuando estaba tipificado el rapto como delito, era más o menos frecuente, especialmente en zonas de la provincia colombiana, que un hombre sedujera y persuadiera a una mujer, para irse con él, o que la sustrajera violentamente, con la finalidad de tener trato carnal o sexual con ella, por lo que ésta “perdía su virginidad”.

Esa actitud, en un medio machista como era y sigue siendo el colombiano, inducía a algún pariente cercano de la mujer, usualmente al padre, a que, bajo amenazas de muerte, o con otra clase de actitudes agresivas y violentamente graves, hiciera que el hombre, para sanear la deshonra de la mujer, la llevara al Altar, con el fin de celebrar matrimonio con la raptada. Muchas fueron las ocasiones en que, detrás del novio, y no obstante su aparente voluntad, estaba la amenazante figura del padre de la novia, hasta que se cumpliera la correspondiente ceremonia. Recuérdese el dicho, tan popular en otras épocas, de que el matrimonio se celebró en presencia de dos testigos: “*Smith and Wesson*”, para hacer referencia a que el padre de la novia portaba un revólver, con la marca de uno de los mayores fabricantes de armas cortas en los Estados Unidos, para coaccionar al raptor a limpiar el honor de su hija, casándose con ella.

Estos casos, que se repetían por toda la geografía patria, encajaban en el numeral 5º del comentado artículo 140 del Código Civil, pues esos matrimonios se celebraban “por fuerza o miedo que sean suficientes para obligar a alguno a obrar sin libertad”, por la fuerza ejercida por otra persona diferente a los contrayentes.

Así por el estilo podrían citarse varios ejemplos.

Pero, en general, haciendo a un lado las costumbres que había y siguen presentándose en el medio colombiano, lo que jurídicamente corresponde decir es que si la fuer-

za, como lo advierte el artículo 1513 del Código Civil, es de aquellas suficientemente capaces de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, entendiéndose por ella cualquier acto que infunde a una persona “un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave”, “tomando en cuenta su edad, sexo y condición”, necesariamente se producirá un vicio en el consentimiento.

No obstante lo anterior, surge aquí de nuevo la pregunta: ¿cuándo y en qué casos se considera saneada esta nulidad?

El inciso segundo del numeral 5º, en comento, tiene la respuesta: “La fuerza o miedo no será causa de nulidad del matrimonio, si después de disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas, o por la sola cohabitación de los consortes”. O, más específicamente, como lo aclara el artículo 145 del mismo estatuto sustantivo civil, “No habrá lugar a la nulidad por las causas expresadas en dichos incisos (5 y 6), si después de que los cónyuges quedaron en libertad, han vivido juntos por el espacio de tres meses, sin reclamar”.

No obstante los anteriores comentarios, conviene recordar que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-533, de mayo 10 de 2000, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, declaró la exequibilidad de los incisos primero y segundo del artículo 145 del Código Civil, ya citado, “bajo el entendido de que la cohabitación a que se refieren sea en todo caso voluntaria y libre, y dejando a salvo el derecho de demostrar, en todo tiempo, que ella no tuvo por objeto convalidar el matrimonio”, aspectos éstos que deben tenerse en cuenta a la hora de analizar los hechos que puedan haber dado lugar a la causal de nulidad, o de su subsanación.

En el Derecho Canónico, se considera que es “inválido el matrimonio, cuando es contraído por violencia o por miedo grave proveniente de una causa externa” (Canon 1103).

12.3.1.6 Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por rapto

El numeral 6º, del artículo 140 del Código Civil, dispone lo siguiente:

Código Civil

“ART. 140.- (...) 6. Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por haber sido ésta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor”.

Sea lo primero advertir que, conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional, en su sentencia C-007, de enero 17 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, el numeral 6° del artículo 140 del Código Civil fue declarado exequible, “siempre y cuando el término “robada violentamente” se entienda como sean raptados y, en el entendido de que, en virtud del principio de igualdad de sexos, la causal de nulidad del matrimonio y la convalidación de la misma, pueden invocarse por cualquiera de los contrayentes”.

Debiendo ser el consentimiento una manifestación libre y soberana de la voluntad de contraer el vínculo matrimonial, y constituyendo, como efectivamente ocurre, uno de los requisitos esenciales de este acto, cualquier atentado contra esa libertad y soberanía lleva a que, indefectiblemente, el mismo sea declarado nulo.

En consecuencia, si se da un rapto o robo de uno cualquiera de los contrayentes, que afecte o ponga en entredicho su consentimiento para la celebración del matrimonio, se tipificará la causal a que hace referencia el transcrito numeral 6, del artículo 140, aunque se aclara que el rapto, como tal, desapareció del ordenamiento penal colombiano, y hoy en día, esa conducta penal correspondería, más bien, al delito de secuestro.

Pero aquí también deberá tenerse en cuenta que, como ya se advirtió, y según lo señala el artículo 145 del Código Civil, “No habrá lugar a la nulidad por las causas expresadas en dichos incisos (5 y 6), si después de que los cónyuges quedaron en libertad, han vivido juntos por el espacio de tres meses, sin reclamar”.

Al igual que se comentó en la causal anterior, también conviene recordar que a Corte Constitucional, mediante sentencia C-533, de mayo 10 de 2000, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, declaró la exequibilidad de los incisos primero y segundo del artículo 145 del Código Civil, ya citado, “bajo el entendido de que la cohabitación a que se refieren sea en todo caso voluntaria y libre, y dejando a salvo el derecho de demostrar, en todo tiempo, que ella no tuvo por objeto convalidar el matrimonio”, aspectos éstos que deben tenerse en cuenta a la hora de analizar los hechos que puedan haber dado lugar a la causal de nulidad, o de su subsanación.

En el canon 1089, del Código de Derecho Canónico, se configura el impedimento por rapto, al disponer la norma que “No puede haber matrimonio entre un hombre y una mujer raptada o al menos retenida con miras a contraer matrimonio con ella, a no ser que después la mujer, separada del raptor y hallándose en lugar seguro y libre, elija voluntariamente el matrimonio”. Persigue la Iglesia católica, con este precepto, tutelar la libertad de la mujer para otorgar su consentimiento, pero conviene advertir,

como es obvio, se trata de un impedimento de Derecho eclesiástico que, en consecuencia, solo obliga a los católicos.

12.3.2 Causales de nulidad no subsanables

12.3.2.1 Cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior

Dice así el numeral 8°:

Código Civil

“ART. 140.- (...) 8. Cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior”.

En torno a esta causal, menester es hacer algunas aclaraciones respecto a la evolución que ha tomado en la jurisprudencia nacional la interpretación del numeral 8°, del artículo 140 del Código Civil.

Porque, si se lee en su versión original, la interpretación que podría hacerse de su texto, por amplia, resultaría contraria a Derecho. En efecto, la norma imprime de nulidad el matrimonio, “cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior”, sin clarificar la responsabilidad penal, y sin distinguir si ese es un delito doloso, o culposo.

Porque, desde el punto de vista del Derecho Penal, es indispensable establecer si una conducta típica es atribuida a uno solo de los contrayentes, o a ambos, dado el principio que gobierna el Derecho Criminal, en el sentido de que la responsabilidad penal es de carácter personal. O, si por el contrario, se trata de una imputación recíproca, que es inherente a la coautoría, la cual se da, “cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los coautores es extensible a todos los demás, sin perjuicio de que las otras contribuciones individualmente consideradas sean o no por sí solas constitutivas de delito”¹⁰.

Los expertos en Derecho Penal explican que este principio se deriva de la naturaleza misma de la coautoría en donde cada uno de los intervinientes realiza una parte del delito (aporte) cuya articulación permite alcanzar el designio propuesto en el acuerdo común, por lo que “a cada uno de los agentes no sólo se le imputa como propio aquello que ejecuta de propia mano, sino también la conducta de los demás intervi-

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia julio 2 de 2008, Rad. 23.438.

nientes. Por lo tanto, en esta forma de realización del delito, las diferentes aportaciones al hecho se engloban en un único hecho contrario a deber, del que responde cada uno de los autores como si lo hubiera cometido solo”¹¹.

Según la Corte, “no se remite a duda que el fundamento de la imputación recíproca de las conductas realizadas por los intervinientes estriba, necesariamente, en que haya hecho parte del acuerdo común (*pactum scaeleris*) o que se acepte como parte del mismo para asegurar el resultado”¹².

En concreto, refiriéndonos a la causal consagrada en el trascrito numeral 8º del artículo 140 del Código Civil, salvo que hubiese habido alguna complicidad o coautoría en la ejecución del delito, y que éste tuviese un carácter doloso, los efectos de la norma, tal como fue redactada, contendrían una marcada injusticia, porque la sanción se aplicaría a los dos contrayentes, independientemente de que uno de ellos no hubiese tenido participación alguna en el hecho punible, o de que, quien lo cometió, lo haya hecho sin intención positiva de dañar.

Por estas consideraciones, entre otras, la Corte Constitucional, en sentencia C-271, de abril 1º de 2003, Exp. D-4248, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, declaró la exequibilidad de este numeral, pero “condicionado a que se entienda que la nulidad del matrimonio civil por conyugicidio se configura cuando ambos contrayentes han participado en el homicidio y se ha establecido su responsabilidad por homicidio doloso mediante sentencia condenatoria ejecutoriada; o también, cuando habiendo participado solamente un contrayente, el cónyuge inocente proceda a alegar la causal de nulidad dentro de los tres meses siguientes al momento en que tuvo conocimiento de la condena”.

Texto este último que da a entender que, pese a que se trata de una causal que, en principio, no es subsanable, si no hay una alegación oportuna de la causal de nulidad por parte del cónyuge inocente, de todas formas se produciría una subsanación de la misma.

En el Derecho Canónico también existe al respecto una disposición (Canon 1090) que señala como un atentado contra la validez del matrimonio, a quien con el fin de contraerlo, “causa la muerte del cónyuge de ésta o de su propio cónyuge”, o quienes “con una cooperación mutua, física o moral”, causaren la muerte del cónyuge.

En este caso, en opinión de estudiosos autorizados de la materia, no se persigue castigar el delito, entre otros motivos porque ello no es competencia de la jurisdic-

¹¹ Urs Kindhäuser, *Cuestiones Fundamentales de la Coautoría*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 7, citado por Velásquez Gómez, Iván, *Jurisprudencia Penal, Extractos*, Librería Jurídica Sánchez R., Ltda., 2010, p. 12.

¹² *Ibid.*

ción de familia, sino proteger la honestidad misma del matrimonio, eliminando la posibilidad de que quien conculque intencionalmente la vida de una persona, pueda vincularse en matrimonio con su cónyuge. Es una manera de proteger la vida de los esposos de manos de quienes encuentran en el homicidio la manera de terminar con la indisolubilidad del vínculo sacramental. Se trata, igualmente, de un impedimento eclesiástico, que sólo obliga a los católicos.

12.3.2.2 Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes o descendientes, o son hermanos

Dice así el numeral 9°:

Código Civil

“ART. 140.- (...)

9. Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes, o son hermanos”.

Nuestro Código Civil define el parentesco de consanguinidad como la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por vínculos de sangre (Art. 35), y señala que aquél se clasifica entre parentesco de consanguinidad legítimo, o ilegítimo.

El mismo estatuto determina los grados de consanguinidad, señalando que ellos se cuentan por el número de generaciones, explicando que, por ejemplo, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí (Art. 37).

Adicionalmente, el artículo 38 del Código Civil define el parentesco legítimo de consanguinidad, y los artículos 41 y 42 clasifican el parentesco de consanguinidad en líneas y grados, entendiendo por línea la serie y orden de las personas que descienden de una raíz o tronco común, la cual se divide en directa o recta, y en colateral, transversal u oblicua. La línea recta se subdivide en descendiente u ascendiente, según se cuente bajando del tronco a los otros miembros (descendiente), o subiendo (ascendiente). Por último, el artículo 44 define la línea colateral, como la que forman las personas que, aunque no procedan las unas de las otras, sí descienden de un tronco común, y pone como ejemplos: hermano y hermana, hijos del mismo padre y madre; sobrino y tío que proceden del mismo tronco, y el abuelo.

Pues bien: cuando el artículo 140 del Código Civil establece como causal de nulidad del matrimonio, cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes o

descendientes, o son hermanos, está excluyendo toda posibilidad de que aquel se contraiga entre ascendientes o descendientes, cualquiera que sea el número de generaciones, y extendiéndola a la línea colateral, transversal u oblicua, de tal forma que está prohibido que este vínculo se contraiga entre el padre y madre, con la hija o hijo, o con la nieta o el nieto, o la biznieta o el biznieto, etc., así como con un hermano o hermana.

En el Derecho canónico existe un conjunto de disposiciones similares, que crean un impedimento para celebrar matrimonio a quienes estén unidos por parentesco de consanguinidad, de afinidad, o por adopción. Los cánones 1091, 1092 y 1094 así lo disponen, extendiendo el impedimento a la línea recta de consanguinidad entre todos los descendientes y ascendientes; en línea colateral, hasta el cuarto grado, inclusive; por la afinidad en línea recta, en cualquier grado; y, entre quienes están unidos por parentesco legal proveniente de la adopción, en línea recta o en segundo grado de línea colateral.

12.3.2.3 Cuando respecto del hombre o la mujer, o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior

Dice así el numeral 8°:

Código Civil

“ART. 140.- (...)

12. Cuando respecto del hombre o la mujer, o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior”.

La circunstancia de que alguno de los cónyuges tuviera vigente un matrimonio anterior, válidamente celebrado, al momento de celebrar uno nuevo, hace que este se encuentra incurso en la causal 12 del artículo 140 del Código Civil, que se acaba de transcribir.

Se trata de una causal no subsanable, que debe ser declarada por el Juez, aun de oficio, según los preceptos del artículo 15 de la Ley 57 de 1887.

Si estos hechos se dan, no habrá lugar a ninguna duda en la definición de cualquier caso judicial y el la nulidad así declarada afecta el vínculo desde el día de la celebración del matrimonio, sin importar la fecha de su registro. Hasta allí, el tema ha resultado pacífico para la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

Pero el problema surge cuando se llegue a dar la declaratoria de nulidad del primer matrimonio, evento sobre el cual se han fijado algunas interesantes posiciones que

ayudan a clarificar el tema. En varios pronunciamientos de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se ha ido haciendo claridad sobre esta materia. En efecto, entre otras providencias judiciales, existe una sentencia proferida el 10 de septiembre de 1996 por dicha corporación, en cuyas consideraciones el Tribunal se formula el interrogante de si un segundo matrimonio, analizado de manera particular en el caso que fue objeto de pronunciamiento, tiene validez o no. Y a ese respecto, el Tribunal plantea estos argumentos que ayudan a dar respuesta a esa cuestión.

“Corresponde ahora determinar si este segundo matrimonio tiene validez o no. Según el artículo 140 numeral 12 del C.C., el matrimonio es nulo por la preexistencia de un vínculo anterior. Pero debe entenderse que esa prohibición de contraer nuevas nupcias se erige sobre el supuesto de la validez del primero, porque si este es nulo o inexistente, el segundo matrimonio es válido una vez se remueva el obstáculo para su eficacia, que es el primer vínculo, porque la sentencia de nulidad de matrimonio es declarativa toda vez que el vicio existía desde la celebración del mismo. Entonces la nulidad hace desaparecer el primer vínculo convalidándose el segundo matrimonio. Lo cual indica que la nulidad respecto de los efectos deja intactos los ya producidos pero el vínculo matrimonial desaparece”¹³.

Allí, la Sala de Familia reitera que si el primer matrimonio es declarado nulo, el segundo recobra su validez, por la naturaleza declarativa de la sentencia de nulidad, citando al profesor Roberto Suárez Franco, así:

“Es nulo el matrimonio cuando respecto del hombre o de la mujer estuviere vigente el vínculo de un matrimonio anterior, dispone el art. 140, numeral 12 del Código Civil. Esta nulidad establecida por claras razones de orden público en defensa de la unidad del matrimonio, tiene ciertas dificultades en su aplicación particularmente cuando el primer matrimonio sea nulo. Es indudable que al contraer un matrimonio existiendo otro previo afectado de nulidad, ha de estarse más por la validez del primero que por la nulidad del segundo, mientras el juez declara la nulidad de aquel. Decretada su nulidad, se retrotraen los efectos a su celebración, que convalida el segundo matrimonio”.

Y sigue diciendo el Tribunal Superior de Bogotá:

“Igualmente Jemolo, en la obra citada páginas 195, dice: “la sentencia que pronuncia la nulidad tiene atribuida una naturaleza declarativa que le consiente producir un efecto declarativo, por lo cual se puede decir también que el matrimonio anterior es impedimento dirimente, no saneable si es válido, pero simple impedimento prohibitivo, si es susceptible de ser anulado. La naturaleza del impedimento solo aparece a posteriori, según la suerte que corra el juicio sobre la validez del primer matrimonio”.

¹³ Tribunal Superior de Bogotá, D.C., Sala de Familia, Sentencia de septiembre 10 de 1996, M.P.: Jesael Antonio Giraldo Castaño.

“Así mismo Planiol y Ripert, en la obra comentada, pág. 205: “Caso de nulidad del primer matrimonio. Si el cónyuge bigamo sostiene que el primer matrimonio es nulo la cuestión de nulidad o de validez de este primer matrimonio debe ser juzgada previamente (artículo 189). Esto es necesario, pues si el primer matrimonio es nulo, no ha podido impedir la formación del segundo, ya que el pretendido bigamo resultaba libre en el momento en que se casaba de nuevo. La prueba de esta nulidad corresponde al cónyuge bigamo que se beneficia de ella”.

Louis Josserand en su obra Derecho Civil Tomo I. Volumen II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa América, 1952, página 78, comenta sobre la materia: “Es de toda evidencia que el primer matrimonio no produce la nulidad del segundo, sino en tanto que es él mismo válido: si se suscita la cuestión de su nulidad, debe ser resuelta previamente; tiene carácter prejudicial (artículo 189)”.

Y ya para cerrar este tema sucintamente comparativo entre las nulidades del matrimonio en el Derecho Civil y el Canónico, obsérvese que, al igual que respecto a otras causales, en el Derecho canónico también existe un impedimento para contraer matrimonio, cuando ocurre un ligamen por el vínculo de un matrimonio anterior, “aunque no se haya consumado”. Y el canon 1085 ordena que “Aun cuando el matrimonio anterior sea nulo o haya sido disuelto por cualquier causa, no por eso es lícito contraer otro antes de que conste legítimamente y con certeza de nulidad o disolución del precedente”.

12.3.3 Procedencia de la declaratoria de nulidad matrimonial, ante el fallecimiento de uno de los cónyuges

La segunda cuestión que se plantea por el Tribunal en la varias veces citada sentencia, consiste en determinar si, fallecido uno de los cónyuges, existe legitimación en la causa para demandar la nulidad. A ese respecto, la sentencia precisa lo siguiente:

“Por lo primero que debe indagarse es por la legitimación en la causa. Se ha dicho por autorizados doctrinantes, como los profesores Fernando Hinestrosa Forero y Hernán Fabio López Blanco, que fallecido uno de los cónyuges ya no es posible tramitar el proceso de nulidad del matrimonio en virtud de que la pretensión principal que es la disolución del vínculo ya no tiene objeto por haberse disuelto con la muerte. Inclusive, recomiendan aplicar por analogía el artículo 9° de la Ley 1° de 1976, que modificó el artículo 159 del C.C., según el cual la muerte de uno de los cónyuges o la reconciliación de los mismos le ponen fin al proceso de divorcio (Cfr. Hernán Fabio López Blanco, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, parte especial, tomo II).

En algunas legislaciones en forma expresa se consagró la prohibición de adelantar la acción una vez fallecido uno de los cónyuges. Tal acontece en la legislación ca-

nónica, artículo 1972 del Código de Derecho Canónico. Igualmente, en el Código Civil chileno se estableció la mencionada prohibición. Don Luis Solar, comenta sobre el particular: “Establece la ley que la acción de nulidad “no podrá intentarse si no viven ambos cónyuges”. Esta limitación se refiere a todas las personas que no podrán pedir la nulidad; y ya hemos visto la gravedad que tiene respecto de aquellas que tendrían interés en que la nulidad se declarara para poder entrar en posesión de bienes pueden pasar a un supuesto cónyuge o personas que no tendrían tal vez derecho alguno a dichos bienes. La ley habla de que la acción no puede intentarse, es decir, que no es admisible siquiera a discusión; de modo que constituye una limitación, una excepción perentoria que opuesta en in limini litis hará que se paralice todo procedimiento” (Explicaciones de Derecho Civil y Comparado, Volumen I, pág. 416, Editorial Jurídica de Chile-Editorial Temis).

El Código Civil Argentino solo permitía en el artículo 86, iniciar la acción en vida de los cónyuges. Esta disposición fue modificada por la ley 17.711, en el siguiente sentido: “La prohibición no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez de la unión, cuando la nulidad se funda en los impedimentos de ligamen, incesto o crimen y la acción es intentada por ascendientes y descendientes”.

Comentando el anterior precepto, Guillermo A. Borda, dice: “Este agregado, inspirado en la recomendación hecho por el III Congreso nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba en 1961, restaura la verdadera doctrina del artículo 86 original y se ha reproducido casi textualmente en el nuevo art. 239 (ref. Por ley 23.515) según el cual la prohibición de demandar la nulidad del matrimonio después de la muerte de los cónyuges, no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez del matrimonio y su nulidad absoluta fuere invocada por ascendientes o descendientes. El nuevo art., 239 reconoce, por tanto, la acción de nulidad a los herederos, aún después de la muerte de los cónyuges, bajo las siguientes condiciones: a) que de la validez de la unión dependa el derecho en cuya defensa acciona el heredero; b) que la nulidad sea absoluta, y c) que la acción sea intentada por ascendientes o descendientes” (Manual de Derecho de Familia, págs. 113 y ss.). En el mismo sentido Augusto César Belluscio, Derecho de Familia, Tomo II, Matrimonio, Edit. Depalma, 1979, págs. 195 y ss.

Arturo Carlo Jemolo, refiriéndose al derecho italiano, en su obra, Matrimonio, Ediciones Jurídicas, Europa-América, 1954, pág. 195 y ss. dice que los herederos pueden demandar la nulidad pero que “el juez deberá siempre investigar si hay o no un interés legítimo en quien propone la demanda...”.

Sobre el particular, Planiol y Ripert, comentan que el Código Civil Francés no solo se limita la acción de nulidad al otro cónyuge, ascendientes y descendientes, después de muerto uno de los esposos, sino que la acción se extiende a los colaterales”. Leyendo el artículo 187, parece además que en relación con los tres vicios de impubertad, incesto y bigamia, los colaterales no pueden ejercitar la acción sino después de la muerte de su ascendiente. Esta última condición es difícil de entender si se le aísla,

pues la nulidad interesa más durante el período del matrimonio que después de su disolución. Así la jurisprudencia y los autores admiten que las palabras “en vida de los esposos” tienen un carácter puramente enunciativo; ellas indican el caso más frecuente en que los colaterales podrán justificar un interés pecuniario actual: es decir el caso de iniciarse la apertura de la herencia de aquel de los esposos del cual sean parientes. Los colaterales tienen un interés evidente en hacer que se pronuncie la nulidad del matrimonio para eliminar el usufructo del cónyuge viviente, y para que los hijos se consideren hijos naturales con menor participación, o también quizás para suprimir la participación de estos últimos, si ha habido incesto”.

Y el Tribunal concreta su posición, respecto al Derecho interno, así:

“En nuestro derecho no existe ninguna norma que prohíba la iniciación de la acción de nulidad con posterioridad a la muerte de uno de los cónyuges, el matrimonio nulo produce efectos mientras no sea declarada la nulidad, y una vez declarada cesan los efectos hacia el futuro, por lo cual se dice que la nulidad produce efectos ex nunc y no ex tunc, y además, mientras la nulidad no se declare el matrimonio se presume válido. Así las cosas, ciertos efectos patrimoniales específicos como poder revocarle las donaciones al cónyuge culpable, obtener la indemnización de perjuicios del cónyuge que haya actuado con mala fe o con culpa, etc. sólo pueden lograrse si se decreta la nulidad, aún después de la muerte de uno de los cónyuges.

El artículo 148 del C.C., preceptúa: “Anulado un matrimonio, cesan desde el mismo día entre los consortes separados todos los derechos y obligaciones recíprocas que resultan del contrato del matrimonio; pero si hubo mala fe en alguno de los contratantes, tendrá esta obligación de indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado, estimados con juramento”.

Pero téngase en cuenta que esta tesis de que en nuestro ordenamiento jurídico no está prohibida la acción de nulidad posterior a la muerte de uno de los cónyuges, todavía no es pacífica en el Derecho de Familia colombiano. Hace poco tiempo, en el año 2015, una señora acudió ante el Juez de Familia de Bogotá, pretendiendo que, previos los trámites propios de un proceso verbal, fuera declarara la nulidad del matrimonio civil contraído por ella en ciudad de Panamá, por la causal contemplada en el numeral 12 del artículo 140 del Código Civil, es decir, por la existencia de un vínculo matrimonial anterior. El Juzgado de Familia de conocimiento profirió sentencia declarando infundadas las excepciones de mérito y decretando la nulidad del matrimonio.

Contra dicha sentencia, el apoderado de los demandados interpuso recurso de apelación, y el Juez de segunda instancia, que lo fue la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, en el año 2017, al desatar el recurso de apelación, amparado en la facultad prevista en el artículo 328 del Código General del Proceso, que le permite hacer pronunciamientos de oficio, consideró que, no obstante que se acreditó la

vigencia del primer matrimonio para la época en que se celebró el segundo, también se dio por demostrado el fallecimiento del cónyuge que había contraído ambos matrimonios y dijo que “del anterior marco fáctico emerge que para el momento de radicación de la demanda de nulidad, ésta resultaba un “imposible jurídico”, dado que el matrimonio del cual se pretendía la nulidad había sido disuelto por el fallecimiento del cónyuge”. El magistrado ponente basó su posición en los conceptos plasmados en la obra del profesor Hernán Fabio López, y en los criterios adoptados en otra oportunidad por esa Sala de Familia, en una sentencia del 11 de Mayo de 2010, Rad. 5553, ya mencionada atrás.

La tesis del Tribunal consiste en afirmar que, al morir uno de los cónyuges, surge una imposibilidad para adelantar un proceso de nulidad matrimonial, porque “no puede deshacerse lo que no existe”, dado que el matrimonio se encontraba disuelto cuando se interpuso la demanda de nulidad.

Nosotros pensamos que esta postura de la Sala de Familia es incorrecta y contraria al sistema normativo de las nulidades matrimoniales. Es más: la misma Sala, en un fallo posterior al últimamente mencionado, del 12 de junio de 2012, Rad. 5819, había corregido su doctrina y aceptó exactamente la tesis contraria. En esta última sentencia, basó sus decisión en que “El legislador taxativamente consagró en el artículo 140 del Código Civil y en el artículo 13 de la Ley 57 de 1887, las causales que originan la nulidad del vínculo matrimonial, entre las cuales se encuentra la invocada por la actora como fundamento de sus pretensiones, esto es, la distinguida con el numeral 12 del Artículo 140 (...). Y agregó: “El legislador acogió el criterio contractualista respecto del matrimonio, al considerarlo como un contrato, el cual ha tenido bastantes impugnadores, en cuanto no hallan en el vínculo matrimonial realmente un contrato sino que le atribuyen una naturaleza jurídica distinta, como matrimonio-institución (Georges Renard-Maurice Hauriou), o mixta, contrato-matrimonio (Planiol y Ripert); ecléctica (Julien Bonnetcase), etc. Y es que en verdad el mencionado carácter contractual resulta discutible cuando se observa que las obligaciones que surgen del matrimonio no las acuerdan las partes sino que están establecidas en la ley, sin que los contrayentes puedan modificarlas, y los fines de semejante convención también los describe el legislador sin posibilidad para los cónyuges de mutarlos, con lo cual el objeto y la causa son legales, resultando imposibles por tanto el objeto y la causa ilícitos. No obstante, en todos los casos, cualquiera sea la naturaleza jurídica que se le atribuya, el matrimonio exige para su validez varios requisitos expresamente señalados en la Ley. Algunos de ellos han sido erigidos por la Ley como causales de nulidad. En efecto, en el artículo 140 del C.C. y en el 13 de la Ley 57 de 1887, se establecieron de manera taxativa las causales de nulidad del matrimonio, precisando que algunas de ellas son insub-

sanables y otras subsanables. El numeral 12 de la disposición legal primeramente citada, señala como causal de nulidad: “Cuando respecto del hombre o de la mujer o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior”, la cual es insubsanable, según el artículo 15 de la Ley 57 de 1887, y puede ser declarada por el juez aun oficiosamente. En este caso, de acuerdo con los hechos relatados en los antecedentes, se tiene que son dos los aspectos de la censura, el primero consiste en determinar si resulta viable la demanda de nulidad del matrimonio en donde, como ocurre en este caso, uno de los cónyuges ha fallecido (...). En este orden de ideas, y al haber quedado plenamente demostrado, no solamente que (...) tenía un vínculo matrimonial anterior al momento de contraer matrimonio civil con (...), sino también, que el primero de los nombrados había fallecido antes de presentarse la demanda de nulidad de matrimonio civil que ocupa la atención de esta Sala, a efectos de resolver el primer punto de la censura, deberá establecerse si es viable o no demandar la nulidad de un matrimonio civil cuando uno de los dos cónyuges ha fallecido”.

Posteriormente, la Sala de Familia del Tribunal explica las dos tesis que se han venido debatiendo respecto a este tema, y que ya fueron expuestas precedentemente. Y respecto al caso concreto que estaba sometido a su consideración, dijo lo siguiente:

“En el caso sub-examine quien demanda es el cónyuge supérstite, quien aspira a que se declare la nulidad y se precise que el segundo matrimonio no generó sociedad conyugal; luego el interés es evidente, y nada cambia la situación con la muerte del actor, porque se produjo en debida forma la sucesión procesal reemplazándolo los herederos (...). Esta Sala acogiendo la primera de las posiciones esbozadas, considera que resulta perfectamente viable demandar la nulidad del matrimonio civil aun después de haber muerto uno de los consortes, en consideración a que no solamente los cónyuges en vida, sino también los herederos de ellos, se encuentran legitimados para demandar tal declaratoria, sino además porque como se ha reconocido doctrinaria y jurisprudencialmente, el matrimonio viciado de “nulidad” produce efectos jurídicos aun después de la muerte de uno de los dos consortes, entre tanto no sea declarada la nulidad del mismo”.

Nosotros consideramos acertada esta última postura. Y pensamos, además, que la declaratoria de nulidad del matrimonio, aun después de la muerte de uno de los cónyuges que participaron en el contrato, no es tan inane o inútil como parece deducirse de la argumentación utilizada en otras ocasiones por la Sala de Familia del Tribunal de Bogotá, que negaba la procedencia de esta acción de nulidad.

En primer lugar, por los efectos de la nulidad respecto al estado civil. Se sabe que el estado civil de casado conlleva determinadas consecuencias, en cuanto determina

el cumplimiento de todos los derechos y obligaciones entre los cónyuges, alguno de ellos de carácter personal, otros de naturaleza patrimonial.

En segundo lugar, porque dentro de las características reconocidas al estado civil de las personas, se encuentra la de que éste es indivisible, inalienable e imprescriptible. La primera significa que una misma persona no puede tener dos estados contrarios, es decir, una persona no puede tener el estado civil de casada, y al mismo tiempo de soltera; y esa persona siempre tendrá derecho a que jurídicamente se establezca si es una cosa, o la otra. La segunda consiste en que no se puede ceder o adquirir; y, la tercera, la inalienabilidad, obedece a la razón de que la persona no puede modificar por sí misma su estado civil. “El estado civil lo constituyen entonces un conjunto de condiciones jurídicas inherentes a la persona, que lo identifican y diferencian de las demás, y que la hacen sujeto de determinados derechos y obligaciones” (Corte Constitucional, sentencia T-090 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz). “Se ha definido como un estatuto o una situación jurídica que expresa la calidad de un individuo frente a su familia y a la sociedad, en otras palabras “el estado civil es la posición jurídica de la persona vista su doble condición: individuo y elemento social (...) Se trata de una institución de orden público, universal, indivisible, inherente al ser humano, indisponible, inalienable, irrenunciable, inembargable, imprescriptible, que no puede establecerse por confesión, otorga estabilidad, y tiene efectos erga omnes. La función del estado civil es demostrar la capacidad de la persona para que esta pueda ser titular de derechos y obligaciones” (sentencia 450 a de 2013, M.P.: Mauricio González Cuervo).

De manera que el estado civil influye significativamente en la capacidad jurídica de las personas, y en sus facultades de goce; en la capacidad de obrar; y en la atribución de derechos, poderes y deberes. Así, por ejemplo, el estado de casada de una persona que ha celebrado un matrimonio, estando vigente un vínculo anterior, cuando uno de ellos ha fallecido, es presupuesto de un conjunto de poderes y deberes que esta condición implica respecto al difundo (gananciales de la sociedad conyugal, en caso de que se hubiese formado; derechos originados en las asignaciones forzosas - alimentos o porción conyugal -; derechos sucesorales, en su caso; derecho a percibir la pensión de sobrevivientes, entre otros).

Adicionalmente, el estado civil, como atributo de la personalidad, determina el estatus o la posición de carácter jurídico del sobreviviente, para establecer si nunca tuvo cónyuge, o si lo tuvo; y, en este último caso, si ya no lo tiene, y es viudo/a, o si no lo tuvo, y, por lo tanto, su estado civil no produjo ninguna mutación por causa de su relación con el fallecido.

Es que, en un caso, es decir, si se considera que fue la (el) cónyuge del difunto, a su estado civil era de casada/o; como éste falleció, sería de viuda/o; si no tuvo matrimonio, pues tendría el estado civil de soltera/o, o, en el mejor de los casos, de compañera permanente, que no es lo mismo; y así por el estilo podrían traerse a colación otros ejemplos, para establecer con claridad que esa persona tiene derecho a obtener un pronunciamiento judicial que declare la nulidad de su matrimonio, por los hechos, motivos y pruebas asomados al proceso judicial que dio lugar a la tesis jurídicas que criticamos.

Porque, a la larga, lo que se trata es de distinguir entre varias posiciones en las que se puede encontrar el demandante, puesto que su forma de estar dentro de cada una de las situaciones ya mencionadas, incide jurídicamente sobre su capacidad o aptitud dentro del Derecho, la familia y la sociedad.

Desde otra óptica, con los ojos puestos en los derechos fundamentales de las personas, también consideramos que una negación de tal calado puede significar la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La negación de la nulidad de un matrimonio, por las causales y dentro de las circunstancias fácticas como las que se comentaron precedentemente, también podría atentar contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de quien, atado a un vínculo viciado, no puede resolverlo por la vía judicial. Esa persona tiene el derecho a ser reconocida desde un punto de vista individual, inigualable, diferente a los demás, de tal forma que se distinga de otros, derecho que el Estado debe respetarle con todas las características que le son propias. En eso consiste su derecho al libre desarrollo de su personalidad. En que sea ella, y solo ella, la que escoja o seleccione su estado civil de soltera, casada, compañera permanente o viuda. Y ese derecho nunca desaparece, ni siquiera por el fallecimiento de quien figuraba como su cónyuge, dentro de un contrato matrimonial que es susceptible de anulación. La doctrina y la jurisprudencia reconocen al unísono que todas las personas tienen derecho a decidir la forma como desarrollan su personalidad, incluyendo las facultades de escoger su estado civil, el de ser padre o madre, el de su propia identidad, determinada opción social, su profesión u oficio, a la educación, a la salud y hasta el derecho a decidir sobre su propia vida.

En el anterior orden de ideas, consideramos que una decisión negativa de la nulidad de un matrimonio, bajo el prurito de que, fallecido uno de los cónyuges y, por esa causa, disuelto el matrimonio, hay una “nada jurídica”, no solo es ajena a la naturaleza del matrimonio y a la independencia del régimen de nulidad del mismo, sino que podría desconocer una parte importante de los derechos fundamentales de quien la demande y no tenga solución a su estado civil.

12.3.4 Competencia sobre nulidades de matrimonios religiosos

Conforme a las disposiciones del artículo 42 de la Constitución Política, “las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión”, producirán efectos civiles, en los términos que establezca la Ley. En desarrollo de este precepto constitucional, la Ley 25 de 1992, cuyo artículo 3° subrogó el artículo 146 del Código Civil, establece que “El Estado reconoce la competencia propia de las autoridades religiosas para decidir mediante sentencia u otra providencia, de acuerdo con sus cánones y reglas, las controversias relativas a la nulidad de los matrimonios celebrados por la respectiva religión”.

Lo anterior significa que si se tramita la nulidad de un matrimonio celebrado bajo los ritos de cualquier Iglesia o congregación religiosa que haya celebrado un tratado internacional o un convenio de Derecho Público interno con el Estado colombiano conforme a las normas de la correspondiente religión, y las autoridades competentes profieren un fallo decretando dicha nulidad, ese trámite se ajustaría en un todo a la Ley civil, puesto que ésta les reconoce a tales autoridades la competencia para ello.

Sólo que, como lo señala el artículo 4° de la citada Ley 25, que sustituyó el artículo 147 del Código, esas providencias de nulidad matrimonial, una vez queden en firme, o ejecutoriadas, deben ser notificadas al Juez de Familia o Promiscuo de Familia del domicilio conyugal, para que procedan a decretar su ejecución, en lo que se refiere a los efectos civiles, y a ordenar la respectiva inscripción en el registro civil. La nulidad del vínculo matrimonial religioso sólo surte efectos civiles cuando quede en firme la providencia del Juez de Familia o Promiscuo de Familia que ordene la ejecución de la decisión religiosa.

12.3.5 Efectos de la anulación del matrimonio

Cuando quede en firme la sentencia del Juez de Familia que decreta la anulación de un matrimonio civil; o la providencia judicial que ordene la ejecución de la decisión adoptada por la autoridad religiosa correspondiente, decretando la nulidad de un matrimonio religioso, “cesan desde el mismo día entre los consortes separados, todos los derechos y obligaciones recíprocas que resultan del contrato del matrimonio” (C.C., Art. 148).

El criterio general aplicado por la jurisprudencia nacional es que “En lo concerniente a los efectos de la declaración judicial de nulidad, destácase que mientras en materia contractual rige preponderantemente el principio de la retroactividad, no puede decirse lo mismo en tratándose de los efectos del matrimonio nulo. Ciertamente, éste,

además de considerarse válido y, por ende, generador de todas las consecuencias que le son propias, mientras no sea declarado nulo judicialmente, una vez decretada su nulidad sigue produciendo varios de los efectos del matrimonio válido, al paso que otros se extinguen únicamente hacia el futuro y, francamente, frente a los menos, se entiende como si nunca se hubiesen celebrado las nupcias”¹⁴.

Pero esta decisión trae varias consecuencias, en diferentes órdenes, a saber:

12.3.5.1 Efectos sobre los hijos

Respecto de los hijos habidos en el matrimonio que haya sido declarado nulo, como medida de protección, el artículo 149 del Código Civil dispone que se sigan considerando como hijos legítimos.

Como norma general, si ninguno de los esposos fuere considerado culpable de la anulación del matrimonio, a ambos corresponden los gastos alimentarios respecto de los hijos comunes, en proporción a sus facultades económicas y según la decisión que adopte el respectivo Juez.

Así mismo, el citado artículo ordenaba que fueran de cargo del cónyuge culpable de la anulación, los gastos de alimentos y educación de los hijos, si aquél tuviere medios para ello; o, de lo contrario, de quien los tenga. Sin embargo, ante una demanda de inexecutable sobre la disposición contenida en el artículo 149 del Código Civil, en cuanto le asignaba al cónyuge culpable de la nulidad la carga de atender los gastos de alimentos y educación de los hijos, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-727, del 25 de noviembre de 2015, declaró la inexecutable de ese aparte.

Según la Relatoría de la Corte, al divulgar la expedición de dicha sentencia, la Corte se propuso en este caso “resolver si la declaración de nulidad de un matrimonio, que trae como consecuencia el pago de los gastos de alimentos y educación de los hijos a cargo del cónyuge culpable, siempre que éste tuviere los medios para ello de acuerdo con lo dispuesto en el aparte final del artículo 149 del Código Civil, desconocía la Constitución y en particular, el derecho a la igualdad entre los miembros de la pareja respecto de las obligaciones y derechos que se desprenden de la paternidad (arts. 13, 42 y 43 C.Po.)”.

La conclusión que sacó la Corte Constitucional es que “el aparte acusado efectivamente desconoce la Constitución, pues al confundir los efectos de la disolución del vínculo matrimonial como consecuencia de la nulidad, con los deberes paterno-filiales, pone

¹⁴ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Exp. 7291, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

en el mismo plano situaciones muy distintas y por esta vía desconoce la imposibilidad de renunciar a las obligaciones que le asisten a los padres frente a sus hijos, independientemente del vínculo que una a la pareja”.

Según el comunicado de la relatoría de la Corte, ésta “parte de que el régimen constitucional y legal reconoce iguales derechos y deberes entre los integrantes de la pareja y en relación con sus hijos”, y anota que “Del matrimonio se desprenden efectos personales y patrimoniales de diversa índole, pero cuando el vínculo se disuelve, permanecen en general algunas de las obligaciones económicas entre los cónyuges y se mantienen las relaciones paterno-filiales con respecto a los hijos”, para concluir que “Este reconocimiento se funda en la proscripción de cualquier distinción entre los integrantes de la pareja en tanto sujetos con plena capacidad jurídica para desarrollar y orientar las relaciones con sus hijos. Para la Corte –agrega–, la disposición acusada, al imponer la obligación alimentaria al cónyuge culpable en los caos de nulidad del matrimonio, traslada los efectos de la conducta culpable de una de las partes del vínculo matrimonial al ámbito de las relaciones paterno-filiales, eliminando entonces para una de ellas el deber que primigeniamente corresponde a quienes integran la pareja. Esta imposición legal tiene a su vez un carácter sancionatorio”.

12.3.5.2 Respeto a las donaciones

En cuanto tiene que ver con las donaciones y promesas que se hayan hecho por causa del matrimonio, subsistirán para el cónyuge que lo contrajo de buena fe. Ciertamente, la nulidad “Tampoco produce efectos retroactivos en relación con las donaciones y promesas que, por causa del matrimonio, se hubiesen hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe (artículo 150 del Código Civil), toda vez que estas subsisten a pesar de la declaración de nulidad. Pueden revocarse, en cambio, las que se hubiesen hecho al contrayente de mala fe (artículo 1846 *ibídem*)”¹⁵.

12.3.5.3 Obligaciones a cargo del cónyuge culpable de la nulidad

Por último, de acuerdo a lo ordenado por el artículo 151, decretada la nulidad de un matrimonio, en la sentencia correspondiente “se ordenará lo concerniente al enjuiciamiento y pronto castigo de los que resulten culpados, y se determinarán con toda precisión los derechos que corresponden al cónyuge inocente y a sus hijos, en los bienes del otro consorte, la cuota con que cada cónyuge debe contribuir para la educación o alimentos de los hijos, la restitución de los bienes traídos al matrimonio; y se decidirá sobre los demás incidentes que se hayan ventilado por las partes”.

¹⁵ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Exp. 7291, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

Se observa, sí, respecto a estas disposiciones, que según la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia proferida el 1º de octubre de 2004, bajo ciertas circunstancias es posible que, pese a la declaratoria de nulidad por la existencia de un vínculo matrimonial precedente, se forme sociedad conyugal por causa de la celebración de un nuevo matrimonio, estando vigente el primero, no obstante que el segundo se declare nulo. En igual sentido se pronunció la misma Sala mediante sentencia de noviembre 25 de 2004¹⁶.

En su conjunto, respecto a los efectos de la anulación de un matrimonio, la citada Sala de la Corte Suprema destaca que la ley civil (artículos 149 y 150) “consagra no solo una medida de protección a los hijos sino también una aplicación del efecto creador de la buena fe: desaparecida la causa de las donaciones y promesas a que se refiere el artículo 150, éstas no podrían subsistir por falta de causa si la noción de buena fe, en su misión creadora, no fuera bastante para suplir la causa real de esas donaciones y promesas”¹⁷.

En la misma sentencia ya citada de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, se hace una concreción sobre los efectos de la nulidad, que interesa reproducir aquí, señalando los siguientes:

“a) Se disuelve el matrimonio

b) Los cónyuges quedan en libertad de contraer otro matrimonio

c) Cesan entre los cónyuges los derechos y obligaciones recíprocos

d) Se disuelve la sociedad conyugal si existía.

e) Se condena al demandado de mala fe, o culpable si hubo petición de parte, al pago de los perjuicios materiales y morales subjetivos (C.C. artículo 148 y C. de P. C. artículo 443 numeral 3º).

f) Se debe disponer cuál de los padres queda con la custodia de los hijos o si se le deja a un tercero en caso de imposibilidad física o moral de ambos.

g) Señalar la cuota alimentaria en la sentencia. Esta obligación les corresponde a ambos padres según su capacidad económica.

h) Da lugar a la revocación de las donaciones efectuadas por causa de matrimonio, del cónyuge de mala fe, si la donación se hizo constar en escritura pública, o por el tercero donante, si también la hizo constar en escritura pública o se probó mediante confesión. (Art. 1843, del C.C.)

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de octubre 1º de 2004, Exp. 1998-01175-01, M.P.: Manuel Isidro Ardila Velásquez; y noviembre 25 de 2004, Exp. 7291, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena, publicadas en *Código de Familia, Infancia y Adolescencia*, ob. cit., pp. 204 y ss.

¹⁷ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia mayo 20 de 1936, G.J., t. XLIII, p. 49.

*i) Si se observa la posible comisión de algún delito con ocasión de la celebración del matrimonio que se anula, debe el juez remitir copias a la Fiscalía General de la nación, para que se adelanten las indagaciones correspondientes y se impongan las sanciones del caso, si a ello hubiere lugar*¹⁸.

12.3.6 Reflexiones sobre la nulidad del matrimonio católico y prestaciones alimentarias

Durante los últimos tiempos, en el país viene evidenciándose una tendencia a utilizar la nulidad de los matrimonios religiosos católicos como un instrumento para desconocer de plano, entre otros, los derechos alimentarios entre los cónyuges.

De acuerdo a las normas del Código de Derecho Canónico, referentes a las causas de nulidad del matrimonio, estos procesos se debían adelantar en dos instancias, en razón a que ese estatuto disponía que la sentencia que declarara por vez primera la nulidad de un matrimonio, junto con sus apelaciones, si las hubiere, debía trasladarse de oficio al tribunal de apelación. La complejidad del trámite, incorporada en el citado estatuto, guarda relación directa con las propiedades esenciales del matrimonio, que son la unidad y la indisolubilidad, dado que éste se considera una alianza matrimonial por la que un hombre y una mujer constituyen entre sí un consorcio por toda la vida, elevada a la dignidad de sacramento entre bautizados.

Dentro de ese ordenamiento canónico, los procesos de nulidad matrimonial resultaban dispendiosos y demorados, precisamente por las dos instancias a las que debían someterse y por la severidad que ancestralmente venía imponiendo la iglesia católica. Esas circunstancias llevaban a que las sentencias de nulidad fueran excepcionales y, por eso mismo, sus consecuencias, en aquellos casos en los que ocasionalmente prosperaban las demandas, no tenían tanta trascendencia jurídica y social. Eran realmente casos aislados.

Ahora, las cosas han cambiado. A raíz de la Carta Apostólica en forma de “Motu Proprio”, promulgada por el Papa Francisco, en el Código de Derecho Canónico se introdujeron importantes reformas del proceso canónico para las causas de declaración de nulidad del matrimonio, aprobadas en la III Asamblea General Extraordinaria del Sínodo de los Obispos, celebrada en el mes de octubre de 2014.

En esencia, en la Carta Apostólica el Papa informa haber decidido establecer disposiciones con las cuales se favorezca “no la nulidad de los matrimonios, sino la

¹⁸ Tribunal Superior de Bogotá, D.C., Sala de Familia, Sentencia de septiembre 10 de 1996, M.P.: Jesael Antonio Giraldo Castaño.

celeridad de los procesos y, no en menor medida, una adecuada simplificación, de modo que, a causa de un retraso en la definición del juicio, el corazón de los fieles que esperan la clarificación del propio estado no quede largamente oprimido por las tinieblas de la duda”.

Las reformas ofrecen algunos instrumentos para que los tribunales eclesiásticos puedan “responder a la exigencia de los fieles”, y se resumen en los siguientes puntos:

1. No se requerirá una doble instancia, sino que bastará una sola sentencia en favor de la nulidad del matrimonio.
2. Un Juez único, bajo la responsabilidad del obispo.
3. El mismo Obispo en su Iglesia, es por eso mismo Juez entre los fieles que se le han confiado en la correspondiente diócesis
4. Además de hacerse más ágil el proceso matrimonial, se establece una forma de proceso más breve para aquellos casos en los que la nulidad del matrimonio sea argumentativamente más evidente.
5. Restablecimiento de la cercanía entre el Juez y los fieles, y gratuidad de los procesos, sin perjuicio de “la justa y digna retribución de los operadores de los tribunales”.
6. Excepcionalidad de la apelación a la Sede Apostólica (Rota Romana).

Con base en estas consideraciones, fueron reformadas algunas disposiciones del Código de Derecho Canónico, con vigencia a partir del día 8 de diciembre de 2015.

El canon 1671, en su nueva redacción, tiene adicionado el segundo inciso, el cual establece lo siguiente:

Can. 1671

1. “(...)
2. Las causas sobre los efectos meramente civiles del matrimonio pertenecen al juez civil, a no ser que el derecho particular establezca que tales causas puedan ser tratadas y decididas por el juez eclesiástico cuando se planteen de manera incidental o accesoria”. (Subrayas fuera del texto)

Esta norma no es nueva, puesto que su contenido es la reproducción completa del anterior texto del canon 1672. Sin embargo, vale la pena refrescarla en razón a que con la reforma del proceso canónico de nulidad del matrimonio, es bastante el número

de causas que se están promoviendo y mayor el número de sentencias de nulidad que han sido proferidas.

De manera que las causas matrimoniales son de dos clases: la de nulidad del vínculo sacramental, por un lado; y, por el otro, la de cesación de los efectos meramente civiles del matrimonio. La primera, en tratándose de matrimonios católicos, corresponde a la autoridad eclesiástica; la segunda, pertenece al juez civil.

Ahora bien, respecto a los efectos civiles, aunque la legislación colombiana no trae una definición específica al respecto, se deducen de la misma definición de matrimonio que trae el artículo 113, de la clasificación de derechos y obligaciones entre los cónyuges que hacen los artículos 176 y siguientes del Código Civil, y el deber de prestar alimentos que menciona el artículo 411 del mismo estatuto.

Así, pues, el matrimonio conlleva dos tipos de efectos: los personales y los patrimoniales. Los primeros se contraen a la obligación de vivir juntos o cohabitación; al deber de fidelidad; al débito conyugal o el don de sus cuerpos; así como también a las obligaciones recíprocas de socorro y ayuda. Los segundos se refieren a la formación de la sociedad conyugal por causa del matrimonio, según las disposiciones de los artículos 180 y 1771 y siguientes del Código Civil.

Pues bien. Al intentar armonizar, en materia de nulidad, el Derecho Canónico con la legislación civil colombiana, resulta menester acudir al contenido del artículo 4° de la Ley 25 de 1992, que subrogó el artículo 147 del Código Civil, el cual establece:

“Las providencias de nulidad matrimonial proferidas por las autoridades de la respectiva religión, una vez ejecutoriadas, deberán comunicarse al Juez de Familia o Promiscuo de Familia del domicilio de los cónyuges, quien decretará su ejecución en cuanto a los efectos civiles y ordenará la inscripción en el registro civil.

La nulidad del vínculo del matrimonio religioso surtirá efectos civiles a partir de la firmeza de la providencia del juez competente que ordene su ejecución”.

Lo que hasta ahora vienen aplicando los Jueces de Familia ha consistido en que, una vez recibida la notificación de la sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial, se decreta su ejecución “en cuanto a los efectos civiles” y se ordena la inscripción en el registro civil. Como consecuencia de esa ejecución, se extinguen definitivamente los efectos civiles del matrimonio y desaparece cualquier compromiso entre los cónyuges respecto a los mismos. Este precepto debe concordarse con las disposiciones del artículo 148, el cual dispone que “Anulado un matrimonio, cesan desde el mismo día

entre los consortes separados, todos los derechos y obligaciones recíprocas que resultan del contrato del matrimonio (...). Y, según esta misma norma, solo “si hubo mala fe en alguno de los contrayentes, tendrá éste obligación de indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado, estimados con juramento”. Pero entendemos que en razón a que el precepto canónico solo asigna a la jurisdicción eclesiástica las causas matrimoniales de nulidad, no así los efectos civiles que, como ya se dijo, pertenecen al Juez ordinario, aparentemente quien tiene que resolver sobre la actuación malintencionada y la consecuente indemnización de perjuicios es el Juez civil.

En este orden de ideas, la interpretación legal que hacen los Jueces de Familia de que, basados en la sentencia del juez eclesiástico sobre la causa de nulidad matrimonial, basta ordenar su ejecución, es correcta, aunque quedan dudas sobre el momento, la competencia y el procedimiento que deberá seguirse para reclamar la mencionada indemnización de perjuicios, si uno de los contrayentes ha actuado de mala fe. Porque hay una especie de traslape entre el Derecho Canónico y el Derecho Civil, en cuanto que aquella —la causa de nulidad— está bajo reserva y es del resorte exclusivo del juez eclesiástico, lo que imposibilita que el Juez de Familia conozca, adelante un debate probatorio y decida sobre la culpabilidad de esa anulación. Desde otra óptica, de aquí para allá, es decir, desde el Derecho Civil hacia la legislación canónica, tampoco podría resolverse, por ejemplo, quién fue el culpable de la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso católico.

Como consecuencia de esta situación, la sentencia eclesiástica alcanza un carácter tan absoluto, que no da pie para que el Juez de Familia debata o decida nada referente a la mala fe, ni sobre ningún efecto civil de la nulidad, derivado de la culpabilidad de uno de los cónyuges. Ante esta circunstancia, los cónyuges no quedarían obligados entre sí a ninguna prestación civil (alimentos, por ejemplo), no obstante que, conforme a la legislación colombiana hubieran dado lugar a los hechos que motivaron la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso. Esto conduce, indefectiblemente, a que ni siquiera se pueden proferir condenas al reconocimiento y pago de las prestaciones alimentarias previstas en el numeral 4º del artículo 411 del Código Civil a favor del cónyuge inocente y a cargo del cónyuge culpable.

Acaso por eso, conocida la simplificación de los trámites que trae la reforma decidida por la Santa Sede Apostólica, algunos abogados litigantes en causas de divorcios (o de cesación de efectos civiles de matrimonios religiosos), en momentos críticos y decisivos del correspondiente proceso, cuando se han visto expuestos a una sentencia condenatoria adversa, aprovechándose de la actual agilidad de las causas de nulidad eclesiástica, se han precipitado a lograr la anulación del vínculo sacramental, para, una vez obtenida la respectiva sentencia, buscar la orden de ejecución y

su correspondiente inscripción en el registro civil, eludiendo cualquier compromiso alimentario entre cónyuges. Desde esta perspectiva, eso es lo legal, pero no lo justo.

En este orden de ideas, la norma es que las sentencias eclesiásticas no pueden contener decisión alguna sobre los efectos meramente civiles del matrimonio y que los Jueces de Familia, según los criterios establecidos en el artículo 4º de la Ley 25 de 1992, decretan la ejecución de las providencias de nulidad matrimonial proferidas por la autoridad eclesiástica, “en cuanto a los efectos civiles”. Pero, en la práctica, ese régimen mixto no permite que los jueces ordinarios, amparados en la propia sentencia eclesiástica, se pronuncien sobre los efectos civiles diferentes a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, por el carácter imperativo que tiene el ya transcrito artículo 148 del Código Civil.

No obstante, una es la situación legal, y otro muy diferente el sentido de equidad y de justicia que debe imperar en el manejo de las relaciones de familia, aun posteriores a la extinción del vínculo matrimonial. Porque, en asuntos de alimentos y de porción conyugal, por ejemplo, hay un inmenso compromiso social. Al fin y al cabo, la garantía de reconocimiento y pago de las prestaciones alimentarias es una de las formas que tiene el Estado de asegurar el deber social de protección a la familia. Los alimentos no son una obligación puramente civil, sino que encierran un compromiso social tan importante que hace que se conviertan en un deber permanente, aunque modificable; precisamente por esa naturaleza, la Ley autoriza la persecución civil y penal a quienes incumplan con tan importantes deberes familiares. A este respecto, la Corte Constitucional, invocando el principio de solidaridad, le ha dado sustento a las obligaciones alimentarias, en los siguientes términos: “El fundamento de la obligación alimentaria es el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y su finalidad es la subsistencia de los beneficiarios. El bien jurídico protegido por la norma acusada es la familia y no el patrimonio. A pesar de que dicha obligación se traduce, finalmente, en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple, por defraudar el patrimonio ajeno, sino por faltar a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario”. (Sentencia C-237 de 1997).

Volviendo sobre el tema inicial, obsérvese, entonces, cómo la falta de armonización entre las normas canónicas y las civiles, pone en entredicho este derecho fundamental.

Intentemos de explicarlo con este ejemplo: si se está adelantando un proceso declarativo de cesación de efectos civiles de matrimonio religioso ante el Juez de Familia, que es el competente para conocer de él (CGP, Art. 22), y está a punto de proferirse

o ya ha sido proferida una sentencia que así lo declare, por causas imputables a uno de los cónyuges (C.C., Arts. 154 y 156), y simultáneamente se le notifica al mismo Juez la providencia de nulidad matrimonial dictada por la autoridad eclesiástica, y aquél decreta su ejecución en cuanto a los efectos civiles y ordena la inscripción en el registro civil, desaparece cualquier oportunidad procesal para que la autoridad judicial ordinaria se pronuncie sobre el monto de la pensión alimentaria que el cónyuge culpable deba a aquel que no haya dado lugar a los hechos que motivan la cesación de tales efectos (CGP, Art. 389-3) e, inclusive, para que lo haga sobre la condena al pago de los perjuicios a cargo del cónyuge que por su culpa hubiere dado lugar a la nulidad del vínculo (CGP, Art. 389-5).

En conclusión, aunque desde el punto de vista puramente formal, la Ley no permite ir más allá del mandato que dispone que al declararse la nulidad cesan desde el mismo día los derechos y obligaciones recíprocos que resultan del matrimonio, son evidentes los casos de injusticia social que podrían darse, ante la falta de concordancia que existe entre los dos regímenes (el canónico y el civil), y la imposibilidad procesal de ordenar el reconocimiento y pago de derechos de alto contenido social a favor del cónyuge que no sea culpable de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, o de la anulación del vínculo.

En varias acciones de tutela ejercidas contra jueces de familia y tribunales que han ordenado la terminación de los procesos, a raíz del decreto de ejecución de nulidades matrimoniales eclesiásticas, la Corte Suprema de Justicia ha terminado negándolas, acogiendo la tajante disposición del artículo 148 del Código Civil. La Corte Constitucional, por su parte, se ha negado a seleccionar para revisión tales pronunciamientos, aduciendo que solamente selecciona para revisión los expedientes de tutela que planteen problemas jurídicos cuyo estudio permita unificar la jurisprudencia y sentar bases sólidas que sirvan de fundamento a los demás administradores de justicia al momento de pronunciarse. Uno pensaría que estos casos lo ameritan y que, ante el significativo incremento de las nulidades matrimoniales adelantadas ante los tribunales eclesiásticos, ya va siendo hora de que la Corte Constitucional contribuya en la orientación de los criterios y principios jurídicos susceptibles de aplicar para proteger los derechos fundamentales de aquellos cónyuges que, aunque hayan sido inocentes de los hechos que motivaron sus separaciones, ven frustradas sus pretensiones de socorro y ayuda, la mayoría de las veces en etapas otoñales de sus vidas. ¡Es lo justo!

Lección 13

De la separación de cuerpos y de la disolución del matrimonio

13.1 Paralelo entre la legislación civil y los preceptos religiosos

Como ya se mencionó, el artículo 42 de la Constitución Política establece que “Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y disolución del vínculo, se rigen por la Ley civil”.

Así mismo, dicho canon constitucional señala: “Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la Ley civil”.

También se anotó que, según la definición que trae el artículo 113 del Código Civil, “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Y vimos igualmente que, de acuerdo al Derecho canónico, “1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados. 2. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por ese mismo sacramento”.

Como se puede observar, entonces, en razón a la dimensión religiosa del matrimonio, y a la extendida práctica de la fe católica por la gran mayoría de los colombianos, no es posible examinar el tema de la disolución del matrimonio únicamente desde la perspectiva del Derecho civil, sino que, para una mejor comprensión, se requiere explicar la armonización que han logrado el constituyente y el legislador, del matrimonio como contrato civil y como sacramento, y de las relaciones entre la

Iglesia católica y el Estado colombiano, en torno a esta delicada problemática jurídica, religiosa y social.

“El meollo de la discusión entre los partidarios de una forma u otra de matrimonio –el religioso y el civil– es, sin lugar a dudas, el relativo a la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Al respecto, la Iglesia Católica –al igual que otras religiones– considera que el matrimonio, de suyo, es indisoluble, y que así cesen ante la Ley positiva sus efectos civiles por divorcio, el vínculo permanece incólume”, sentenció la Corte Constitucional, al revisar la exequibilidad de la Ley 25 de 1992¹.

Y esa misma Corporación añade: “La razón por la cual considera la Iglesia Católica, por ejemplo, que el vínculo no puede ser afectado por el divorcio, puede sintetizarse así:

“La indisolubilidad del matrimonio católico es una nota del vínculo conyugal que, desde el principio de la Iglesia, ha estado en la conciencia de los fieles. Esta indisolubilidad se encuentra de manera expresa consagrada en varios pasajes evangélicos, entre ellos Mateo 19, 3-12. Los autores de Derecho canónico han dado un doble fundamento a la indisolubilidad: la sacramentalidad y la doctrina. Así, dicen, siendo la unión de Cristo con la Iglesia el ejemplar normativo del matrimonio, y tratándose de una unión indisoluble, esta misma nota es predicable del vínculo matrimonial. Por doctrina canónica, el matrimonio es indisoluble por razón de sus fines –procreación y recepción de los hijos, además de la mutua ayuda entre los cónyuges–, y, de modo especial, por la solidaridad que debe existir entre éstos. Igualmente, anotan los doctrinantes, hay un grado de indisolubilidad que es propio y común al matrimonio católico: la sacramentalidad del mismo, lo cual le da por esencia una gran firmeza, de modo que el matrimonio rato y consumado resulta absolutamente indisoluble”².

En este contexto, nos encontramos frente a dos regímenes de diferente naturaleza: uno puramente civil, y otro de carácter religioso católico. Por ello, conviene profundizar en el examen de la normatividad consagrada en la Constitución Política, para establecer que ella logró una perfecta armonía entre los dos sistemas, al garantizar la libertad de conciencia y de cultos, y el derecho de toda persona a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva, de un lado; y, del otro, al disponer que las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la Ley civil, precepto este último al que debe agregarse el mandato constitucional

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-456, octubre 13 de 1993, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, publicada en *Código de Familia, Infancia y Adolescencia*, ob. cit., pp. 106 y ss.

² *Ibíd.*, p. 107.

de que los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la Ley y que éstos cesarán por divorcio con arreglo a la Ley civil.

Esta armonía se deduce, pues, de que es evidente que se garantiza una pluralidad ideológica y religiosa, pero que es la Ley civil la que rige todos los aspectos formales del matrimonio, incluidas las relaciones entre los cónyuges y lo concerniente a la disolución del vínculo frente a la Ley civil y al Estado colombianos, guardando el más absoluto respeto por los aspectos religiosos o espirituales, en lo que se refiere, entre otros asuntos, a la libertad de cultos y de conciencia, y a la coexistencia de diferentes religiones.

La Corte Constitucional, en la sentencia ya mencionada, hace una afortunada síntesis del articulado de la Constitución Política, relativo a esta materia, así:

“El reconocimiento que la Carta Política hace de los matrimonios religiosos en el inciso séptimo, es complementado por el inciso noveno del mismo artículo constitucional, cuando dispone que “también tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley”. Pero el inciso siguiente es perentorio al prescribir que “la ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”. Por tanto, el artículo citado señala tres aspectos novedosos con respecto al régimen anterior: 1° La ley civil regula los efectos civiles de todo matrimonio, los cuales cesan con el divorcio; 2° Ante la ley civil el matrimonio en general es disoluble, aunque en el dogma interno de la respectiva religión se considere que el vínculo es indisoluble; 3° El estado civil de las personas no será determinado por las autoridades religiosas, sino exclusivamente por la ley.

Así, aunque el vínculo religioso de los divorciados permanezca en el fuero de la conciencia, la realidad es que ante la ley civil los efectos civiles del vínculo religioso cesan por divorcio. De ese modo, el matrimonio canónico no implica que ante la potestad civil los efectos civiles del vínculo sean la indisolubilidad, pues el matrimonio ante el Estado es disoluble de conformidad con los incisos 6 y 8 del artículo 42 superior”.

Y agrega la Corte:

“El pluralismo no puede consistir en desconocer tradiciones o preceptos religiosos y en imponer un único matrimonio, el civil. Por el contrario, consiste en igualar las diversas tradiciones ante la ley, que, al ser general, no puede establecer desigualdad alguna. Aceptar sólo un matrimonio sería una discriminación contra las otras concepciones que prevén maneras distintas de asumir este vínculo, conforme a su libertad de conciencia. Hay quienes sostienen una forma del pluralismo errado, que consiste en pretender que la diferencia es equivalente a la discriminación y que, por

tanto, debe haber una identidad absoluta. Esto no es pluralismo porque al negar la diferencia, establece la premisa de lo idéntico; es más: al pretender eliminar la diversidad de matrimonios, en nuestro caso sólo quedaría uno, el civil, con lo cual la pluralidad desaparecería. Se vuelve a insistir en que la igualdad se basa en lo plural: se igualan cosas distintas; en este caso se da el mismo efecto civil al matrimonio religioso y a cualquier otro tipo de matrimonio. Esto sí significa tolerancia, en la unidad de lo plural”³.

Es cierto que, de conformidad con el inciso sexto del artículo 42 superior, la disolución del vínculo se rige por la Ley civil, pero ello no quiere decir que la Ley civil disuelva el vínculo sacramental, cuestión que no le está permitida al legislador, porque violaría los artículos 18 y 19 superiores, por cuanto supondría la intromisión de la esfera civil en la religiosa. La norma constitucional aludida se refiere es al efecto civil del vínculo religioso, que es igual en cualquier matrimonio, lo cual es armónico con el tenor del artículo 42, analizado en su integridad.

Descendiendo de nuevo al tema de la disolución del matrimonio, conforme a la normatividad constitucional y legal imperante hoy en día en Colombia, la Carta Política permite que cesen los efectos civiles, por divorcio, de todo matrimonio, pero eso no significa que desconozca la naturaleza religiosa de los matrimonios que se contraigan bajo los ritos de cualquier congregación o Iglesia, ni que invada los terrenos propios de otra jurisdicción, sino que, sin desconocer dicha naturaleza, permite que cesen todos sus efectos civiles, frente a la Ley y al Estado colombianos.

13.2 De la separación de cuerpos

13.2.1 Concepto

La separación de cuerpos era una figura jurídica a la cual se acudía frecuentemente, con el propósito de dar solución judicial a los conflictos entre cónyuges, especialmente los originados en los matrimonios católicos. Sin embargo, esa frecuencia obedecía a que, como la gran mayoría de colombianos bautizados se casaban por los ritos de la Iglesia Católica, y en el Concordato celebrado entre el Estado colombiano y la Santa Sede no se autorizaba el divorcio para esta clase de matrimonios, los esposos en conflicto no tenían otro camino judicial que demandar la separación de cuerpos, manteniéndose vigente, por supuesto, el vínculo matrimonial.

³ *Ibíd.*, p. 107.

Pero a raíz de la promulgación de la Constitución Política de 1991, en cuyo artículo 42 se dispuso que las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la Ley civil, y que los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la Ley civil, y a su ulterior reglamentación y desarrollo a través de la Ley 25 de 1992, la solución jurídica que adquiere carácter definitivo es el divorcio.

Por esas razones, quizás, hoy en día resulta inocuo tramitar la separación de cuerpos, salvo en aquellas situaciones en las que, por diferentes circunstancias, subsiste la posibilidad de restablecer la relación y el vínculo matrimoniales, o en aquellos otros casos en que resulte inconveniente disolver el matrimonio, por diferentes razones.

13.2.2 Competencia y causales

La separación de cuerpos está reglada en los artículos 165 y siguientes del Código Civil. La citada norma, modificada por el artículo 15 de la Ley 1ª de 1976, dispone que hay lugar a la separación de cuerpos, en los siguientes casos:

1. En los contemplados en el artículo 154 del Código Civil; y,
2. Por mutuo consentimiento de los cónyuges, manifestado ante el juez competente.

El funcionario competente es el Juez de Familia, en primera instancia, cuando se trate de procesos contenciosos, conforme lo dispone el numeral 1 del artículo 22 del Código General del Proceso. Es un proceso declarativo verbal, al que se aplican, en lo pertinente, las normas contenidas en el párrafo del artículo 388 del mismo estatuto.

Si se trata de la separación de cuerpos por la causal de mutuo consentimiento de los cónyuges, el competente también es el Juez de Familia, en única instancia (CGP, Art. 21-2), pero a través de un proceso de jurisdicción voluntaria (CGP, Art. 577-10), sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios públicos.

13.2.3 Clases

La separación de cuerpos es de dos clases, a saber: indefinida y temporal.

Los cónyuges que deseen tramitar la separación de cuerpos de manera indefinida y contenciosa, deberán hacerlo ante el Juez de Familia. Si es voluntaria, expresarán su mutuo consentimiento e indicarán el estado en que queda la sociedad conyugal y si la

separación es indefinida o temporal y, en este último caso, la duración de la misma, que no puede exceder de un año, según lo establecido en el artículo 166 del Código Civil, tal como fue subrogado por el artículo 16 de la Ley 1ª de 1976.

Expirado el término de la separación temporal, la Ley presume que ha habido reconciliación, pero los casados podrán declarar ante el juez o el notario público que la tornan definitiva o que amplían su vigencia.

Para que la separación de cuerpos pueda ser decretada por mutuo consenso de los cónyuges, es necesario que éstos la soliciten por escrito al juez o notario competente, determinando en la demanda a quién corresponde el cuidado de los hijos comunes; la forma como atenderán en adelante el cuidado personal de los mismos; la proporción en que contribuirán a los gastos de crianza, educación y establecimiento de ellos y, si fuere el caso, al sostenimiento de cada cónyuge. En cuanto a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, responderán solidariamente ante terceros, y entre sí en la forma acordada por ellos.

De todas formas, el acuerdo que celebren los cónyuges respecto a los hijos menores, deberá ser puesto en conocimiento del Defensor de Familia del centro zonal del domicilio de los mismos, quien le impartirá su aprobación si no violare ningún derecho sustancial.

13.2.4 Efectos de la separación de cuerpos

En cuanto a los efectos personales, y conforme a las disposiciones del artículo 17 de la Ley 1ª de 1976, que subrogó el artículo 167 del Código Civil, “La separación de cuerpos no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados”, lo que significa que subsisten los deberes de solidaridad, ayuda y socorro, y el de guardarse fe. En consecuencia, solo se suspende la obligación de vivir juntos y el débito conyugal.

En lo que concierne a los efectos patrimoniales, la separación de cuerpos disuelve la sociedad conyugal, salvo que, fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su deseo de mantenerla vigente.

Como quiera que la separación de cuerpos solo suspende la vida en común de los casados, si después de que quede ejecutoriada la sentencia, los cónyuges solicitan al Juez que ponga fin a la separación, el Juez dictará la sentencia respectiva, de plano.

A la figura de la separación de cuerpos le son aplicables las normas que regulan el divorcio en cuanto no fueren incompatibles con ella, según lo estatuido por el

artículo 168 del Código Civil y el párrafo del artículo 388 del Código General del Proceso.

13.3 Causas de disolución del matrimonio

De acuerdo al artículo 152 del Código Civil, en la redacción impuesta por el artículo 5° de la Ley 25 de 1992, que lo subrogó, complementado por el artículo 34 de la Ley 962 de 2005 y el artículo 1° del Decreto Reglamentario 4436 de 2005, el matrimonio civil se disuelve por dos causas:

- a) Por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges; y,
- b) Por divorcio judicialmente decretado, o autorizado por Notario Público.

13.3.1 Disolución del matrimonio por muerte real o presunta de uno de los cónyuges

El artículo 9° de la Ley 57 de 1887, que subrogó el artículo 94 del Código Civil, dispone que “la existencia de las personas termina con la muerte”.

Y las normas complementarias permiten deducir que hay dos clases de muertes:

13.3.1.1 Muerte natural

La muerte, como evento médico, supone el cese total de las funciones sistémicas, “en especial de las funciones bioeléctricas cerebrales, y por ende de las neuronales”, debido a la incapacidad orgánica de sostener la homeostasis, según se hace una explicación libre dada por diferentes diccionarios, y supone el fin de la existencia de la persona física.

13.3.1.2 Muerte presunta

Por su parte, el artículo 96 del Código Civil regula la presunción de muerte por desaparecimiento, para lo cual comienza por establecer que “Cuando una persona desaparezca del lugar de su domicilio, ignorándose su paradero, se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, y la representarán y cuidarán de sus intereses, sus apoderados o representantes legales”. Pero, seguidamente, establece los efectos de aquellos eventos en que, pasado un largo tiempo no se tenga noticias del ausente, caso en el cual se presumirá su muerte, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 97 del Código Civil, a saber:

Código Civil

ART. 97.- “Si pasaren dos años sin haberse tenido noticias del ausente, se presumirá haber muerto éste, si además se llenan las condiciones siguientes:

1. La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el territorio de la Nación, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han transcurrido, a lo menos, dos años;

2. La declaratoria de que habla el artículo anterior no podrá hacerse sin que preceda la citación del desaparecido, por medio de edictos, publicados en el periódico oficial de la Nación, tres veces por lo menos, debiendo correr más de cuatro meses entre cada dos citaciones;

3. La declaración podrá ser provocada por cualquier persona que tenga interés en ella; pero no podrá hacerse sino después de que hayan transcurrido cuatro meses, a lo menos, desde la última citación;

4. Será oído, para proceder a la declaración y en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor que se nombrará al ausente desde que se provoque tal declaración; y el juez, a petición del defensor; o de cualquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras, que según las circunstancias convengan;

5. Todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, se publicarán en el periódico oficial;

6. El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos dos años más desde la misma fecha, concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido;

7. Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces cuatro años y practicándose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra, naufragio o peligro; o no siendo determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido”.

Para los efectos que nos interesan en este acápite, ejecutoriada o en firme la sentencia que decreta la muerte presuntiva, se produce la disolución del matrimonio, por esta causal.

Surge aquí un interrogante, a todas luces pertinente: ¿Qué sucede con el matrimonio supuestamente disuelto a causa de la muerte presunta, si el desaparecido reapareciere?

U otra más concreta: ¿Qué sucedería si, disuelto el matrimonio por causa del desaparecimiento que haya dado lugar a la muerte presunta, el cónyuge que se supone es el sobreviviente, contrajo nuevas nupcias?

Para responder a tales cuestiones, es preciso partir de una afirmación categórica: como quiera que, tanto la disolución del matrimonio, como la hipotética celebración de uno nuevo, se enmarcan dentro de una total legitimidad, y si, además, esos actos se han ejecutado de buena fe, no habrá lugar a la rescisión o anulación de ninguno de tales actos o contratos sino que todos ellos se mantendrán en la vida jurídica.

Lección 14

Del divorcio judicialmente decretado o autorizado por notario público

14.1 De la disolución del matrimonio por divorcio

14.1.1 Antecedentes

En otra publicación expusimos algunas consideraciones sobre los antecedentes del divorcio, que consideramos de importancia repetir en esta obra. “Toda persona que llega al matrimonio tiene el sincero deseo de que esta unión perdure toda la vida. Casarse implica un compromiso de dos personas que se aman y que pretenden pasar juntas el resto de su existencia. Es tan firme y serio ese deseo, que quienes contraen matrimonio entienden que lo hacen no sólo ante una autoridad competente sino ante sus familias y la sociedad. Celebrar un matrimonio es, pues, comprometerse a la exclusividad del amor y a preservar ese amor y manifestarlo durante toda la vida, tanto en las buenas como en las malas. Con esa intención, los colombianos –quienes tienen una arraigada educación religiosa– optan en su gran mayoría por celebrar su matrimonio bajo el rito de la Iglesia católica, que lo ha elevado a la condición de sacramento y le ha conferido un carácter indisoluble.

“Pero bien sea celebrado ante el Estado o ante la Iglesia, el matrimonio, como base de la familia, es uno solo. En todas las culturas, la familia es considerada el núcleo fundamental de la sociedad, y se forma tanto por la decisión libre de contraer matrimonio como por la voluntad responsable de conformarla. Por ello, para tomar esta decisión se exige que los contrayentes tengan la edad suficiente para entender lo que implica ese compromiso.

“Desde el punto de vista de la religión católica, el matrimonio es definido como “la alianza por la cual el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por la misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de su prole”. Según la enseñanza católica, la misma razón natural proclama el origen divino del matrimonio y manda abstenerse de toda unión sexual fuera de él, consagrando el compromiso de mantenerlo “hasta que la muerte los separe”. Igualmente, según la religión católica el matrimonio consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges.

“Por otra parte, quienes contraen matrimonio ante el Estado tienen igualmente el compromiso de amarse, respetarse y ayudarse en todos los momentos de su vida, y, por eso, ante la Ley civil el matrimonio es considerado como un contrato solemne. No obstante, en cuanto a su disolución la Ley establece que, además de la muerte real o presunta de uno de los cónyuges, esta unión puede terminarse mediante el divorcio.

“Durante casi un siglo en Colombia sólo tuvo reconocimiento legal, prácticamente, el matrimonio celebrado por el rito católico. La religión católica era la religión oficial de la nación y se exigía a los poderes públicos el compromiso de protegerla y hacerla respetar. En desarrollo de estos preceptos, los matrimonios de los bautizados sólo producían efectos civiles en tanto se celebraran de conformidad con sus ritos. Por tanto, ningún católico podía contraer matrimonio civil pues se exponía ser excomulgado; y si alguna persona bautizada deseaba hacerlo, debía apostatar o renunciar a la religión católica. Además, las causas relativas a la nulidad y a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos eran de competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos, y, ante la jurisdicción civil, sólo era posible tramitar las separaciones de cuerpos, pues el vínculo matrimonial se mantenía vigente. Era la aplicación a la Ley civil del principio religioso que dice: “Lo que Dios ha unido, no lo separe el hombre”.

“Esta situación se modificó parcialmente en 1974, con la expedición de la Ley 20 de ese año (mediante la cual se aprobó la reforma al Concordato celebrado entre el Estado colombiano y la Santa Sede), que facultó a los ciudadanos colombianos para contraer matrimonio católico o civil, según su decisión, sin que fuese necesario renunciar a su religión y sin verse expuestos a ninguna clase de sanciones eclesiásticas. Pero en lo que se refiere al divorcio, ése quedó como una medida sólo aplicable a los matrimonios civiles, pues subsistió la indisolubilidad del vínculo de aquéllos que se hubiesen celebrado bajo los cánones de la Iglesia católica.

“Fue tan sólo hasta 1991 cuando la nueva Constitución autorizó la cesación de los efectos civiles de toda clase de matrimonios, incluidos los religiosos. Se determinó entonces que las formas de matrimonio, la edad, la capacidad para contraerlo, los de-

beres y derechos de los cónyuges, así como su separación y la disolución del vínculo, se rigieran en adelante por la Ley civil. Por eso puede decirse que el divorcio a pesar de haber sido consagrado por el Código Civil desde 1887, en la práctica sólo existe en Colombia desde” aquella época, “cuando se promulgó la Ley 25 del 17 de diciembre de 1992. Anteriormente era un recurso al que podían acceder únicamente las personas que se hubieran casado por lo civil, es decir, una pequeña minoría de colombianos.

“Para las parejas casadas por la Iglesia, el divorcio es una posibilidad que sólo comenzó a existir desde cuando se independizaron los efectos civiles de los matrimonios religiosos, de los aspectos meramente sacramentales. A partir de la Constitución de 1991, una pareja casada por la Iglesia puede divorciarse legalmente y contraer un nuevo matrimonio civil. Aunque esto no implica que el vínculo sacramental se disuelva, sí termina el vínculo contractual y cesan todos los efectos civiles. Así, el divorcio ha dado la posibilidad a muchas parejas que se habían casado anteriormente por la Iglesia y cuyas uniones fracasaron, de legalizar una nueva unión en Colombia. Mientras que bajo el régimen anterior, y mediante la separación de cuerpos judicialmente decretada, o de hecho, fue creciendo el número de personas que, aunque separadas, no habían podido resolver jurídicamente su estado civil, pues los matrimonios católicos que habían contraído años atrás seguían vigentes.

“Pese a estas limitaciones, muchas de esas personas terminaron por reorganizarse, bien contrayendo matrimonios civiles en el exterior, o bien conformando uniones maritales de hecho o uniones libres, como corrientemente se las llama. Actualmente, según estadísticas, cerca de la mitad de las parejas existentes en el país tienen este tipo de uniones.

“Ahora bien, por paradójico que parezca, el objetivo fundamental del establecimiento del divorcio en todas las legislaciones que lo han aprobado ha sido la protección de la institución familiar, pues así como la convivencia de dos personas que se aman y cuya unión es feliz puede ser enriquecedora, una unión desdichada puede ser devastadora. En estos casos, el divorcio termina siendo una solución y no una fuente de conflicto, pues ofrece una salida jurídica a un problema que ha malogrado en sumo grado la convivencia familiar. La figura del divorcio no es, entonces, el elemento que separa a las parejas o que destruye a las familias, sino un recurso concedido por el Estado para que aquellas parejas que han fracasado disuelvan su unión, pues al igual que el Estado le reconoce al hombre y a la mujer su derecho a contraer matrimonio libremente, también reconoce su derecho a disolver libremente una unión fracasada.

“Quienes ven que su matrimonio está yendo hacia el fracaso, tienen en sus manos muchas armas para rescatar el amor, resolver diferencias y evitar el resquebrajamiento de la unión familiar. Ese es el compromiso que adquirieron ante Dios, ante

el Estado y ante la sociedad en el momento de contraer matrimonio, y es también la obligación que tienen ante los hijos habidos de esa unión. Ellos son las grandes víctimas del divorcio, y es un deber moral de las parejas hacer todo lo que esté a su alcance para evitar o aminorar el terrible golpe que representa para un menor la separación de sus padres.

“Los estudios indican que toda persona casada ha pensado alguna vez en el divorcio. Ésta es una reacción normal y natural de las parejas cuando se presentan las primeras dificultades de la convivencia. Sin embargo, cuando el divorcio deja de ser una idea pasajera y esporádica para convertirse en una idea fija y en la única salida posible a una situación, la acción legal es un paso al que se llegará tarde o temprano.

“Así, un proceso de divorcio no empieza cuando se visita por primera vez al abogado; por el contrario, esta visita es sólo la última etapa de una ruptura que ya debe haber ocurrido entre la pareja, y que tiene lugar cuando de amor se pasa al odio y de la comprensión al reproche, y cuando las ilusiones se convierten en vacíos y el diálogo es ahogado por el silencio. Si uno de los esposos abriga esos sentimientos, lo más probable es que el otro también los esté empezando a experimentar, porque cuando la solidaridad, el respeto y el cariño mueren, dan lugar a una situación de agresión o indiferencia que marca el divorcio emocional, el cual ocurre siempre mucho antes que comience el trámite del divorcio legal.

“Aunque reconocemos la importancia de la familia como pilar de la sociedad y la obligación que tiene el Estado de protegerla, y sabemos del respeto que debe existir hacia la institución del matrimonio, cualquiera que sea el rito por el cual se celebre, reconocemos también el terrible daño que las parejas en grave conflicto pueden llegar a infligirse, y la necesidad que ellas tienen de disponer de instrumentos apropiados para evitarlo. Esos instrumentos son, por supuesto, la ayuda profesional por parte de consejeros, terapeutas de familia o psicólogos especializados en el ramo, y el divorcio. Sin embargo, la mayoría de las personas temen acudir a este instrumento jurídico porque ignoran la Ley, y los pocos que llegan a él lo hacen con prevenciones infundadas, basadas en el desconocimiento de sus derechos.

“Desde luego, un divorcio representa para todo ser humano una gran pérdida, y como tal requiere de un manejo cuidadoso y de un esfuerzo personal para que el duelo generado por el resquebrajamiento de la unión con otra persona pueda superarse de la menor manera posible y sin mayores traumatismos; pero, por doloroso que sea, es muchas veces la única solución posible a una situación irremediable”¹.

¹ Mendoza, María Clara y Torrado, Helí Abel, *12 Mitos sobre el Divorcio*, Editorial Norma, Bogotá, Colombia, enero 1996, pp. 9 y ss.

14.1.2 Marco normativo

Constitución Política

ART. 42: “Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la Ley civil.

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

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

Recién promulgada la nueva Constitución Política, en 1991, algunos Juzgados comenzaron a aceptar demandas de cesación de efectos civiles de matrimonios católicos, basados en el expreso mandato contenido en el artículo 42 de la misma, el que perentoriamente señala que los efectos civiles de todo matrimonio cesarán, por divorcio, con arreglo a la Ley civil. Otros las rechazaron, en espera de una Ley reglamentaria de estos cánones constitucionales. Varios Tribunales de Distrito Judicial, entre ellos el de Bogotá, optaron por acoger la tesis de quienes aceptaron las demandas.

Sin embargo, el Congreso de la República estimó que en asunto de tamaña importancia era jurídicamente inseguro dejar la interpretación y aplicación o falta de aplicación al criterio jurisprudencial, por lo que se promovió y expidió la Ley de Divorcio, que se tradujo en la Ley 25 de diciembre 17 de 1992.

El artículo 5° de dicha Ley, que modificó el artículo 152 del Código Civil, dispuso:

“El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado.

Los efectos civiles de todo matrimonio religioso cesarán por divorcio decretado por el juez de Familia o Promiscuo de Familia.

En materia del vínculo de los matrimonios religiosos regirán los cánones del correspondiente ordenamiento religioso”.

Sobre la base de este precepto legal, en Colombia hoy en día es posible tramitar la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio, tanto el civil, como el religioso; solo que, en el primer caso, se trata de un divorcio vincular, porque produce la ruptura y extingue el vínculo contractual que se haya contraído; en tanto que en el segundo, específicamente el matrimonio católico –tan extendido en Colombia–, conforme

a las normas propias del Derecho Canónico subsiste el vínculo sacramental, ya que frente a la Iglesia, como ya se explicó, el matrimonio es un consorcio de toda la vida, elevado a la dignidad de sacramento.

Sobre estos asuntos, en particular, se han venido dando diferentes posiciones por parte de los operadores judiciales, cuando, como ocurre frecuentemente en Colombia, una misma pareja ha celebrado un matrimonio civil y un matrimonio religioso, usualmente el católico, y buscan disolver aquél y que cesen los efectos de éste. Es más: también se ha vuelto costumbre hacer inscripciones de esos actos en el registro civil, de manera separada, es decir, se extiende un registro civil por causa del matrimonio civil, y otro por motivo del matrimonio religioso.

Ante la presencia de causales constitutivas de una y otra acción judicial, es usual que las respectivas demandas acumulen dos pretensiones, a saber: el divorcio del vínculo civil, y la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso. Esta acumulación es procedente a la luz del artículo 88 del Código General del Proceso, porque es uno mismo el juez competente, las pretensiones no son excluyentes y el procedimiento es igual. Pero, así como hay algunos jueces que admiten las demandas con estas pretensiones acumuladas, hay otros que las inadmiten, por considerar que la acumulación es indebida. Frente a estas últimas posiciones, la consecuencia práctica es que, modificada la demanda, en el sentido de excluir una u otra pretensión, y tramitado el correspondiente proceso judicial, ordinariamente termina con una sentencia decretando, por ejemplo, el divorcio del matrimonio civil, pero, a falta de pronunciamiento expreso, dejando vivo el vínculo religioso.

Ante estas posturas, conviene tener en cuenta estas consideraciones puntuales:

- a) Por supuesto que el matrimonio es uno solo, así las dos personas que lo contraen celebren un contrato civil o una ceremonia religiosa.
- b) Consecuentemente, como norma general, el registro civil es único y definitivo.
- c) También partimos de la base de que el divorcio consiste, precisamente, en la cesación de los efectos civiles del matrimonio. Nótese que el mandato previsto en los incisos 9° y 10° del artículo 42 de la Constitución Política, señalan que “Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la Ley”, y que “Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la Ley civil”.

Lo anterior nos lleva a pensar que este asunto es meramente semántico, pues, a la larga, desde nuestro punto de vista, el significado de una u otra figura es el mismo.

- d) La nulidad de los matrimonios religiosos compete a las autoridades religiosas, de acuerdo con sus cánones y reglas de la respectiva religión, conforme a las voces consignadas en el artículo 3º de la Ley 25 de 1992, que subrogó el artículo 146 del Código Civil.
- e) El decreto de cesación de los efectos civiles de un matrimonio religioso, no supone la nulidad del matrimonio celebrado por la respectiva religión. Por el contrario, de acuerdo con las reglas del Derecho Canónico, el matrimonio católico es único e indisoluble y, por lo tanto, pese al decreto de cesación de sus efectos civiles, el vínculo sacramental subsiste.

Hechas las anteriores precisiones, se requiere establecer cuál es el trámite más adecuado para obtener la inscripción de esos matrimonios en el registro civil. Lo que nosotros pensamos es que lo procedente es abrir un solo registro, y en él inscribir todos los actos y hechos concernientes al estado civil en el correspondiente folio de la oficina que inscribió el primer matrimonio, tal como también se anotan en ese único folio las capitulaciones matrimoniales, las separaciones de cuerpos o de bienes, la nulidad, el divorcio, etc.

No escapa a nuestro criterio que, no obstante lo dicho anteriormente, eso no resuelve los interrogantes que surgen sobre hechos cumplidos en los que las mismas personas que contrajeron inicialmente el matrimonio civil, posteriormente celebraron el sacramento del matrimonio católico, y procedieron a hacer sendos registros civiles. ¿Será menester adelantar un proceso judicial de cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, independientemente del divorcio del matrimonio civil? ¿Es procedente una acción judicial de nulidad del segundo matrimonio? ¿Deberá tramitarse la anulación del segundo registro civil?

Aunque el tema no resulta en la práctica tan sencillo, nosotros creemos que si el juez de familia correspondiente no admite la demanda de divorcio del matrimonio civil, con la pretensión acumulada de cesación de efectos civiles del matrimonio religioso celebrado entre las mismas personas, lo más expedito podría ser que, según las previsiones de los artículos 65 y 97 del Decreto 1260 de 1970, se solicite a la Oficina Central de la Registraduría Nacional del Estado Civil que disponga la cancelación de esa segunda inscripción, previa comprobación de que la persona objeto de ella ya se encontraba registrada, para lo cual deberá indicarse la declaración, escritura o providencia en que se funda.

Hecha la cancelación del registro civil repetido, bien podrá acudir a hacer la respectiva anotación marginal en el registro civil original.

14.1.3 El divorcio sin causa

En algunas legislaciones extranjeras no se exige acreditar la ocurrencia de algún hecho que se considere constitutivo de una causal de divorcio; es lo que se conoce como el “divorcio sin causa”, el que basa el matrimonio en un sistema puramente consensual, en el sentido de que, así como los esposos libremente decidieron constituir el vínculo, con igual sentido y con la misma libertad puedan ponerle fin. Por lo tanto, mientras así lo deseen los contratantes, los efectos y obligaciones entre cónyuges cesarán, sin perjuicio del reconocimiento de algunos derechos, principalmente las prestaciones alimentarias y, en algunos casos, la revocación de las donaciones hechas por causa del matrimonio y las indemnizaciones por los daños que ocasione un cónyuge al otro, por haber dado por terminado unilateralmente el contrato.

Los defensores del divorcio sin causa han abandonado el *sistema causalista*, para darle cabida a la tesis de quienes opinan que, para disolver el vínculo, no es menester expresar nada diferente a la mera voluntad del divorcio, sin estar obligados a precisar hechos que, por lo general, corresponden a la vida íntima de la familia, y que técnicamente deben encajar en la exhaustiva lista de causales establecida en la Ley civil. A aquel respecto, un docente universitario europeo advertía, con ocasión de un proyecto de Ley español que eliminaba el sistema causalista, que “quienes libre y voluntariamente decidieron casarse, de igual manera pueden dejar de estar vinculados por el lazo matrimonial, sin necesidad de airear o explicitar ante terceras personas, aunque algunas de ellas revistan la toga judicial y sean, por tanto, respetabilísimas, sus propias miserias, desavenencias y frustraciones”. Y agrega: “Donde hubo consenso matrimonial –*solus consensus obligat*, decía la enseñanza clásica en materia contractual– originador del matrimonio, aparece el disenso, sea mutuo, sea unilateral, como causa única y suficiente, sin necesidad de relatar en qué se fundamenta, de qué amarguras y conflictos se nutre el desafecto y la ruptura convivencial”.

Dicho comentarista precisaba que “son muchas las voces, airadas, que reclaman mayor respeto por el matrimonio, que no es un contrato cualquiera que se haga y se deshaga, como el que devuelve un pequeño electrodoméstico o cancela la reserva de un viaje turístico. Según ello, la mera voluntad de uno de los componentes de la pareja, el mero desistimiento unilateral, no puede entenderse como causa suficiente para determinar la extinción o la disolución del vínculo matrimonial. Personalmente –agrega ese profesor español–, he negado siempre que el matrimonio sea un puro contrato, es decir, un acuerdo o un pacto tendiente a una prestación de carácter estrictamente patrimonial y he preferido siempre considerar que, técnicamente hablando, el matrimonio es una institución en el más puro sentido de la palabra y, en general, de las más importantes para la mayor parte de los seres mortales (...) que (...) han

procurado encontrar pareja y compartir con ella gustos y, también, disgustos, en un proyecto de vida en común, que en un elevadísimo porcentaje se ha estructurado a través del vínculo matrimonial. Ahora bien, defender que se trata de una institución no quiere decir que, una vez prestado el consentimiento inicial, la conducta haya de ser irrevocable y que el amor y el afecto y el cariño... no puedan convertirse en frialdad, desapego y desafecto. Y aquí nace el problema. ¿Qué hacer cuando uno de los componentes de la pareja no desea seguir viviendo en común y, libre y voluntariamente, ha decidido poner fin a la convivencia matrimonial? Pues, a estas alturas de civilización, la verdad es que lo mejor es certificar la defunción del matrimonio, sin ambages, y permitir que, con la mayor celeridad posible, los cónyuges procuren rehacer su vida lejos el uno del otro, pues naturalmente si se les reconoció madurez suficiente para comprometerse matrimonialmente, ¿cómo se le va a negar capacidad y serenidad suficiente para poner fin a la situación matrimonial?”².

Al hacer una interpretación de este sistema del divorcio sin causales y sin culpables, la doctrina ha llegado, inclusive, a la afirmación de que ha cambiado la concepción sobre la naturaleza del matrimonio, al que posiblemente no se le puede considerar como contrato y ni siquiera como un negocio jurídico, en razón a que una de las principales características de los contratos es que se celebran para cumplirlos (“*Pacta sunt servanda*”), sin que su validez o el cumplimiento puedan dejarse a la voluntad de uno solo de los contratantes. Otros asimilan el matrimonio, en razón a la confianza personal implícita en él, con el contrato de mandato, que permite una facultad discrecional de darlo por terminado sin condiciones. Y hay quienes sugieren que la ruptura unilateral e injustificada del matrimonio, cuando se causa un daño al otro cónyuge, pueda dar lugar a la indemnización de perjuicios.

14.1.4 Sistema causalista

Esta teoría parte de la base de que no puede haber divorcio sin motivo expresamente consagrado en la Ley, pues se trata de causales taxativamente señaladas en ella, sin que pueda acudir a la invocación de faltas que no figuren en el ordenamiento legal como típicos motivos para ejercitar esa acción.

Este sistema –que es el que rige en nuestro país– ordinariamente va parejo con la legitimación para interponer la demanda de divorcio o, en su caso, de cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, o la simple separación de cuerpos, en razón a que, conforme al artículo 156 del Código Civil, solo puede demandarlo aquel de

² Lasarte Álvarez, Carlos. *Revista Baylo*, edición electrónica, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED, Madrid, España, diciembre de 2004.

los cónyuges que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan. Lo que desde el otro lado quiere decir que quien sea culpable de la violación al contrato matrimonial, o haya incurrido en algún incumplimiento grave de sus obligaciones para con la familia, por la ocurrencia de alguno de los hechos explícitamente consagrados en el ordenamiento civil, no puede pedir su disolución por la vía del divorcio.

De manera, pues, que en estos casos del divorcio necesario o causal, es procedente su declaratoria con base en una causa específica, señalada en la Ley; se le conoce como divorcio contencioso, a diferencia del que es convenido mutuamente entre los consortes. Aquél exige la configuración de una causa, ordinariamente grave, que dificulte, haga imposible o inconveniente, la comunidad de vida; o cuando suceda un acontecimiento que impida la convivencia marital, como son los casos de enfermedades incurables, graves y peligrosas.

14.1.5 Naturaleza meramente sancionatoria del régimen legal del divorcio en Colombia

14.1.5.1 Los alimentos como sanción al cónyuge culpable del divorcio o de la separación de cuerpos

En Colombia, aunque hay un *sistema causalista*, no existe un régimen indemnizatorio, originado en el divorcio del matrimonio civil o en la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos; mucho menos en la separación de cuerpos. Lo único que se le aproxima es el mecanismo sancionatorio consagrado en el numeral 4º del artículo 411 del Código Civil, al disponer que se deben alimentos “A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa”.

No obstante, si a título puramente teórico consideráramos que en Colombia la ruptura unilateral e injustificada del matrimonio por uno de los cónyuges puede llegar a causar un daño al otro, se requeriría darle un fundamento legal que aparentemente no existe en el ordenamiento civil relativo al régimen matrimonial.

Porque no puede olvidarse la llamada “tradicción culpabilista del Código Civil colombiano en materia de responsabilidad civil”, a que se refieren los artículos 63, 1604 (responsabilidad civil contractual), así como los artículos 2341 y 2356 (responsabilidad civil extracontractual), rememorados por la Corte Constitucional en la sentencia C-1008, de 9 de diciembre de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, refiriéndose también a varios pronunciamientos que sobre esta materia ha hecho la Corte Suprema de Justicia, especialmente al fallo proferido por la Sala Civil, citado en aquella sentencia y publicado en la G.J. t LIX. Pag. 748.

La primera de esas altas corporaciones de justicia dice: “(...) el sistema normativo nacional le confiere al elemento subjetivo notable relevancia al momento de valorar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, y el alcance de la indemnización” (...). “En materia de responsabilidad civil contractual (...) el elemento subjetivo continúa siendo un criterio determinante para la definición y el alcance de la responsabilidad, comoquiera que el contrato es un acto que se mueve por excelencia en el terreno de la *previsibilidad*, está regido por la autonomía de la voluntad, de manera que la reparación del perjuicio está atada al grado de culpabilidad del deudor (...). De lo anterior se sigue que en el ordenamiento legal colombiano la responsabilidad civil *contractual* continúa atada a la noción de culpa, concepción que otorga relevancia a la previsibilidad de los perjuicios como baremo para establecer el alcance del resarcimiento. (...) Esta concepción no resulta extraña al ordenamiento jurídico internacional, como quiera que referentes normativos como la Convención de Viena de 1980 y los Principios sobre Contratos de la Unidroit, acogen el criterio de la previsión y la previsibilidad de la lesión, como baremo del monto de los perjuicios”.

Pero también ocurre que “La Carta Política no precisa cuáles daños deben ser reparados, ni la forma en que deben ser cuantificados, para que se entienda que ha habido una indemnización integral. Tampoco prohíbe que se indemnice cierto tipo de daños. Se limita a reconocer que las víctimas y perjudicados por un hecho punible tienen derecho a la reparación, mediante “la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito” (artículo 250, numeral 1, CP)”.

Esto lo dice la Corte Constitucional para sostener enseguida que es el Congreso de la República el que, en ejercicio de sus funciones legislativas, puede establecer las causas del daño y su tasación. Destaca la Corte que “(...) el legislador, al definir el alcance de la “reparación integral” puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados”.

Así las cosas, como el legislador colombiano no tiene regulación expresa sobre este tema de la responsabilidad y la indemnización de daños ocasionados por la ruptura

intempestiva, unilateral e injustificada del vínculo matrimonial, no sería posible reclamar reparación alguna, con la excepción ya mencionada a que se refiere el artículo 411 del Código Civil, en su numeral 4º, que solo tiene un carácter sancionatorio, que no indemnizatorio.

No obstante las anteriores apreciaciones, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela No. STC10829, Radicación 11001-02-03-000-2017-01401-00, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona, fechada el 25 de julio de 2017, dijo que “Aun cuando en las normas reguladoras de los trámites de divorcio y de cesación de efectos civiles del matrimonio o por la terminación abrupta de la relación de pareja, no existe un capítulo específico dedicado a la indemnización por menoscabos sufridos; para resolver ese vacío meramente aparente se debe acudir al acápite relativo a la responsabilidad civil, régimen compatible y complementario en armonía a las pautas constitucionales atrás referidas, y los principios del régimen convencional vigente (Pacto de San José) aplicables a la materia, siguiendo los principios, valores y derechos que postula la Carta”. Aclara que, “En principio, únicamente el canon 148 del Estatuto sustantivo civil obliga al “*cónyuge de mala fe*” cuando dio lugar a la nulidad del matrimonio a “*indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado, estimados con juramento (...)*”.

En la citada sentencia de tutela, después de hacer un análisis comparativo con lo dispuesto sobre esta materia en los ordenamientos jurídicos de otros países, la Sala hace lo que llama su “propia interpretación”, desde el contenido de los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, basada en la supremacía de las normas constitucionales, “para no desamparar al cónyuge o compañero víctima de la intempestiva, irregular o arbitraria ruptura del vínculo jurídico que lo ata con el otro integrante de la relación obligatoria causante del finiquito”.

La Sala Civil de la Corte, en la *ratio decidendi* de esa sentencia de tutela, dispone perentoriamente lo siguiente:

“Por tanto, para definir ese tipo de asuntos, los juzgadores deben analizar las causas de divorcio probadas a la luz de las disquisiciones precedentes, para determinar si hay lugar a decretar alguna medida resarcitoria a favor del consorte que percibió algún daño por la ruptura del vínculo marital ocasionada por su expareja. Están facultados los juzgadores de instancia ahora, en consecuencia, a adoptar disposiciones ultra y extra petita, conforme se autoriza en el parágrafo 1º de la regla 281 del Código General del Proceso (...)”.

Precisados los anteriores criterios jurídicos, la Sala Civil dedica otras secciones de la sentencia a analizar razonablemente los presupuestos de las obligaciones alimentarias

con los que la doctrina y jurisprudencia venían profiriendo condenas y concretando las prestaciones de alimentos (el vínculo jurídico, las necesidades del alimentario y la capacidad económica del alimentante), respecto a los cuales la misma sentencia exige que “los tres elementos axiológicos de la obligación alimentaria deben concurrir simultáneamente”, al punto de que “la falta de todos o de alguno de ellos torna nugatoria la respectiva acción”, al mismo tiempo que también acoge la clásica interpretación de que “de la hermenéutica de los preceptos 411 y 414 no puede inferirse naturaleza indemnizatoria en la obligación alimentaria para ser asimilada como una prestación ligada al daño contractual o extracontractual”, y desarrolla la tesis de que “el nacimiento de una prestación indemnizatoria (...) tiene su fuente en el derecho de daños que difiere sustancialmente del vínculo obligacional que surge en materia de alimentos”.

14.1.5.2 Indemnización por daños causados por la ruptura del matrimonio por actos violentos

Según lo relatado en el numeral anterior, pareciera que las reflexiones jurídicas de la Corte Suprema de Justicia, plasmadas en la comentada sentencia de tutela, no alteran el sentido interpretativo que se les ha venido dando a las normas que reglamentan las prestaciones alimentarias. De manera que la asignación de esta naturaleza prevista en el numeral 4º del artículo 411 del Código Civil, sigue siendo una sanción, no una indemnización.

En el caso concreto que hemos venido estudiando, la Sala Civil opina que, al haberse acreditado los hechos constitutivos de la causal de maltratamiento, que dan lugar a la ruptura definitiva del matrimonio, surge la necesidad de establecer una medida resarcitoria del daño ocasionado por la ocurrencia de los mismos, con apoyo en la obligación de suministrar a los ciudadanos las “*garantías judiciales*” y la “*protección judicial*”, a que se refieren las convenciones internacionales. Pero, pensamos que este régimen indemnizatorio no necesariamente tiene origen en el contrato matrimonial, sino en causas distintas y en fuentes jurídicas diferentes.

Estamos de acuerdo con el máximo organismo de cierre de la jurisdicción ordinaria, en el sentido de que “cualquier afrenta cometida en contra de las mujeres debe ser condenada y reparada, con mayor razón la cometida al interior del seno familiar”, por lo que forzosamente deben establecerse “medidas indemnizatorias en procesos de divorcio”, dado que la ruptura del matrimonio por hechos de violencia física o moral, “o por el menoscabo personal, económico o familiar”, puede producir diferentes clases de perjuicios, que deben ser resarcidos, legitimando a la víctima para reclamar la correspondiente indemnización. Pero no creemos que esta indemniza-

ción sea de naturaleza contractual, sino que tiene su origen en aquellos eventos en que entre la víctima y el causante del daño, pese a que exista una relación jurídica contractual o convencional, el perjuicio causado a aquélla, en este caso a uno de los cónyuges, no proviene del contrato de matrimonio, sino de una circunstancia ajena al mismo. Es en estos casos en que el causante del daño (entiéndase, para este análisis, el cónyuge culpable de la infracción), debe indemnizar a su víctima de un perjuicio que le infligió, pero que no proviene o no depende del vínculo matrimonial previamente contraído entre ellos. O sea que, sin perjuicio de la concurrencia de ambas, se trata de prestaciones diferentes: una es la sanción alimentaria establecida por la ley a favor del cónyuge inocente del divorcio, o de la separación de cuerpos, a cargo del cónyuge culpable; y otra, la reparación de los perjuicios que toda persona que ha cometido una infracción, dolosa o culposa, “que ha inferido daño a otro”, debe hacer a la víctima del mismo.

La comentada sentencia de la Sala Civil fue revocada mediante providencia del 27 de septiembre de 2017 (STL16300-2017, Radicación No. 75391, M.P.: Fernando Castillo Cadena), proferida por la Sala Laboral que conoció de la impugnación y negó la tutela, por las siguientes razones:

1. Que “de la hermenéutica de los preceptos 411 y 414 no puede inferirse naturaleza indemnizatoria en la obligación alimentaria para ser asimilada como unaprestación ligada al daño contractual o extracontractual”.
2. Que la accionante, “en el juicio objetado, fundó sus pretensiones en el marco normativo que regula las obligaciones alimentarias, y no al que gobierna losperjuicios originados en la responsabilidad contractual o extracontractual, según el caso, emolumentos que en todo caso, ni siquiera impetró”.
3. Que, en relación con las facultades *ultra* y *extra petita*, si bien el Juez de Familia tiene esa potestad, tal entendimiento no puede soslayar la obligación de fallar según lo que resulte probado en el juicio, en aras del derecho de defensa y el debido proceso.
4. Que no puede aceptarse una pretensión sobre asunto que no sea discutido ante el Juez natural, so pena de transgredir otras garantías, como el derecho fundamental al debido proceso y a la defensa..
5. Que es posible obtener que las pretensiones indemnizatorias sean ventiladas en el escenario previsto por el legislador,
6. Que no es dable reconocer perjuicios no reclamados en la demanda de divorcio.

Pese a esa revocatoria, no puede ignorarse el alcance de las manifestaciones de la Sala Civil en torno al tema de la necesidad de “proveer sobre los perjuicios de índole

material e inmaterial según los elementos axiológicos del Derecho reparativo y los elementos probatorios recaudados”.

Dicho de otra manera, no se discute que quien cause un daño, debe repararlo. Lo que en esta circunstancia concreta se debate es si la indemnización puede pretenderse en el proceso de divorcio, ante el Juez de Familia, y que sea éste quien, en ejercicio de las atribuciones para fallar *extra y ultra petita*, determine “si hay lugar a decretar alguna medida resarcitoria a favor del consorte que percibió algún daño por la ruptura del vínculo marital ocasionada por su expareja”.

Nosotros creemos que no puede ser así. El Código General del Proceso faculta a los Jueces de Familia para fallar más allá de lo pedido y por fuera de lo pedido, con el fin brindarles protección adecuada a la pareja, a los menores e incapaces y a las personas de la tercera edad. Pero esa facultad es restringida y siempre debe estar en la órbita de las competencias del Juez de Familia. Porque lo que dispone la Ley procesal es que “Corresponde a la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la Ley a otra especialidad jurisdiccional ordinaria”. Y la indemnización de perjuicios por daños entre cónyuges no está expresamente asignada a la jurisdicción de familia.

Ante tales circunstancias, sin perjuicio de las pretensiones que se consideren procedentes en una acción declarativa en esta clase de procesos de familia, no es posible, al menos en el ordenamiento jurídico vigente, obtener ante ese mismo Juez una indemnización de perjuicios por el daño ocasionado, pues esa decisión debe tomarla la jurisdicción ordinaria, en su especialidad civil.

Estas precisiones no riñen con los aspectos de fondo, dado que en estas situaciones impera el artículo 2.341 del Código Civil. Tampoco están en contraposición con el ideal de la conexidad y economía procesal, para lograr una mayor efectividad de la justicia, en el sentido de que todos esos aspectos puedan tramitarse en un mismo juicio, concentrando en un solo Juez la competencia de ciertos asuntos en materia de familia (divorcio o nulidad del matrimonio civil; cesación de los efectos civiles de matrimonio religioso; a quién corresponde la custodia de los hijos; la proporción en que los cónyuges deben contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes; el monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges deba dar al otro, si fuere el caso; a quién corresponde la patria potestad sobre los hijos no emancipados; la condena al pago de los perjuicios a cargo del cónyuge que por su culpa hubiere dado lugar a la nulidad del vínculo, a favor del otro, si éste lo hubiere solicitado), aspectos todos que están previstos en el artículo 389 del Código General del Proceso, más las condenas indemnizatorias por daños o perjuicios ocasionados por un cónyuge al otro, en desarrollo de la relación

matrimonial, asunto este último que, contrariamente a los enunciados atrás, no está asignado expresamente a la jurisdicción de familia. Así las cosas, no obstante esos ideales, mientras la Ley no faculte a los Jueces de Familia a fallar sobre perjuicios originados en las relaciones conyugales dentro de un mismo proceso declarativo de divorcio o de cesación de efectos civiles, la competente seguirá siendo la jurisdicción ordinaria, en su especialidad civil, por así disponerlo el inciso 2° del artículo 15 del Código General del Proceso.

14.1.6 Necesidad de modernizar la legislación sobre divorcio y sobre separación de cuerpos

Las experiencias vividas en los estrados judiciales sugieren que es hora de modernizar la legislación sobre el matrimonio y el divorcio en Colombia, pues, en nuestro entender, el sistema vigente vulnera derechos fundamentales de las personas. De contera, debería hacerse lo propio con las normas que reglan la separación de cuerpos de manera contenciosa.

Como se acaba de explicar precedentemente, desde la expedición del Código Civil, en nuestro país existe un régimen de *divorcio causalista*, esto es, que solo puede ser solicitado por hechos que configuren alguna de las causales que taxativamente enlista el artículo 154.

La disolución del matrimonio civil y, ahora, la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, así como la separación indefinida de cuerpos, solo puede promoverlas aquel de los consortes que no haya dado lugar a los hechos que los motivan (Art. 156). Pero ¿es éste el mejor régimen que podemos tener?

Ante la Corte Constitucional fueron presentadas sendas demandas de inexecutable de dos disposiciones que guardan relación directa con este tema, a saber: una acción contra el citado artículo 156 del Código Civil, que limita la demanda de divorcio al *cónyuge inocente*; y otra contra el artículo 154, que señala cuáles son las causales de divorcio.

La acción de inexecutable del artículo 156 fue despachada desfavorablemente a través de la sentencia C-394, del 21 de junio de 2017, M.P.: Diana Fajardo Rivera (Exp. D-11785), que declaró la executable de la expresión demandada del citado artículo, por los cargos analizados.

Según la Corte Constitucional, ésta “estudió la demanda presentada contra la expresión conforme a la cual el divorcio sólo puede ser solicitado “por el cónyuge que no

haya dado lugar a los hechos que lo motivan”, contenida en el artículo 156 del Código Civil, porque, en criterio del actor, por un lado, resulta violatoria del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, al facultar únicamente al cónyuge “inocente” para demandar el divorcio en relación con las causales 1, 2, 3, 4, 5 y 7 previstas en el artículo 154 del Código Civil, en menoscabo del denominado cónyuge “culpable”, quien está desprovisto de esta posibilidad, y, por otro, también desconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad del “cónyuge culpable”, consagrado en el artículo 16 de la Carta Política, en tanto lo limita en aspectos como la determinación de su estado civil y la realización autónoma de su vida”. La Corte añade: “la Corporación encontró que, en relación con el derecho a la igualdad, la demanda era inepta, por cuanto el actor no estableció la manera como, en el supuesto normativo acusado, resultaba comparable la situación del cónyuge que ha incumplido las obligaciones que surgen del contrato de matrimonio, con la del cónyuge que sí ha cumplido. Por esta razón, en relación con este apartado de la demanda, la Corte resolvió inhibirse de realizar un pronunciamiento de fondo. Por otra parte, la Corte estableció que el segmento demandado no resulta violatorio del derecho del libre desarrollo de la personalidad, debido a que, una vez los contrayentes aceptan el contrato del matrimonio, al que concurren de manera voluntaria, aceptan también las cláusulas de las que se derivan restricciones para su autonomía, y ello incluye la relativas a los mecanismos que existen para disolverlo. La Sala recordó que si los cónyuges no desean continuar con el compromiso hay posibilidades jurídicas para disolverlo, como el mutuo acuerdo, o la posibilidad que ambos cónyuges tienen de acudir a la separación de cuerpos para luego de transcurridos dos años proceder a solicitar el divorcio, restricción que no es desproporcionada si se tiene en cuenta que la finalidad es proteger a la familia y tratar de recomponer el vínculo matrimonial”.

Tomando las palabras de la misma relatoría de la Corte Constitucional, “El Magistrado Alberto Rojas Ríos, quien como ponente inicial propuso la inexequibilidad del actual sistema normativo de regulación del divorcio basado en la culpa de uno de los contrayentes, formuló salvamento de voto frente a la decisión mayoritaria. En sustento de esta postura (...) sostuvo:

“se necesitó un siglo para que en el Derecho Civil colombiano a los hijos “naturales” se les diera el mismo tratamiento jurídico y social que a los “ hijos legítimos”; ¿Cuánto tiempo más y qué otras injusticias tendrán que consumarse para que en protección del derecho a la dignidad, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad que consagra la Carta Política de 1991 se retiren del ordenamiento las normas que establecen la iniciativa del divorcio como una sanción que un cónyuge impone a otro por sus culpas matrimoniales? Explicó que Andrés Bello, al trasplantar el matrimonio del Código Civil Napoleónico de 1804, introdujo la

tradición católica de cuatro siglos de influencia, en donde esta unión tiene efectos de indisolubilidad y perpetuidad, pero no de libertad y dignidad humana. De allí que las normas relativas a la disolución del matrimonio preserven una estructura decimonónica cimentada sobre la base de la expiación y la culpa, incompatible con los principios de dignidad humana, igualdad y libre desarrollo de la personalidad que desde el primero hasta el último de sus artículos irradia la ley fundamental de nuestro Estado Social de Derecho. Consideró que al igual que en la mayoría de Estados Sociales de Derecho, el divorcio no puede constituir una barrera injustificada y a la vez una sanción que un cónyuge impone a otro, sino una decisión orientada a restablecer el proyecto de vida en lo afectivo y familiar. En ese aspecto, afirmó que si bien la estabilidad del matrimonio (no la indisolubilidad) es un fin constitucionalmente válido (Art. 42 C.P.), la regla establecida en el artículo 156 del Código Civil, restringe de manera injustificada los derechos fundamentales de uno de los cónyuges y, así mismo, las causales subjetivas y los efectos patrimoniales que de estas se derivan (las cuales propuso integrar al juicio de constitucionalidad), no protegen a la familia, sino que la ponen en riesgo, al prolongar los efectos del vínculo marital, quebrantando de suyo la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de los contrayentes y de sus hijos que se ven sometidos a la indignidad de lo que la pareja ya no desea. Con base en lo anterior, sostuvo que carecen de sentido constitucional las provisiones procesales y sustantivas que obligan la permanencia de matrimonios, a pesar de haber desaparecido la voluntad del vínculo en uno de los contrayentes, lo cual acarrea, en muchos casos, funestas consecuencias para la paz y la convivencia familiar. En especial, por cuanto las normas que integran la unidad del sistema de coerción, compuesto por los artículos 154 numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 7, 156, 162, 411.4, 1231 y 1685.2 del Código Civil, implican una injerencia del Estado que reduce desmesurada y desproporcionalmente los derechos de dignidad humana, libertad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad. Concluyó señalando que, en un Estado Social de Derecho basado en la dignidad de la persona humana y en el que constituye elemento de su composición dogmática el paradigma de separación entre la iglesia y el Estado, los cánones que del Concordato de 1887 se trasplantaron al Derecho legislado, a modo de contrato civil, deben ser interpretados a la luz de la garantía de los derechos humanos, cuya axiología constitucional impide hablar de cónyuges culpables. En palabras del Magistrado Rojas Ríos: “El matrimonio no puede ser un ominoso inventario de culpas perpetuas que solo se redimen con la servidumbre y el sometimiento del culpable, con grave desdoro y merma de su dignidad y libertad.”

El magistrado que propuso inicialmente declarar la inexecutable del artículo 156 transcribió en su ponencia interesantes opiniones de varias entidades intervinientes en el debate. Algunas sugirieron la executable condicionada, pidiendo que el cónyuge culpable también esté legitimado para demandar el divorcio, “siempre y cuando éste quede obligado al pago de alimentos al cónyuge inocente, en virtud del

incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de matrimonio, tal cual como se predica ante el incumplimiento de cualquier clase de contrato en general”. Hubo quien propuso no solo la inexequibilidad del texto acusado, sino que también pidió la integración normativa con el artículo 154, para que ambas normas fueran declaradas contrarias a la Constitución. Otros se opusieron a la inexequibilidad, argumentando que al cónyuge culpable “le está vedado alegar a su favor la propia culpa”. Y, desde luego, hubo quienes consideraron inconveniente “privar al cónyuge inocente de las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevé a su favor”.

Como lo informó la relatoría de la Corte Constitucional, el magistrado ponente optó por la integración de la unidad normativa, considerando que la expresión demandada del artículo 156 está ligada a otras disposiciones con las que conforma una misma temática, sometiendo al juicio de constitucionalidad las causales subjetivas del divorcio del artículo 154; el 162, referente a donaciones entre cónyuges; el 411-4, sobre alimentos a cargo del cónyuge culpable; el 1231, que consagra el derecho a la porción conyugal a favor del cónyuge inocente; y el beneficio de competencia al cónyuge, salvo que esté divorciado por su culpa, del artículo 1685-2.

Acaso, esta decisión desfavorable de la Corte, de negar la inexequibilidad del artículo 156, obedeció a una mal entendida integración de la unidad normativa. Porque pese a que la expresión demandada del artículo 156 tiene relación con otras disposiciones, el establecimiento de ciertos derechos –alimentos y porción conyugal, por ejemplo– no necesariamente es contrario a la Constitución, en cuanto éstos no riñen con las obligaciones patrimoniales originadas en el contrato de matrimonio.

Hubiera podido proponerse la exequibilidad condicionada. Que se entendiera que “aunque el hecho del divorcio pone fin al vínculo existente entre los esposos, no extingue por completo las obligaciones definidas en la ley”, como lo ha manifestado la Corte en otras situaciones (Sentencia C-246 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa). Al fin y al cabo no era la primera vez que la Corte afrontaba el reto de armonizar las normas que corresponden a una integración de la unidad normativa, permitiendo que, a pesar de la inexequibilidad de unas, puedan subsistir los derechos consagrados en otras.

En estas épocas no se requiere un contrato matrimonial para que solidariamente se atiendan las obligaciones de familia. Es más, interpretando la posición de la Corte en otros casos relacionados con deberes familiares, no hubiera sido desacertado establecer que, para reclamar ciertos derechos, pese al divorcio, uno de los cónyuges quede legitimado para invocar la culpabilidad del otro, tratándose de alimentos o de cualquier otra obligación económica, incluida la seguridad social en salud y pensiones.

Porque en este tema se trata de una discusión más allá de lo legal. Recuérdese que, conocida la decisión, pareciera que la opinión pública limitó su alcance a una mera revisión de exequibilidad, sin profundizar en la problemática social que se ha formado en Colombia por causa del régimen jurídico imperante en temas de divorcio. Al contrario, la discusión al interior del máximo organismo de control constitucional sobre la posible violación de algunos derechos fundamentales, tales como la igualdad (Art. 13), el libre desarrollo de la personalidad (Art. 16), la negación del acceso a la administración de justicia (Arts. 29 y 229), entre otros, genera varios interrogantes sobre las repercusiones políticas y sociales de esta materia.

Observemos que nadie está obligado a amar a otro, nadie está obligado a vivir con otro y nadie tiene por qué mantener el matrimonio contra su voluntad. En la mayoría de los casos, cuando nace el interés por el divorcio es porque existe una clara ausencia de *affectio maritalis*, originada en un desapego de un cónyuge respecto al otro, o de ambos, y por circunstancias que han llevado a la imposibilidad o inconveniencia de vivir juntos. Así, la real causa de la disolución del matrimonio es la falta de afecto, sin importar la culpabilidad de uno de los cónyuges. La declaración de culpabilidad no revive el matrimonio, ni permite exigir el cumplimiento del contrato.

En nuestro concepto, el actual régimen del matrimonio civil desconoce varios principios, especialmente el de la libertad personal en la disolución del vínculo. Algunos expertos dicen que del matrimonio, como institución, debería predicarse un consentimiento continuado, que no implique la imposibilidad de extinguirlo por la voluntad de los consortes, para que, desaparecido el afecto marital, aquél se disuelva. Parten del criterio de que el matrimonio es totalmente consensual, tanto en la celebración como en su terminación. Tal como los derechos y obligaciones entre ellos nacen por el querer de los esposos, también deberían terminar por la voluntad de uno de ellos, o de ambos.

Así se corregiría la vulneración al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad que conlleva el sistema actual al exigir la demostración de causales específicas y limitar el ejercicio de la acción al cónyuge inocente, en razón a que, con la actual normatividad, el individuo no puede elegir y ejecutar el proyecto de vida que estime conveniente (Art. 16 de la Constitución).

También se restablecería el derecho a la igualdad, dándoles a ambos la misma oportunidad de pedir el divorcio, y se evitarían las violaciones a la intimidad personal y familiar que actualmente se presentan cuando se compele a los cónyuges a someter asuntos reservados de sus relaciones matrimoniales al conocimiento de extraños, incluidos los jueces.

Por último, suprimir las causales evitaría la revictimización de los esposos, quienes, tras haber soportado ultrajes y vejámenes de una mala relación, sufrir el adulterio del otro, o evidenciar actos de perversión al interior del hogar, deben revivirlos ante el abogado, el defensor de familia y el juez de la causa, con efectos psicosociales sobre la pareja y, muchas veces, sobre los hijos y otros miembros de la familia.

Obviamente, debemos respetar la decisión mayoritaria de la Sala Plena de la Corte Constitucional. Pero ello no es óbice para insistir en la conveniencia de que se inicien las acciones encaminadas a transformar nuestro régimen matrimonial, el divorcio y la separación de cuerpos, bien por la jurisprudencia constitucional, ora promoviendo un proyecto de ley ante el Congreso de la República.

14.2 Clasificación de las causales de divorcio

La doctrina de los autores y la jurisprudencia de las corporaciones de justicia han concluido que las causales de divorcio pueden tener una clasificación que, en principio, se traduce en *causales objetivas* y en *causales subjetivas*. Las primeras hacen parte de lo que se conoce como *divorcio remedio*, en tanto que de ellas no se predica ninguna culpabilidad para los cónyuges; en tanto que las segundas sí censuran cualquier conducta de los esposos, que signifique incumplir gravemente sus obligaciones como tales, o como padres, o derivada, entre otros hechos, de actos constitutivos de malos tratos, de conductas pervertidas, o de vicios tales como la embriaguez habitual y el uso común o frecuente de sustancias alucinógenas o estupefacientes. Por esas razones se las denominan causales de *divorcio sanción*.

Para la Corte Constitucional, “Las causales del divorcio han sido clasificadas por la jurisprudencia y la doctrina en objetivas y subjetivas: Las *causales objetivas* se relacionan con la ruptura de los lazos afectivos que motivan el matrimonio, lo que conduce al divorcio “como mejor remedio para las situaciones vividas”. Por ello al divorcio que surge de esta causales suele denominársele “divorcio remedio”. *Las causales pueden ser invocadas en cualquier tiempo por cualquiera de los cónyuges*, y el juez que conoce de la demanda no requiere valorar la conducta alegada; debe respetar el deseo de uno o los dos cónyuges de disolver el vínculo matrimonial. A este grupo pertenecen las causales de los numerales 6, 8 y 9 *ibidem*. Por otra parte, las *causales subjetivas* se relacionan con el incumplimiento de los deberes conyugales y por ello *pueden ser invocadas solamente por el cónyuge inocente dentro del término de caducidad previsto por el artículo 156 del Código Civil* –modificado por el artículo 10 de la Ley 25 de 1992, con el fin de obtener el divorcio a modo de censura; por estas razones el divorcio al que dan lugar estas causales se denomina “*divorcio sanción*”.

La ocurrencia de estas causales debe ser demostrada ante la jurisdicción y el cónyuge en contra de quien se invocan puede ejercer su derecho de defensa y demostrar que los hechos alegados no ocurrieron o que no fue el gestor de la conducta”³.

También en una sentencia de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se hicieron a este respecto las siguientes consideraciones:

*“Preciso es anotar que en nuestro ordenamiento jurídico se ha adoptado el “sistema causalista”, según el cual el divorcio solo puede instaurarse por causas expresamente señaladas en la ley de manera taxativa, clasificando dichos motivos en causales de divorcio sanción y causales de divorcio remedio. En las primeras se parte del supuesto de la culpabilidad de uno de los cónyuges, principio de profunda raigambre moral, consistente en la imposibilidad de obtener beneficios de la propia culpa, según la máxima latina nemo propiam turpitudinem allegans potest. De la naturaleza de estas causales participan la 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 7ª. En cambio el divorcio remedio, busca solucionar el conflicto familiar; permitiendo la ruptura del vínculo cuando ya haya cierto grado de certeza en torno a que el mismo ha fracasado porque se ha hecho imposible la vida común de los cónyuges. Tales como la 6ª (toda enfermedad o anormalidad grave...), la 8ª (la separación de cuerpos judicial o de hecho, que haya durado más de dos (2) años) y la 9ª (el mutuo acuerdo). En estas no es aplicable la noción de cónyuge culpable, porque no se mira quién infringió sus obligaciones sino la ruina o frustración del vínculo matrimonial”.*⁴

14.2.1 Divorcio sanción

Contrariamente a lo anterior, frente a algunos hechos que se constituyen en causales de divorcio, y que corresponden a aquella clase que la doctrina denomina “*divorcio sanción*”, se parte del supuesto de la culpabilidad de uno de los cónyuges, por cuanto se asume que ha incurrido intencionalmente o por culpa grave en ellos, por lo que el Juez estará facultado para indagar sobre esa responsabilidad, a fin de determinar quién es el culpable del mismo, para efectos de aplicar las sanciones que correspondan, tanto desde el punto de vista de la condena a prestaciones alimentarias a que se refiere el numeral 4º del artículo 411 del Código Civil, como la posibilidad de que el cónyuge inocente revoque las donaciones que con ocasión del matrimonio haya hecho al cónyuge culpable, según lo autoriza el artículo 162 del Código Civil. En estos eventos, como ya se anotó, bajo el principio de que nadie puede alegar a su favor la

³ Corte Constitucional, Sentencia C-985, de diciembre 2 de 2010, Exp. D-8134. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, Sentencia diciembre 15/1998, M.P.: Jesael Antonio Giraldo.

propia torpeza de sus actos, faculta al cónyuge inocente para impetrar el divorcio, por causas imputables a aquél. Participan de esta clase las causales consagradas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 6° de la Ley 25 de 1992.

14.2.2 Divorcio remedio

Hay otros casos en los que ninguno de los cónyuges ha tenido la intención de faltar al contrato matrimonial, sino que se ha visto abocado a situaciones imposibles de evitar, o a hechos ineludibles, circunstancias ante las cuales la Ley permite solicitar el divorcio por razones que suelen ser totalmente objetivas y que, como tales, no autorizan indagar sobre la intención o la culpabilidad de quien ha incurrido en ellos. Se asume que no hay cónyuge culpable, sino que estas causales están contempladas para buscar la solución a los conflictos entre la pareja, facilitando que el vínculo matrimonial se rompa porque, pese a la ausencia de culpa, se ha hecho imposible mantener la convivencia doméstica, bien porque uno de ellos padece una grave enfermedad que hace imposible la vida marital y pone en peligro la salud del otro cónyuge; ora porque se ha dado una prolongada separación de cuerpos; o, finalmente, porque así lo han convenido libremente los esposos. De esta clase participan las causales 6, 8 y 9.

14.3 Causales de divorcio sanción

Ley 25 de 1992:

“ART. 6°.- Son causales de divorcio:

14.3.1 Causal primera

“1° Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges (salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado)”.

Respecto de esta causal, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

14.3.1.1 La causal no puede contrariar el derecho a la intimidad

Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, como causa del divorcio, o, en su caso, de la cesación de los efectos civiles de un matrimonio religioso, han venido siendo tratadas por el legislador de tal forma que, hoy en día, están desprovistas de toda razón que permita justificar esa clase de conductas, por razón

del consentimiento del otro cónyuge, de su facilitación o, inclusive, de que éste haya terminado perdonando esa conducta infiel.

En ese sentido ha sido la tendencia legislativa y jurisprudencial sobre esta materia, porque la Corte Constitucional se ha ido encargando de señalar que el Estado no se puede inmiscuir en el fuero íntimo de los cónyuges, sino que ha dejado el hecho escueto y simple de las relaciones sexuales, como constitutivo de una causal autónoma de divorcio, sin importar la tolerancia o intolerancia que el otro asuma respecto a esa conducta.

Esta tendencia se acentuó aun más cuando la Corte Constitucional, mediante providencia C-660, de junio 8 de 2000, declaró la inexecutable y, por lo tanto, sacó del ordenamiento jurídico la expresión “salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado, contenida en el numeral 1º del artículo 6º de la Ley 25 de 1992, que subrogó el artículo 154 del Código Civil, bajo el argumento de que dicha norma contrariaba el libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges y su libertad de conciencia al valorar actitudes individuales o conjuntas propias de la intimidad de la pareja.

En tratándose de esta causal primera, además, caben algunas otras consideraciones concernientes a establecer sus características principales.

Desde las épocas en que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se encargaba de resolver, en segunda instancia, los recursos de apelación que se interpusieran contra sentencias de los tribunales superiores de distrito judicial, en materia de separación de cuerpos de matrimonios católicos, aquella corporación había sostenido que, “a diferencia de la legislación anterior, en que los actos de infidelidad recibían un trato diverso por cuanto un solo acto de la mujer originaba el divorcio o la separación y, respecto del marido se requería del amancebamiento, el nuevo estatuto consagra como causal de divorcio, de separación de cuerpos y de separación de bienes, ‘las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges’ ... Y, a pesar de que la mencionada causal no viene revestida de absoluta claridad, por cuanto impropia mente utiliza la locución ‘relaciones sexuales’, cuya forma plural pudiera dar margen para reflexionar y afirmar que tales relaciones deben ser múltiples, lo cierto resulta ser que la referida causal va orientada a sancionar, en igual forma, la reprochable conducta de infidelidad de uno de los cónyuges, motivo por el cual un solo acto de adulterio de la mujer o del varón la configura. Y así debe entenderse, máxime en presencia de la legislación que consagró la igualdad jurídica de los sexos (Ley 24 de 1974, Decreto 2820 de 1974 y Decreto 772 de 1975). La causal... presenta otras características que conviene relevar, pues el presupuesto cardinal de las relaciones

sexuales extramatrimoniales lo presume la ley en el particular caso de la ‘celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma y eficacia’. Es apenas lógico y obvio que subsistiendo un vínculo matrimonial anterior, respecto del segundo se establezca tal presunción y se faculte al cónyuge inocente para suplicar el divorcio, la separación de cuerpos, o la separación de bienes, con fundamento en la causal 1^a²⁷⁵.

Es preciso aclarar, sin embargo, que aunque este extracto jurisprudencial se fundamenta en las causales previstas en el artículo 4º de la Ley 1ª de 1976, conserva su vigencia respecto a la Ley 25 de 1992, pues la causal de relaciones sexuales extramatrimoniales es exactamente igual en las dos normas, aunque esta última eliminó la presunción de relaciones sexuales extramatrimoniales que contemplaba la primera.

Y hay otras consideraciones adicionales por hacer sobre la causal de las relaciones sexuales extraconyugales, de acuerdo a la recopilación que ha venido haciendo la doctrina relativa a las diferentes circunstancias en las que se pueden desarrollar. Algunos autores afirman, por ejemplo, que la simple tentativa de adulterio no constituye causal de divorcio. Sin embargo, nosotros aclaramos que, si bien esa mera tentativa no encaja explícitamente en la causal primera, tal hecho sí podría dar lugar a invocar la disolución del matrimonio, pero por una causal diferente que, por ahora, se nos antoja que sería la causal segunda, consistente en el grave e injustificado incumplimiento del deber de fidelidad. Y así por el estilo, hay un sinnúmero de comentarios encaminados a interpretar el alcance de esta causal.

Se sostiene por otros estudiosos del Derecho Matrimonial, por ejemplo, que, “las relaciones sexuales con persona del mismo sexo no constituyen adulterio, aunque sí constituyen injurias graves”, y que, “como todo acto ilícito, el adulterio requiere no sólo el elemento material constituido por la unión sexual fuera del lecho conyugal, sino la imputabilidad del cónyuge que determina la atribución de culpabilidad. Para que se configure la causal de adulterio el elemento material debe estar acompañado de un elemento intencional, exigiéndose la libre disposición de substraerse a la fidelidad conyugal, lo cual excluiría los casos en que la esposa fuera violada, mediar un estado de hipnosis, de demencia, error sobre la persona del tercero, o se hubiere practicado inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del marido. Por tanto, no incurriría en adulterio la mujer que mantuviera relaciones sexuales con hombre que no es su marido coaccionada por violencia física irresistible (supuesto

⁵ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia mayo 7/1979, G.J., t. CLIX (I), pp. 120, publicada en *Código Civil*, de Torrado, Helí Abel, Librería Ediciones del Profesional, Ltda., Bogotá, Colombia, 4ª ed., 2011.

de violación) o en el singular caso de que tuviera relaciones con quien cree que es su marido sin serlo²⁶.

14.3.1.2 Carácter injurioso

El adulterio o las relaciones sexuales por fuera del orden matrimonial, a pesar de que sean meramente circunstanciales, violan el deber de fidelidad y, en algunas ocasiones y bajo ciertas circunstancias, pueden revestir un carácter injurioso contra el otro cónyuge. No es lo mismo que el trato carnal de uno de los cónyuges se sostenga con una persona dentro de la privacidad propia de este tipo de conductas, a que, de manera abierta y, en ciertos casos desafiantes y descaradas, el esposo o esposa infractor ventile públicamente esa relación. En estos eventos, tal conducta puede constituirse en atentado contra la dignidad del otro, precisamente por configurar una ofensa grave de su honor conyugal. Entonces, si con ese comportamiento descarado se ofende el hogar, la reputación y el decoro del otro cónyuge, originado en relaciones sexuales extraconyugales, podría también encasillarse en la causal tercera, en lo relativo a los ultrajes.

14.3.1.3 No se requiere que sean actos acabados

Desde luego que, en tratándose de las relaciones sexuales extramatrimoniales, de acuerdo con la disposición contenida en el numeral 1° del artículo 154 del Código Civil, a partir del momento en que uno cualquiera de los esposos sostiene relaciones íntimas con persona distinta a su cónyuge, aunque sean meramente ocasionales, incurre en una grave violación del deber de fidelidad, que se considera de la esencia del matrimonio, y esa sola circunstancia legitima el ejercicio de la respectiva acción.

También es claro que, a través de una evidencia inequívoca, se requiere probar el hecho concreto del trato carnal, de tal manera que pueda acreditarse ante el juez esa realidad fáctica.

Empero, la jurisprudencia tiene aceptado desde hace bastante tiempo, que no obstante la explicitud del texto, al hablar de relaciones sexuales extraconyugales, todo comportamiento erótico realizado por fuera del orden matrimonial constituye causal de divorcio o separación de cuerpos. Lo que significa que no solo tienen esa naturaleza las relaciones acabadas, sino también cualquier otra manifestación amorosa o lasciva, o cualquier clase de aventuras o escauceos amorosos, los cuales constituyen atentado grave contra la dignidad del otro cónyuge.

²⁶ Brandon M. Olivera Lovón, Universidad Particular Andina del Cusco, Perú, www.monografias.com

Ya la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se había referido al comportamiento erótico como causal de divorcio o separación de cuerpos, según el antiguo texto contenido en el numeral 3º del artículo 4º, de la Ley 1ª de 1976, con estas palabras: “con la celebración del matrimonio nacen para los contrayentes una serie de obligaciones recíprocas que se sintetizan en los deberes de cohabitación, socorro, ayuda y fidelidad. En cuanto a las relaciones sexuales es pertinente aclarar la imposibilidad de afirmar que únicamente son constitutivos de ella y ostentan tal naturaleza los actos acabados, la mayoría de las veces de imposible o difícil demostración, sino también todo comportamiento erótico realizado por fuera del orden matrimonial, pues si ello no tiene la virtud de colocar en tela de juicio la legitimidad de los hijos, entre otras, una de las razones de política legislativa para la consagración del deber de fidelidad, sí constituye atentado grave pudiendo generar la sanción que corresponde a su violación”⁷. Estas consideraciones conservan vigencia frente al texto del numeral 1º del artículo 6º, de la Ley 25 de 1992, que subrogó el citado artículo 154 del Código Civil.

No obstante estas apreciaciones, y para mayor seguridad jurídica ante una eventual acción judicial de divorcio o de cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, consideramos conveniente que, además de invocarse la causal primera (Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges), se impetre la causal segunda (El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres). Somos del criterio de que, si se presenta una dificultad probatoria de la relación carnal a que se refiere esa causal, pero sí se logra acreditar un comportamiento erótico por fuera del vínculo matrimonial, incluidas las relaciones homosexuales, podría prosperar dicha acción, basada en el grave e injustificado incumplimiento al deber de fidelidad. Es lo que la Corte ha denominado infidelidad moral, originada en manifestaciones y pruebas de afectos especiales, que van más allá de los vínculos de amistad, y cualquier otro tipo de relaciones amorosas con otra persona por fuera del orden matrimonial, las que, si bien no tipifican directamente un trato carnal, sí dan pie para que se configure un incumplimiento del deber de guardarse fe.

14.3.2 Causal segunda

“2ª El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la Ley les impone como tales y como padres.”

⁷ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia junio 23 de 1986, publicada en *Código Civil*, de Torrado, Helí Abel, I, ob. cit.

“El matrimonio como comunidad entre el hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, ayudarse mutuamente y soportar las cargas de la vida y compartir su ordinario destino, implica un conocimiento y aceptación de quienes lo contraen, de las obligaciones recíprocas que la institución les impone, deberes que correctamente cumplidos fundamentan la armonía del hogar y evitan la desintegración de la familia. Los deberes de fidelidad, cohabitación, respeto, socorro, auxilio y ayuda se basan en el principio de la reciprocidad, es decir, son obligaciones mutuas o recíprocas porque al deber de una parte respecto de la otra, corresponde un deber idéntico de la segunda respecto de la primera, planteamiento que permite reconocer que en su operancia tales obligaciones se encuentran ligadas por una relación de causa a efecto, es decir, de interdependencia, cada vez que la exigibilidad de una parte depende de la ejecución de los propios deberes. (...) no es permitido que los cónyuges se sustraigan al cumplimiento de las obligaciones conyugales por corresponder su regulación a la normatividad, en cuya observancia se interesa el orden público, salvo que exista un motivo que justifique tal comportamiento, como los malos tratos de palabra o de obra, las relaciones extramatrimoniales, el incumplimiento de los deberes de socorro, respeto, auxilio y ayuda, que se hubiere constituido en causa primera del conflicto conyugal”⁸.

Con relación a esta causal, se ponen de presente los siguientes criterios:

a) El carácter grave

Resulta apenas elemental pensar que no cualquier incumplimiento puede configurar una causal para promover, quizás, la más trascendental decisión dentro de las relaciones matrimoniales, como es la de demandar la disolución del vínculo, por la vía del divorcio. Se requiere, por ende, que el hecho sea de mucha entidad o importancia, en razón de que encierre un evidente peligro o pueda conducir a consecuencias perjudiciales para el otro cónyuge o para la familia. Y,

b) Que sea injustificado

Dentro de las relaciones domésticas, es frecuente encontrar algunos casos en que, *verbi gratia*, se produce una ausencia prolongada de uno de los esposos del hogar conyugal, y cuando, como consecuencia de ello, no se atiende el débito conyugal, o no se pueden cumplir compromisos de los hijos menores. En algunos de esos eventos, las faltas tienen excusa válida, o motivos sólidos para que ese aparente incumplimiento se haya producido. Son ejemplos de esto último los trabajos que deben desempeñar algunos profesionales por fuera de su domicilio habitual (ingenieros de petróleos, geólogos, agentes viajeros, altos ejecutivos que deben viajar fuera del país, etc.), quienes se ven sometidos a largas temporadas ausentes de sus hogares. No son éstos los

⁸ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia junio 28 de 1985.

casos a los que se refiere el numeral 2º del artículo 154 del Código Civil, pues claramente la norma preceptúa que la falta cometida sea injustificada, es decir, que no permita presentar un motivo, ni causa legítima para explicar el incumplimiento.

La misma Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia había hecho estas consideraciones básicas al respecto, con las siguientes palabras: “esta causa de separación (...) se refiere a la omisión de uno o más deberes que cada cónyuge tiene para con el otro o para con sus hijos, con la exigencia perentoria de que este incumplimiento debe ser grave e injustificado, por lo que, *contrario sensu*, no satisface las previsiones de la ley el abandono momentáneo por razones que carecen de gravedad o la incapacidad de atender esos deberes por causas ajenas a la voluntad de cualquiera de los casados; además, debe ser injustificado el comportamiento, porque es apenas obvio que si fuese el otro cónyuge quien obligó a su consorte a incumplir con sus obligaciones por actos imputables a aquél, mal podría valerse de tal situación para demandar a quien si bien ha incumplido sus deberes, lo ha hecho por esta razón y no por su propia voluntad. (...) los casados tienen la obligación de vivir juntos, los deberes de fidelidad, recíproco respeto y ayuda mutua; así mismo les incumbe el cuidado de los hijos, su crianza, educación y establecimiento. Luego cuando un cónyuge abandona al otro se pueden romper estos deberes, abandono que siendo injustificado y grave, otorga derecho al cónyuge inocente para deprecar la separación de cuerpos...”⁹, o el divorcio, agregamos nosotros.

En otra providencia, aquella corporación de Justicia dijo lo siguiente:

“... Cuando el matrimonio ha sido regularmente celebrado, nace de él un vínculo estable que implica importantes modificaciones de status para cada uno de los desposados, modificaciones que siendo consubstanciales con la consecución de los fines morales y sociales de la institución matrimonial, constituyen en cuanto tales soporte insustituible de la comunidad familiar. Desde el punto de vista jurídico, significa esto que el estado de casados emergente una vez celebrada la ceremonia nupcial con todos los requisitos de existencia y validez que la ley exige al respecto, conlleva la explicación imperativa de un conjunto de deberes y derechos recíprocos entre los cónyuges que, teniendo sin duda un predominante carácter ético, obedecen a una misma orientación doctrinaria cuyos lineamientos esenciales los ha precisado la jurisprudencia al decir que ese ligamen –el vínculo conyugal– ‘es un lazo de naturaleza particular que crea entre los dos cónyuges una íntima comunión de vida, ya en el sentido físico o ya en el afectivo o espiritual, vínculo del cual surgen derechos y obligaciones que, basados en la ley natural y en la conciencia íntima de los hombres, encuentran adecuada caracterización jurídica en el Título IX del Libro Primero del Código Civil (art. 176 y siguientes)...’ (C.S.J., sentencia 030 de 13 de febrero de 1989...).

⁹ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia 054, de febrero 20 de 1990.

... de acuerdo con este precepto preciso es recalcar que los aludidos deberes se ponen de manifiesto en facultades o atribuciones correlativas de alcance fácilmente identificable, a saber: el derecho de la convivencia efectiva, con la obligación inversa de cohabitación en su significado más amplio –vale decir, incluyendo el derecho a la llamada prestación sexual, con el débito carnal correspondiente–; el derecho a la fidelidad, con los deberes de la conducta apropiada impuestos en ese terreno a cada uno de los esposos; y en fin, los deberes asistenciales, con la facultad de exigir socorro y ayuda mutua, tanto desde el punto de vista físico, aportando los medios económicos indispensables para subvenir a las ordinarias necesidades domésticas, como en lo moral, sea con la estima y afecto.

En resumen y usando el lenguaje indiscutiblemente autorizado del ordenamiento canónico vigente (Canon 1135 del C.I.C. de 1983), bien puede afirmarse que por virtud del matrimonio, ambos cónyuges tienen igual obligación y derecho respecto a todo aquello que pertenece al consorcio de la vida conyugal, expresión ésta a la vez genérica y exacta que sintetiza, aparte de la noción del vínculo que es la raíz, todo el conjunto de derechos y deberes a los que se viene haciendo referencia.

Así, entonces, el que se sustraiga a estas prestaciones familiares que las finalidades del matrimonio exigen, lo que ocurre –por ejemplo– en el evento de darse una negativa sistemática e injustificada a la relación sexual lícita entre esposos o cuando uno somete al otro a tratamiento vejatorio (...), incurre de suyo en graves faltas que (...) dan derecho a pedir el divorcio y, en su caso, el decreto judicial de separación indefinida según viene dispuesto por el artículo 165 ibídem (artículo 15 de la Ley 1ª de 1976)”¹⁰.

Analicemos algunos de los más corrientes deberes entre los esposos, y de éstos, como padres.

14.3.2.1 Deberes conyugales

Para tales efectos, en relación con los deberes conyugales, recordemos los textos de los artículos 113 y 176 del Código Civil:

Código Civil

“ART. 113.- El Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Código Civil

“ART. 176.- Modificado, Decreto 2820 de 1974, Art. 9º.- Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida”.

¹⁰ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia 094, marzo 7/1990, Superintendencia de Notariado y Registro, Extractos de Jurisprudencia, Tomo 1, 1990, pp. 122 y 123.

De la simple lectura de las dos normas trascritas, concluimos que los deberes y obligaciones inherentes al matrimonio, son los siguientes:

a) El deber de *cohabitación*, o sea, el compromiso de vivir bajo el mismo techo, tiene también apoyo en el artículo 11 del Decreto 2810 de 1974, que subrogó el artículo 178 del Código Civil, en cuyo texto dispone que “salvo causa justificada, los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos tiene derecho a ser recibido en la casa del otro”.

Tanto la jurisprudencia, como la doctrina, coinciden en que el deber de cohabitación debe corresponder a una manifestación real, sincera y genuina de manejo de la vida en común, y que no son admisibles las meras apariencias, en cuanto que ella exige un comportamiento normal en las relaciones de familia originadas en el matrimonio. Y también se advierte que no está sometido al libre albedrío de los consortes alterar o incumplir tan explícitos mandatos. Por lo tanto, el alejamiento unilateralmente adoptado por uno de los esposos, constituye violación grave de uno de los principales deberes que nacen por causa del matrimonio. Inclusive, respecto a la posibilidad de que ese alejamiento sea convenido entre los dos esposos, se tiene dicho que esa clase de pactos no son admisibles en el Derecho Matrimonial, en razón al carácter de orden público que tienen las normas que lo gobiernan, lo que supone que, debido a su obligatorio cumplimiento, no pueden los particulares, a través de meros acuerdos entre ellos, pasar por encima de sus preceptos.

b) El *débito conyugal* es otro de los más corrientes compromisos entre los esposos, el cual se traduce en que ellos se deben recíprocamente el don de sus cuerpos, situación apenas elemental, si se tiene en cuenta que uno de los fines esenciales del matrimonio es el de la procreación.

Ya habíamos visto, en el momento de estudiar el tema de las nulidades del matrimonio, que, desde el punto de vista del Derecho Civil, a diferencia de la legislación canónica, el Código Civil sólo hace referencia al error acerca de la persona, no respecto a sus cualidades. Lo que quiere decir que, a falta de un texto expreso que la consagre, errores acerca de éstas, es decir, sobre las cualidades de las personas, no constituyen una causal de nulidad del matrimonio civil. Y explicamos, poniendo un ejemplo, que, en este orden de ideas, si uno de los contrayentes, o ambos, padecen de una impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal (entendiendo por impotencia la incapacidad de un varón o de una mujer para ejecutar el coito), ya sea absoluta, o relativa, o es (son) estéril(es), no se da la causal de nulidad de matrimonio civil, como sí se presenta en el Derecho Canónico

respecto al matrimonio celebrado bajo ese régimen, como lo dispone el canon 1084, en concordancia con el 1098.

Desde esa perspectiva, entonces, como ya lo explicamos, si bien la falta al *débito conyugal* no puede ser invocada como nulidad del matrimonio civil, no por ello podemos desconocer que es uno de los deberes más corrientes dentro de la relación de pareja, por lo que su incumplimiento podría precipitar válidamente una acción de divorcio, en cuanto que ese hecho puede llegar a encajar en alguno de los motivos consagrados en el numeral 2º del artículo 154 del mismo estatuto, tal y como fue modificado en su texto por el artículo 6º de la Ley 25 de 1992.

c) La *ayuda y socorro*, entendido como el suministro de lo necesario para atender la congrua subsistencia, dado que los cónyuges deben subvenir a las ordinarias necesidades domésticas, en proporción a sus facultades.

“el deber de socorro para el cónyuge y la prole no se traduce exclusivamente en dinero o alimentación sino también en apoyo moral y afectivo para el normal desenvolvimiento de la vida familiar; llamada a propiciar un clima apto para el florecimiento de valores espirituales y morales entre quienes la integran”¹¹.

Desde este punto de vista, preciso es aclarar que se trata de obligaciones correlativas implícitas en la relación matrimonial, puesto que se basan en el principio de reciprocidad, “es decir, son obligaciones mutuas o recíprocas porque al deber de una parte respecto de la otra, corresponde un deber idéntico de la segunda respecto de la primera, planteamiento que permite reconocer que en su operancia tales obligaciones se encuentran ligadas por una relación de causa a efecto, es decir, de interdependencia, cada vez que la exigibilidad de una parte dependa de la ejecución de los propios deberes”, dijo desde antaño la Corte¹².

Existe la tendencia a creer que el deber de ayuda y socorro se satisface plenamente mediante las prestaciones alimentarias. Y que, por ser el marido, por ejemplo, un buen dador de cosas materiales, no se dan causales o motivos para impetrar el divorcio. Estas opiniones son erradas. La *ayuda* y el *socorro* van más allá de los compromisos de suministrar alimentos al cónyuge, como quiera que también implican un apoyo intelectual, espiritual, moral y afectivo, en todas las circunstancias de la vida. Se dan casos en que, uno de los esposos, pese a su buen comportamiento en otros aspectos de la vida de relación familiar, falta a la solidaridad y al apoyo para con su consorte, en momentos de enfermedad de éste, o en circunstancias de duelo por

¹¹ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia junio 13 de 1985.

¹² C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia junio 28 de 1985.

alguna grave desdicha. Y no son pocas las ocasiones en que una demanda de divorcio prospera por estos motivos.

d) La *fidelidad* es otro de los deberes principales del contrato matrimonial. Como en otro aparte de esta obra lo dijimos, ella debe ser absoluta y permanente, es decir, el compromiso de guardarse fe se viola o incumple con cualquier clase de manifestaciones por fuera del vínculo matrimonial, tanto la más grave de todas, como es el trato carnal con una persona diferente a su cónyuge, como los escarceos amorosos, las prácticas lascivas o inclinaciones exageradas al deseo sexual, los propósitos libidinosos o lujuriosos, los manoseos, limitaciones todas que se aplican sin importar el tiempo y las circunstancias. Sólo que —como también ya lo anotamos—, a la hora de ejercer la respectiva acción judicial habrá de tenerse mucho cuidado en hacer que los hechos concretos y las circunstancias particulares se adecúen a la causal primera (Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges); a la segunda (El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres); o a la tercera (Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra), o aun a las tres, según el caso. En estos eventos importa mucho saber concatenar, relacionar o enlazar los hechos que motivan el divorcio, con las causales que se invoquen, y, sobre todo, con el material probatorio de que se disponga a la hora de promover un juicio de esta naturaleza. No es igual el esfuerzo probatorio de una relación sexual completa y acabada, que por su misma naturaleza íntima ocurre en ambientes privados, que un noviazgo, o una aventura amorosa que se desarrolla en fiestas sociales, y que, por lo general, ocurre en ambientes más amplios. En aquélla, los medios probatorios son más restringidos, entre otros motivos porque suele ocurrir sin presencia de testigos y en espacios cerrados; en éstos, por el contrario, esos hechos terminan siendo de conocimiento de amigos, compañeros y relacionados, que en un momento dado podrían hacer más fácil su prueba, a través de meros testimonios.

14.3.2.2 Deberes de padres

Y en cuanto tiene que ver con los deberes de los padres para con los hijos, miremos algunos de los aspectos más sobresalientes dentro de las relaciones de familia.

Para la correcta interpretación de este precepto, en relación con el grave e injustificado incumplimiento de los deberes, es menester recordar cuáles son los derechos y obligaciones entre padres e hijos.

Primeramente, debemos recordar que la Constitución Política, en su artículo 42, dice:

“ART. 42.-... Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. ...”.

Por su parte, la Ley 29 de 1982, artículo 1º, tal como adicionó con el inciso segundo el artículo 250 del Código Civil, dice:

“Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones”.

Y hay que anticiparse a dejar en claro que esa igualdad de derechos entre los hijos se extiende a los descendientes.

Los derechos y obligaciones más corrientes en esta clase de relaciones, son los siguientes:

14.3.2.2.1 Cuidado personal de los hijos

Constitución Nacional

“ART. 44.- Son derechos fundamentales de los niños: La vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión”.

Código Civil

“ART. 253.- Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos legítimos”.

Por su parte, el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, advierte que todo menor tiene derecho a ser cuidado por sus padres, en forma permanente y solidaria. Y el artículo 20 del mismo estatuto ordena que los niños, niñas y adolescentes sean protegidos contra toda forma de abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales, o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención.

Así mismo, proscribida toda violación, inducción, estímulo y constreñimiento a la prostitución, la explotación sexual, la pornografía y cualquier conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad; prohíbe los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin.

14.3.2.2.2 Derecho a visitas o a la comunicación

La regulación de visitas de los hijos que se hubieren sacado del cuidado personal de los padres, es considerado como un medio adecuado para cultivar y fortalecer el afecto de los hijos y garantizar la unidad familiar, pese a la separación de la pareja (Ver C.C., art. 256 y Sentencia T-523, de septiembre 18 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón).

14.3.2.2.3 Atención de las obligaciones alimentarias

Que en el caso de los hijos, corresponden al compromiso de suministrar alimentos congruos, entendidos como aquellos a los que tiene derecho una persona para vivir modestamente, pero de un modo conforme con su posición social.

Estos gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos, cuando los padres viven en estado de separación de bienes, deben ser cubiertos por los padres en proporción a sus facultades (Ver C.C., art. 257, modificado por el artículo 19 del Decreto 2820 de 1974).

14.3.2.2.4 Exclusión de toda forma de violencia física o moral, en la corrección y sanción de los hijos

Conforme al artículo 262 del Código Civil, modificado por el artículo 21 del Decreto 2820 de 1974, “Los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente”.

Esta última expresión, “sancionarlos moderadamente”, fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-371, del 25 de agosto de 1994, pero esa Corporación aclaró que “de las sanciones que apliquen los padres y las personas encargadas del cuidado personal de los hijos estará excluida toda forma de violencia física o moral, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 12, 42 y 44 de la Constitución Política”.

Lo que significa, ni más ni menos, que la formación integral de los hijos menores, debe corresponder a un proceso de diálogo y de comunicación con éstos, exento de toda forma represiva o de violencia.

14.3.2.2.5 Intervención adecuada y oportuna en la dirección de la educación y de su formación moral e intelectual

Constitución Nacional

“ART. 68.-... Inciso quinto: Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores”.

El artículo 264 del Código Civil, dice:

“ART. 264. Modificado, Decreto 2820 de 1974, Art. 23, Sustituido, Decreto 772 de 1975, Art. 4°.- Los padres, de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más convenientes

para éstos; así mismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento”.

Esta es una obligación permanente, mientras los hijos se encuentren en minoridad, y su desacato deriva en una causal de divorcio, precisamente por el carácter tan grave que tiene el incumplimiento de esta clase de obligaciones.

La Corte Constitucional dice:

“se violan los derechos fundamentales del menor, y también del otro padre, cuando uno de ellos se arroga el derecho a decidir sobre la educación que recibirá su hijo. Pues, parte de ese derecho reside en la facultad de escoger el establecimiento educativo donde adelantará sus estudios” (Sentencia T-265, junio 18 de 1996, Exp. T-88.305, M.P.: Jorge Arango Mejía).

El artículo 265 del Código Civil determina que el derecho al que se refiere el artículo 264, de dirigir la educación de los hijos, y su formación moral, se pierde por la mala conducta del padre o madre, cuando ella ha dado lugar a que sean sacados de su custodia y cuidado personales y haya sido necesario confiarlos a otra persona.

En el anterior orden de ideas, el incumplimiento o desatención injustificados de los deberes de los padres para con sus hijos, se erige en una causal de divorcio, sin perjuicio de las acciones administrativas y/o judiciales a que haya lugar, tanto desde el punto de vista civil, como del administrativo y penal.

Dentro de los tipos de conducta más corrientes, concernientes a los deberes y derechos de los hijos, se encuentra el incumplimiento de las obligaciones alimentarias a que se refieren los artículos 411 del Código Civil y 129 y concordantes del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Así mismo, se da frecuentemente el maltrato del hijo, el cual está absolutamente proscrito dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y el abandono de los menores, comportamiento este último que no solo encaja dentro de la causal segunda de divorcio que se analiza, sino que tiene un severo reproche legal, permitiendo, en todo caso, que la autoridad competente inicie y lleve hasta su culminación los procedimientos administrativos para procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos de los menores; o que se adelanten las acciones pertinentes ante el Juez de Familia, para obtener la suspensión o privación de los derechos de patria potestad, respecto al padre que haya incurrido en esa actitud, e, inclusive, para provocar una resolución de adoptabilidad del niño, como mecanismo de protección por excelencia.

No pueden dejar de mencionarse, en relación con el grave e injustificado incumplimiento de los deberes para con los hijos, las manifestaciones de violencia al interior

de las familias colombianas, en las que frecuentemente se involucra a los hijos, reglamentada por primera vez a través de la Ley 294 de 1996, “Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”. Esta Ley parte del reconocimiento constitucional de la familia como institución básica de la sociedad, y considera destructiva de su armonía y unidad a toda forma de violencia. Dentro de esa perspectiva, sanciona a toda persona que, en el contexto de una familia, sea víctima de daño físico o psíquico, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar.

En desarrollo de estos preceptos, pensamos que cualquier manifestación de violencia intrafamiliar que afecte o comprometa directa o indirectamente al cónyuge y a los hijos, se armoniza en un todo con el mandato del artículo 154 del Código Civil, en lo que se refiere al grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo (a) y padre (madre).

Debe tenerse en cuenta que la mayoría de estas conductas, además de tener una sanción civil, administrativa o policial, también pueden constituir un tipo penal y, por lo tanto, ser objeto de investigación, juzgamiento y sanción por las autoridades judiciales respectivas. Al fin y al cabo, el Código Penal no solo considera delito el abandono de menores y personas desvalidas (Arts. 127 y siguientes), sino que también consagra en el Título VI del Libro II los delitos contra la familia, entre los cuales conviene mencionar la violencia intrafamiliar (Art. 229), el ejercicio arbitrario de la custodia de un menor (Art. 230 A), la inasistencia alimentaria (Art. 239) y la malversación o dilapidación de bienes de familiares (Art. 236), entre otros.

En cada situación particular habrá de analizarse cuándo algunos hechos de esta naturaleza pueden invocarse como constitutivos de una causal de divorcio, sin perjuicio de las investigaciones penales a que haya lugar, si tales hechos son constitutivos de algún tipo de delito.

Comentarios separados habrán de hacerse al examinar la causal tercera de divorcio, respecto a dos tipos de conducta que vienen realizándose al interior de los hogares colombianos, a saber: (i) los maltratamientos y agresiones psicológicas de un cónyuge al otro; y, (ii) la violencia económica. Estos dos comportamientos, pese a que se analicen tomando como referencia la causal tercera prevista en el artículo 154 del Código Civil, posiblemente encajen también en hechos constitutivos de la causal segunda, por significar eventualmente un grave e injustificado incumplimiento de los deberes que la Ley les impone a los cónyuges o a las obligaciones que les asigna como padres.

14.3.3 Causal tercera

“3ª Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.”

Respecto de la causal 3ª, conviene hacer las siguientes admoniciones:

El respecto es la norma de conducta que debe imperar en las relaciones de la familia, en general, y entre los cónyuges, en particular. Luego, toda palabra o acto susceptible de causar daño al cónyuge en su integridad física o síquica (insultos, injurias de palabra, maltratamientos físicos, ya sea en el ambiente privado, o en espacios públicos, que lesionen la dignidad personal del otro cónyuge) es causal de divorcio.

Los ultrajes, para que sean causales de divorcio o de separación de cuerpos, no requieren ser estables ni frecuentes.

Cualquiera de los tres comportamientos a que hace referencia la Ley, es causal de divorcio. Es decir, no se requiere que se presenten esos tres actos en forma simultánea (ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra), sino que basta que ocurra uno solo de ellos, para que emerja esa conducta como causal de divorcio.

Es una causal totalmente objetiva, es decir, que ahora se encuentra desprovista de las consideraciones que consagraba anteriormente la Ley, en el sentido de que los ultrajes, el trato cruel o los maltratamientos de obra eran causales de divorcio, siempre y cuando pusieran en peligro la tranquilidad del hogar o el sosiego domésticos.

Decía así el viejo texto del artículo 154 del Código Civil:

“(...) 5ª) Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ellos peligra la vida de los cónyuges, o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos”.

Hoy en día, con la expedición de la Ley 25 de 1992, basta el ultraje, el trato cruel o los maltratamientos de obra para que se configure la causal de divorcio, independientemente de que no ponga en peligro la vida del otro cónyuge, o no afecte la tranquilidad del hogar. “En lo que toca con la... causal... alegada... se tiene que ésta se configura por “los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra” para la estructuración de la misma no se requiere de la concurrencia copulativa de los ultrajes, el trato cruel y el maltratamiento de obra; ni que tales actos sean estables y frecuentes; ni que con ellos se pongan en peligro la vida y, además, la paz y el sosiego domésticos (Cas. Civ. 17 de febrero de 1930. t. XXXVII, 416; 19 de febrero de 1954, t. LXXVII, 45 y 46). Igualmente continúa vigente la doctrina de la Corte de que en la determinación de esta causal débese tener en cuenta las circunstancias de educación, ambiente social y costumbres de los cónyuges (Cas. Civ. 26 de julio de

1929, t. XXXVII, 56; 17 de febrero de 1930, t. XXXVII, 416; 26 de julio de 1930, t. XXXVII, 56; 23 de mayo de 1933 G.T. N° 1894, 343; 4 de junio de 1937 G.J. N° 1924, pág. 127)¹³, dijo la Corte Suprema de Justicia.

Y en los casos que eran de su conocimiento antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991 y con posterioridad a la sentencia de inexecutable de algunas normas del concordato suscrito entre Colombia y la Santa Sede (Ley 20 de 1974), y de la vigencia de la Ley 25 de 1992, aquel organismo había sentado unos atinados criterios de interpretación de esta causal que vale la pena reproducir, así:

“Un ultraje leve, un trato cruel ocasional, sin gravedad ni importancia o un mal tratamiento de la misma calidad, pueden no alcanzar a justificar el divorcio, pero indudablemente basta uno de esos desplantes, si es grave, muy ofensivo o peligroso. No es correcta la interpretación del ordinal 5° del artículo 154 del Código Civil (hoy 3° de la Ley 25 de 1992) al entenderla en el sentido de que para producir el efecto jurídico allí previsto se necesite que concurren ultrajes, trato cruel y maltratamientos materiales, y que, además sean frecuentes. Puede que el marido nunca haya agraviado a la mujer sino de palabra, sin maltrato físico, o, a la inversa, que sin pronunciar palabra alguna ofensiva o injurianta, llegue al hogar y por disgustarle algo, silenciosa pero torpemente, maltrate de obra a la mujer. Cualquiera de estas dos actitudes... justificaría el divorcio. Por otra parte, la norma en cuestión no exige que para tal efecto ultrajes, trato cruel o maltratamiento de obra, sean frecuentes”, dijo en memorable sentencia del año 1954¹⁴. Y en otra oportunidad, agregó: “En cuanto a esta causal se refiere, fundada en el recíproco respeto que se deben los casados, es claro que cualquiera de los tres comportamientos a que hace referencia la ley, son motivos suficientes para solicitar la separación... Varias precisiones merecen destacarse en punto a la causal que se viene analizando. Una, que no es menester la concurrencia de los tres comportamientos previstos, bastando, entonces cualquiera de ellos. “En buena labor de hermenéutica jurídica, la jurisprudencia... ha señalado hitos de significativa importancia jurídica. Porque ha sostenido que el referido ordinal es contentivo de tres motivos diversos y no de uno solo como a primer golpe de vista puede creerse; esto es, que hay lugar a separación ya por ultrajes, bien por trato cruel, ora por maltratamiento de obra...” (XXXVII, pág. 54). Otra, que no se requiera que una cualquiera de estas conductas sean frecuentes o reiterativas, por lo que una sola de ellas es suficiente (...) acometiendo el estudio de este aspecto, precisa la doctrina oficial que, para que exista o se dé por comprobado el trato cruel, o el ultraje, o el maltratamiento de obra, no se requiere que haya cronicidad o continuidad en los hechos o circunstancias generativas de tales causales como

¹³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia mayo 7 de 1979, G.J., t. CLIX, pág. 121, publicada en *Código Civil*, de Torrado, Helí Abel, ob. cit.

¹⁴ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia febrero 19 de 1954, publicada en *Código Civil*, de Torrado, Helí Abel, ob. cit.

ocurre en algunas legislaciones foráneas, porque un solo golpe puede atentar gravemente o colocar en peligro la vida del cónyuge ofendido; una sola palabra puede sensibilizar tremendamente o menoscabar la dignidad del otro cónyuge (...)” (XXXVII; XXXVIII); y en otra ocasión dijo la Corte que “un ultraje leve, un trato cruel ocasionado, sin gravedad ni importancia o un maltrato de la misma calidad pueden no alcanzar a justificar el divorcio, pero indudablemente basta uno solo de esos desplantes, si es muy grave, muy ofensivo o peligroso”. (LXXVII). Además, ha de tenerse en cuenta la educación, nivel cultural y posición social de los casados, a fin de determinar el alcance de semejantes comportamientos, pues tales actos varían de acuerdo con aquellos extremos”¹⁵.

Aclaremos que los extractos últimamente transcritos, aunque están originados en la interpretación de la Ley 1ª de 1976, artículo 4º, numeral 3º, conservan plena vigencia, con la advertencia de que, conforme al nuevo régimen, basta que se produzca el ultraje, el trato cruel o los maltratos de obra para configurar esta causal de divorcio, sin que sea menester que uno de ellos ponga en peligro la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges o de sus descendientes, o se hagan imposibles la paz y el sosiego domésticos, como se contemplaba en aquella ley. La Ley 25 de 1992 omitió estos últimos requisitos.

Inclusive, ciertos patrones de conducta de alguno de los cónyuges, como la celotipia, un trastorno de personalidad paranoide, una enfermedad bipolar afectiva, entre otros, pueden traer como consecuencia comportamientos ofensivos, ultrajantes o, en general, maltratos psicológicos que, en nuestro concepto, encajan en la causal tercera de divorcio¹⁶.

Precisamente, como lo manifestamos en la parte final del estudio de la causal segunda, hay dos tipos de conducta doméstica que merecen sendos análisis independientes, a saber: (i) los maltratos y agresiones psicológicos de un cónyuge al otro; y, (ii) la violencia económica y el daño patrimonial.

Veamos:

De delantera debemos aclarar que, aunque la mayor parte de los conceptos técnicos y científicos, e, inclusive, de las reglamentaciones legales referidas al maltrato psicológico y agresiones de ese mismo tipo, se refieren a la mujer, las consideraciones de los hechos que se presenten en casos particulares deben hacerse en relación con ambos cónyuges, no solo por la necesaria aplicación de los principios de igual-

¹⁵ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia septiembre 16 de 1986, publicada en la misma obra.

¹⁶ Ver Sentencia T-967, de la Corte Constitucional, del 15 de diciembre de 2014, Exp. T-4143116, M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

dad entre las personas, en general, y entre los cónyuges, en particular, sino también porque, aunque ciertamente son numerosos y mayoritarios los casos en que las mujeres son las principales víctimas de esas conductas, también se dan ocasiones en que el sujeto pasivo de las mismas es el marido.

La Corte Constitucional, en una célebre sentencia, la distinguida como la C-335, del 13 de junio de 2013, describió con detalle los antecedentes de este grave fenómeno social en Colombia, no solamente al referirse a la discriminación y la violencia contra las mujeres, sino también a la estrecha relación entre la discriminación, la violencia y la violación de los derechos humanos.

Dijo así la Corte, en la mencionada sentencia:

“(...) LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

(...) La estrecha relación entre la discriminación, la violencia y la violación de los derechos humanos

(...) La “discriminación contra la mujer” se ha definido a nivel internacional como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (...).

(...) Por su parte, la violencia contra la mujer se entiende como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada” (...). La violencia contra la mujer tiene diversas modalidades que han sido definidas por la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas:

“a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer; los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”.

(...) Desde el punto de vista sociológico, la discriminación y la violencia están íntimamente ligadas, pues la primera tiene un componente afectivo muy fuerte que genera sentimientos agresivos, por lo cual la discriminación causa violencia y la violencia a su vez es una forma de discriminación, generando actos que vulneran los derechos humanos y la dignidad humana de muchos grupos de la sociedad (...).

(...) La discriminación y la violencia contra la mujer están a su vez fundados sociológicamente en prejuicios y estereotipos de género que han motivado la idea de la independencia, dominancia, agresividad, e intelectualidad del hombre y de la emotividad, compasión y sumisión de la mujer (...), situación que ha causado una desafortunada discriminación de las mujeres en roles intelectuales y de liderazgo que históricamente ha sido reforzada mediante la violencia, a través de la agresividad masculina aprendida en la infancia como estereotipo y luego desarrollada como forma de dominación. (...).

(...). En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que ha trascendido a todos los sectores de la sociedad:

“108. Este Tribunal recuerda, como lo señala la Convención de Belém do Pará, que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases” (...).

(...) Adicionalmente, tal como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) [http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-335-13.htm - _ftm20](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-335-13.htm-_ftm20) y la Relatora sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU, la violencia puede utilizarse como un mecanismo para reforzar la discriminación y la dominación masculina cuando se presentan cambios en los roles tradicionales de la mujer:

“La incapacidad de los hombres para desempeñar su papel tradicionalmente machista de proveedores de sustento conduce al abandono familiar, la inestabilidad en las relaciones o al alcoholismo, lo que a su vez hace más probable que se recurra a la violencia. Incluso los casos de violación y asesinato pueden interpretarse como intentos desesperados por aferrarse a normas discriminatorias que se ven superadas por las cambiantes condiciones socioeconómicas y el avance de los derechos humanos” (...).

En este sentido, en algunos sectores de la sociedad, si la mujer desconoce el estereotipo de género, asumiendo roles tradicionalmente asumidos por los hombres

puede generar repercusiones negativas como el rechazo, la falta de estimulación y las agresiones a su integridad física, moral y sexual (...).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló esta situación en la sentencia del Caso Campo Algodonero vs. México en la cual logró demostrar que el ingreso de empresas maquiladoras al Norte de México generó la contratación masiva de mujeres que cambiaron sus roles tradicionales al convertirse en proveedoras del hogar, situación que motivó una respuesta de muchos hombres que quisieron reforzar su dominio a través de la violencia (...).

(...) Pero además, tal como lo destacó la Recomendación General No. 19 adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: “La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”, posición también señalada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...). Al respecto, se ha reconocido que la violencia contra las mujeres constituye una grave violación de la prohibición de no discriminación derivada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por ello su eliminación ha sido un compromiso de la comunidad internacional (...).

(...) De esta manera, la violencia y la discriminación contra las mujeres tiene un origen social y por ello las herramientas para combatirla no pueden ser exclusivamente jurídicas sino también sociales para motivar un cambio de mentalidad contra los prejuicios y estereotipos de género (...)¹⁷.

En esa misma providencia, la Corte Constitucional hizo un recuento histórico de los comportamientos discriminatorios y violentos en contra de la mujer en Colombia, que conviene reproducir, así:

“(...) La discriminación y la violencia contra la mujer en Colombia

La mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Hasta hace solamente algunas décadas, las mujeres en Colombia tenían restringida su ciudadanía, se les equiparaba a los menores y dementes en la administración de sus bienes, no podían ejercer la patria potestad, se les obligaba a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula “de” como símbolo de pertenencia, entre otras limitaciones (...).

(...) Esta situación ha tenido su origen en la cultura y en la propia sociedad pero también se ha visto reflejada muy especialmente en la legislación que durante

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-335, del 13 de junio de 2013, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*años estableció un trato diferenciado e injusto de sometimiento de las mujeres (...)*¹⁸.

Y luego de hacer una relación pormenorizada de las disposiciones contenidas en el Código Civil colombiano, desde su promulgación inicial, agregó lo siguiente:

“(...) Esta marcada discriminación histórica hacia la mujer no solamente afectó su independencia e igualdad sino que se convirtió en un catalizador de la violencia de género:

“La violencia contra la mujer suele estar vinculada con causas sociales, culturales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas, que operan en conjunto o aisladamente en desmedro de la dignidad y del respeto que se debe a quien es considerada como una persona vulnerable y, en esa medida, sujeto de especial protección tanto en el derecho internacional como en el ordenamiento jurídico interno de los Estados” (...).

(...) Las cifras de la violencia contra la mujer en Colombia han sido muy altas y se reflejan en diversos documentos de Medicina Legal y del Gobierno Nacional, entre los cuales cabe destacar la Encuesta Nacional de Demografía y Salud realizada en el año 2010, cuyos resultados indican la gravedad de la problemática:

“El 72.5 por ciento de las mujeres sufre algún tipo de control por parte de su esposo o compañero y el 26 por ciento es víctima de violencia verbal. El 37 por ciento de las mujeres de Colombia sufre algún tipo de violencia física por parte de su pareja, este porcentaje disminuyó dos puntos porcentuales con respecto al 2005. Las agresiones más comunes son: empujones, golpes con la mano, patadas y violación. Entre quienes sufren violencia física por parte de su esposo o compañero un 10 por ciento señala haber sido violada por él. Un 6 por ciento de las mujeres ha sido víctima de violencia sexual”.

Para efectos concretos, conviene advertir los resultados de una reciente encuesta denominada “Prevalencia de la violencia sexual en contra de las mujeres en el contexto del conflicto 2010-2015”, liderada por una organización no gubernamental de carácter internacional, denominada Oxfam International, con sede en Colombia, que identificó como las prácticas más comunes la llamada “regulación de la vida social”, el acoso sexual, la violación, los servicios domésticos forzados, el aborto forzado, la prostitución forzada, el embarazo forzado y la esterilización forzada, conductas todas que en muchas ocasiones configuran un maltrato psicológico, adicionado con la dominación económica y la manipulación patrimonial.

¹⁸ *Ibíd.*

Entonces, lo que queda en evidencia, al leer los párrafos anteriores, es que los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, previstos en el numeral 3° del artículo 154 del Código Civil, según el texto reformado por el artículo 6° de la Ley 25 de 1992, como causal de divorcio, de separación de cuerpos, o de simple separación de bienes, son comportamientos que, en múltiples ocasiones, encierran agresiones sobre la psique del otro cónyuge (usualmente la mujer), muchas veces difíciles de percibir tanto por los peritos en temas de psicología, o de psiquiatría, como también por los jueces de la República. Esas dificultades se concretan, en mayor medida, en el manejo probatorio de los procesos judiciales en los que con tales hechos se pretenden edificar una causal válida para disolver el matrimonio.

Los expertos explican que, dentro de las relaciones de familia, en general, y conyugales, en particular, el maltrato psicológico se presenta en aquellos eventos en que al sujeto pasivo del maltrato lo hacen sentir mal, porque lo descalifican, lo desprecian, lo humillan o lo discriminan, afectando sus emociones y sentimientos, constriñendo su voluntad, o sometiéndolo a vejámenes y agresiones verbales o de comportamiento que terminan por afectar gravemente su dignidad personal, su autoestima, o su integridad psíquica, emocional y moral.

Frecuentemente se dan casos, al interior de la vida en familia, en que se produce el abandono emocional, la descalificación, las agresiones verbales y los insultos; las amenazas, la vigilancia y el control excesivos de los actos y relaciones del otro cónyuge; las falsas imputaciones de culpabilidad por los más normales acontecimientos de la vida doméstica; las críticas despreciativas y destructivas; las descalificaciones o el desprestigio del sujeto pasivo frente a sus parientes, amigos y relacionados; las críticas infundadas en contra de sus amistades; las burlas y otras actitudes que conllevan a castigos no físicos contra el otro cónyuge (violencia de pareja).

Esos mismos expertos señalan las graves consecuencias que puede traer sobre el individuo esta clase de conductas, y destacan los sentimientos de humillación; de culpabilidad o vergüenza; la baja autoestima; la inestabilidad emocional; la depresión; la pérdida o inestabilidad del sueño; las pesadillas; la excesiva dependencia afectiva y, en fin, otras clases de situaciones que dejan notorios daños en la víctima. Esas consecuencias también incluyen la anorexia, la bulimia, el consumo de sustancias alucinógenas o estupefacientes y del alcohol; y hasta los intentos de suicidio, o el suicidio mismo.

La Corte Constitucional, en sentencia T-967 de 2014, al estudiar y decidir una acción de tutela interpuesta por una mujer que demandaba el divorcio de su esposo, basada en la causal referente a “ultrajes, tratos crueles y maltratamientos de obra”,

causal que no fue aceptada por el juez de conocimiento alegando que no fue probada, amparó los derechos de la parte actora ordenando al Juzgado de origen proferir un nuevo fallo “en el que se tengan en cuenta todas las consideraciones de esta providencia referentes al principio de igualdad y no discriminación por razón del sexo y la especial protección que merece la mujer víctima de cualquier tipo de violencia”, y exhortó al Congreso y al Presidente de la República “para que, de acuerdo a sus respectivas funciones, emprendan las acciones pertinentes que permitan reconfigurar los patrones culturales discriminatorios y los estereotipos de género presentes aún en los operadores de justicia en Colombia”.

En esa misma providencia, la Corte Constitucional, al referirse a la violencia psicológica contra la mujer, hizo las siguientes precisiones:

“VIOLENCIA PSICOLÓGICA-Características

La violencia psicológica se ocasiona con acciones u omisiones dirigidas intencionalmente a producir en una persona sentimientos de desvalorización e inferioridad sobre sí misma, que le generan baja de autoestima. Esta tipología no ataca la integridad física del individuo sino su integridad moral y psicológica, su autonomía y desarrollo personal y se materializa a partir de constantes y sistemáticas conductas de intimidación, desprecio, chantaje, humillación, insultos y/o amenazas de todo tipo. Se trata de una realidad mucho más extensa y silenciosa, incluso, que la violencia física y puede considerarse como un antecedente de ésta. Se ejerce a partir de pautas sistemáticas, sutiles y, en algunas ocasiones, imperceptibles para terceros, que amenazan la madurez psicológica de una persona y su capacidad de autogestión y desarrollo personal. Los patrones culturales e históricos que promueven una idea de superioridad del hombre (machismo – cultura patriarcal), hacen que la violencia psicológica sea invisibilizada y aceptada por las mujeres como algo “normal”. Los indicadores de presencia de violencia psicológica en una víctima son: humillación, culpa, ira, ansiedad, depresión, aislamiento familiar y social, baja autoestima, pérdida de la concentración, alteraciones en el sueño, disfunción sexual, limitación para la toma de decisiones, entre otros. La violencia psicológica a menudo se produce al interior del hogar o en espacios íntimos, por lo cual, en la mayoría de los casos no existen más pruebas que la declaración de la propia víctima”¹⁹.

En otra sentencia, también proferida por la Corte Constitucional, se dice sobre el tema de la violencia psicológica lo siguiente:

“Según la Organización Mundial de la Salud, existen conductas específicas de violencia psicológica. Por ejemplo, cuando la mujer es insultada; cuando es humilla-

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-967, del 15 de diciembre de 2014, Exp. T-4143116, M.P.: Gloria Stella Ortiz Salgado.

da delante de los demás; cuando es intimidada o asustada a propósito; cuando es amenazada con daños físicos (de forma directa o indirecta, mediante la amenaza de herir a alguien importante para ella); impedirle ver a sus amigos y/o amigas; limitar el contacto con su familia; insistir en saber dónde está en todo momento; ignorarla o tratarla con indiferencia; enojarse con ella si habla con otros hombres; acusarla constantemente de ser infiel; controlar su acceso a la atención en salud”²⁰.

Obviamente, de estas actitudes también pueden ser víctimas otros miembros de la familia (violencia doméstica), frecuentemente los hijos, en cuyo caso, desde el punto de vista jurídico, también encajarían en la causal tercera de divorcio del matrimonio civil, o de cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, sin perjuicio de otras acciones judiciales que podrán ventilarse autónomamente, con apoyo en tales hechos.

Desde luego que podría alegarse que dentro del Derecho Matrimonial colombiano no existe una norma específica que defina la violencia emocional o psicológica como causal para promover la disolución del matrimonio. Sin embargo, si se examina cuidadosamente la Ley, es posible verificar que en el numeral 3° del varias veces mencionado artículo 154 del Código Civil, se considera que también son constitutivos de divorcio del matrimonio civil (o de cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos), “Los ultrajes (...)” que, como tales, no tienen una connotación puramente física, sino que pueden abarcar el campo de las emociones. Obsérvese que los ultrajes implican manifestaciones injuriosas, ofensivas o despreciativas que pueda hacer un cónyuge al otro, o a sus hijos. Esos ultrajes pueden ser verbales o físicos, incluyendo en el primer caso las ofensas, los insultos, afrentas o agravios.

Pero, pese a esa falta de precisión jurídica en la legislación civil, pensamos que es procedente acudir a varias disposiciones legales que tratan y sancionan el maltrato psicológico. Por ejemplo, el artículo 229 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, al referirse a la violencia intrafamiliar como delito, sanciona a aquella persona que “maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar”, y establece como circunstancia de agravación punitiva los casos en que la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica, o en estado de indefensión.

De acuerdo con una recta lectura de esta norma penal, el maltratamiento no solo es de carácter físico, sino también de tipo psicológico. Desde esta última perspectiva,

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-012, del 22 de enero de 2016, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

la del daño psicológico, el Código Penal se refiere a aquellos comportamientos que produzcan alteraciones de las funciones mentales o la perturbación psíquica que, como delito autónomo, consagra el artículo 115 del mismo estatuto criminal. Nótese que esta última disposición legal sanciona la “perturbación psíquica”, tanto transitoria, como permanente.

Es más: este ejercicio interpretativo puede extenderse, por analogía y guardando los parámetros de igualdad de derechos y de trato legal entre las personas, cualquiera que sea su sexo, al contenido de la Ley 1257, de diciembre 4 de 2008, “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.

El artículo 2° de dicha Ley define la violencia contra la mujer, de la siguiente manera:

Ley 1257 de 2008

“ART. 2°. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.- Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer; así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado. (...)”.

Y el literal a) del artículo 3° de la misma Ley define el daño psicológico de la siguiente manera:

Ley 1257 de 2008

“ART. 3°. CONCEPTO DE DAÑO CONTRA LA MUJER.- Para interpretar esta ley, se establecen las siguientes definiciones de daño:

a) Daño psicológico: Consecuencia proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal. (...)”.

En el anterior orden de ideas, no abrigamos ninguna duda de que cuando el Juez que conozca de una acción de divorcio, de separación de cuerpos o de bienes, etc., reciba las pruebas de cualquier comportamiento de uno de los cónyuges, encaminado a intimidar, manipular, amenazar, insultar, o cualquier otra conducta similar, en contra de uno de ellos, es decir, cuando se le acredite un maltrato emocional o psicológico,

puede dictar sentencia condenatoria en contra del cónyuge infractor. Decisión que, en armonía con el numeral 2° del artículo 154 del Código Civil, también consideramos procedente cuando las víctimas de tales actos sean los hijos comunes del matrimonio.

De otra parte, aunque tampoco hay disposiciones legales específicas sobre este asunto, otros hechos que eventualmente son constitutivos de las causales de divorcio previstas en los citados numerales 2 y 3 del artículo 154, podrían ser los que desarrollan la conducta que se ha dado en denominar “La violencia económica y el daño patrimonial”.

La ya mencionada Ley 1257, del 4 de diciembre de 2008, al definir esta clase de daños, dice lo siguiente:

Ley 1257 de 2008

“ART. 3°. CONCEPTO DE DAÑO CONTRA LA MUJER.- Para interpretar esta ley, se establecen las siguientes definiciones de daño: (...)

d) Daño patrimonial: Pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o económicos (sic) destinados a satisfacer las necesidades de la mujer”.

Insistimos en aclarar, una vez más, que aunque la Ley parcialmente transcrita contiene normas de “sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres”, y no obstante que esa cita legal se hace únicamente como un referente, consideramos procedente aplicar sus conceptos a los hombres que se encuentren en las mismas o similares situaciones, tal como corresponde a algunos criterios expuestos por la Corte Constitucional al declarar exequibles, de manera condicionada en ese sentido, algunas normas que inicialmente fueron expedidas para proteger únicamente a las mujeres²¹.

Desde esta perspectiva, pues, cualquier acción u omisión que le cause al otro cónyuge un daño económico o patrimonial, bien podría invocarse como causal de divorcio.

Dentro de una cultura exageradamente machista que existe en algunas regiones colombianas, es frecuente ver a los hombres constreñir o coaccionar a sus esposas a

²¹ Véase, por ejemplo, la Sentencia de la Corte Constitucional C-964, del 21 de octubre de 2003, M.P.: Álvaro Tafur Galvis, en la que esa Corporación declaró exequible la Ley 82 de 1993, pero de manera condicionada, “en el entendido, que los beneficios establecidos (...) a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se harán extensivos a los hijos menores y a los hijos impedidos dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia (...)”.

través de manipulaciones económicas que afectan gravemente la vida doméstica y hasta perturban su propia salud emocional. A veces ocurre que un cónyuge, que tiene el control de los activos y de los ingresos económicos de la familia, suspende los más corrientes pagos del hogar, como, *verbi gratia*, los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, de energía eléctrica, gas, teléfono, o las facturas de televisión por cable, o la cuota mensual de sostenimiento y administración del condominio, o los gastos de los seguros médicos, las matrículas y pensiones escolares de los hijos, etc. Son arbitrarias posturas que adopta alguno de ellos (usualmente el marido) en contra del otro, o de sus hijos. Inclusive, se dan casos en que la mujer, por ejemplo, dependiente económicamente de su esposo, se ve abruptamente precipitada a interrumpir tratamientos médicos, odontológicos o psicológicos, por la imposibilidad que tiene de sufragar los costos inherentes a tales servicios profesionales, ante el bloqueo económico promovido por su pareja.

Independientemente de que esa clase de actitudes puedan configurar autónomamente algún tipo penal, como los delitos de inasistencia alimentaria o de violencia intrafamiliar, por ejemplo, resulta procedente que sean tenidos en cuenta para establecer las circunstancias y causales de incumplimiento del contrato matrimonial, o de desatención grave e injustificada de los deberes y compromisos para con los hijos.

La Corte Constitucional, en reciente sentencia de tutela, examinó los alcances de comportamientos de este tipo, hizo un pormenorizado análisis de los estatutos jurídicos, tanto nacionales como internacionales, de protección de los derechos de las mujeres, y optó por acoger las pretensiones de la parte demandante de la tutela, con base en unas consideraciones que pueden ilustrar ampliamente algunas situaciones en donde las manifestaciones de violencia afectan los derechos económicos o patrimoniales de alguno de los cónyuges (la mujer, en el caso particular de la sentencia de tutela que se comenta).

En esa sentencia, distinguida con el número T-012, del 22 de enero de 2016, la Corte se refiere, como ilustración jurídica del caso sometido a su decisión, al Sistema Universal y Regional de Protección de Derechos Humanos y a los Derechos de las mujeres, y menciona a ese respecto los siguientes instrumentos: la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1981); la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993) y; la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), todos ellos emanados de diversas dependencias de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

Y agrega que, en el marco del Sistema Interamericano, la Organización de Estados Americanos (OEA), en las Convenciones Americana sobre Derechos Humanos e

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” (1995), también ha adoptado este tipo de medidas que buscan la protección integral de los derechos de la mujer y la eliminación de todo tipo de discriminación, y advierte que algunas de estas normas han sido incorporadas al bloque de constitucionalidad.

Seguidamente, la Corte Constitucional rememora la normatividad colombiana sobre la protección de los derechos de las mujeres en Colombia, informando que, tanto a nivel legal como jurisprudencial, se han expedido una serie de normas y expresado unos principios que persiguen el propósito anteriormente descrito. Por ejemplo “en temas económicos, laborales y de protección a la maternidad, de acceso a cargos públicos, de libertades sexuales y reproductivas, de igualdad de oportunidades; a la violencia contra la mujer y las formas de combatirla, entre muchas otras”.

Para ser más precisa, la Corte acudió a la sentencia T-967 de 2014 (M.P. Gloria Ortiz Delgado), en la que se resumieron los estándares legales de protección de la mujer en Colombia. Dice que “el Legislador, en 1996, expidió la Ley 294 de 1996 por medio de la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución y se dictan disposiciones para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”.

En esa norma, entonces, se emitieron directrices y principios que toda autoridad debe acatar cuando se solucione (sic) casos de violencia intrafamiliar. Entre ellos se destacan “a) la primacía de los derechos fundamentales y el reconocimiento de la familia como institución básica de la sociedad; b) que toda forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y por lo tanto, será prevenida, corregida y sancionada por las autoridades públicas; c) la igualdad de derechos y oportunidades del hombre y la mujer”, entre otros. De la misma manera, se establecieron medidas de protección en favor de la mujer cuando ocurren este tipo de eventos y la manera sobre cómo proceder para asistir a las víctimas”.

Agrega que, “En el mismo sentido (...) se promulgó la Ley 1257 de 2008, por medio de la cual se dictaron normas con el propósito de “*garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, y la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización*”. (...) “Así mismo, la Ley 1257 de 2008 incorporó una serie de daños que se ocasionan a las mujeres cuando se presentan actos de violencia y/o discriminación. La importancia de estas disposiciones radica en que el Legislador incorporó en nuestro ordenamiento un tratamiento especial para este tipo de eventos, a la vez que reconoció que cuando los actos de violencia contra las mujeres deben ser resueltos y analizados

con base en criterios diferentes a los que tradicionalmente se utilizan. Con base en lo anterior, el artículo 2, por ejemplo, establece que “por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado”²².

De manera que es la misma Corte Constitucional la que le dio apoyo legal a las decisiones que tomó en el caso particular que seleccionó para su revisión.

El caso concreto hace relación a una señora que contrajo matrimonio y que poco tiempo después de haberse casado fue víctima de violencia física, psicológica y económica producida por los malos tratos recibidos de su esposo. La mujer afirmó que durante todo su matrimonio soportó golpes, burlas en público y humillaciones. Que, por esos motivos, interpuso una demanda en la que el Juez de conocimiento decretó la cesación de los efectos civiles, por divorcio, del matrimonio entre la accionante y su entonces marido, por la causal de ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra. Narra que, en segunda instancia, la Sala de Familia del Tribunal Superior competente confirmó la sentencia emitida por el *a quo*, pero negó el derecho de la accionante a recibir alimentos por parte de su ex cónyuge, argumentando que la violencia entre los esposos había sido recíproca de acuerdo con los diferentes testimonios que fueron aportados al proceso.

La acción de tutela fue interpuesta porque, a juicio de la demandante, el Tribunal de segunda instancia le cercenó sus derechos de supervivencia, no obstante haber sido víctima de esos maltratamientos, y argumentó que la sentencia “vulnera sus derechos al debido proceso y mínimo vital porque la revictimiza al negarle el derecho a alimentos”, teniendo en cuenta que “parte del maltrato económico ejercido por su ex esposo consistió en dejar de pagar los servicios públicos domiciliarios en su hogar, así como impedirle, mediante la falta de provisión de recursos económicos, hacer mercado para conseguir los bienes básicos para su subsistencia”. Situación a la cual se agrega el hecho de que su marido fue condenado a pena privativa de la libertad, como autor del delito de violencia intrafamiliar, y la circunstancia de que se trataba de una persona pudiente, con altos ingresos económicos. También se menciona en los hechos que dieron lugar a la acción de tutela, que fue tal la persecución económica del esposo en su contra, que hasta hizo practicar la medida de secuestro de los bienes muebles que se encontraban en su apartamento y ha abusado del control de

²² Corte Constitucional, Sentencia T-012, del 22 de enero de 2016, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

la administración de los bienes, como pareja, e incurrido en actos tendientes a su apoderamiento ilegal, a través de la creación de sociedades ficticias.

Dentro de las consideraciones y fundamentos tenidos en cuenta por la Corte Constitucional para proferir la sentencia de tutela que estamos comentando, algunos hacen referencia a los escenarios de violencia en contra de las mujeres y a la discriminación de género en las decisiones judiciales. Se precisa en tales consideraciones que “también han identificado formas de violencia en contra de la mujer que a pesar de no ser evidentes, tienen una relevancia jurídica especial al momento de que las autoridades públicas cumplan con sus funciones. Esta Corte reconoce –dice la sentencia de tutela– que aún persisten dificultades al judicializar algunas formas de discriminación que por cargas probatorias, en algunos casos excesivas, son difíciles de visibilizar”.

En su fallo, la Corte Constitucional hace las siguientes consideraciones relacionadas con la violencia en contra de las mujeres:

“Tipología de violencia en contra de las mujeres.

Como se señaló, la ley 1257 de 2008 incorporó en nuestro ordenamiento, acorde con estándares internacionales, diferentes formas de violencia. El propósito de esa norma no es otro distinto al de visibilizar otros, no por ello nuevos, escenarios de agresión. En efecto, criterio que comparte esta Sala, en muchas ocasiones, la opresión contra esta población es difícil de percibir.

El artículo 2 de la mencionada ley, establece que la violencia en contra de la mujer se puede ocasionar por cualquier acción u omisión que cause algún tipo de daño. Este sufrimiento, sin embargo, produce distintos efectos como por ejemplo físicos, sexuales, psicológicos económico o patrimonial, cuando quiera que se generen por el hecho de ser mujer. Por su parte, el artículo 3 sintetiza esta clase de daños (...).

Esa clase de daños se pueden presentar en el ámbito público o privado. Por ejemplo, en la sentencia T-967 de 2014 la Corte estudió un caso sobre violencia doméstica. En aquella oportunidad, esta Corporación destacó que por violencia intrafamiliar se entiende como aquella que se propicia por el daño físico, emocional, sexual, psicológico o económico que se causa entre los miembros de la familia y al interior de la unidad doméstica. Esta se puede dar por acción u omisión de cualquier miembro de la familia.

A su vez, en la sentencia C- 408 de 1996, reiterada por la T-967 de 2014, este Tribunal Constitucional sostuvo que “las mujeres están también sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo (CP art. 13) sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles, prohibidos por la Constitución (CP arts. 12, y

42) y por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, según la Relatora Especial de Naciones Unidas de Violencia contra la Mujer (sic), ‘la violencia grave en el hogar puede interpretarse como forma de tortura mientras que las formas menos graves pueden calificarse de malos tratos en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos’.

En el asunto concreto de la violencia económica, la Corte Constitucional explica sus características y sostiene lo siguiente:

“Por otra parte, la violencia contra la mujer también es económica. Esta clase de agresiones son muy difíciles de percibir, pues se enmarcan dentro de escenarios sociales en donde, tradicionalmente, los hombres han tenido un mayor control sobre la mujer. A grandes rasgos, en la violencia patrimonial el hombre utiliza su poder económico para controlar las decisiones y proyecto de vida de su pareja. Es una forma de violencia donde el abusador controla todo lo que ingresa al patrimonio común, sin importarle quién lo haya ganado. Manipula el dinero, dirige y normalmente en él radica la titularidad de todos los bienes. Aunque esta violencia también se presenta en espacios públicos, es en el ámbito privado donde se hacen más evidentes sus efectos.

Por lo general, esta clase de abusos son desconocidos por la mujer pues se presentan bajo una apariencia de colaboración entre pareja. El hombre es el proveedor por excelencia. No obstante, esa es, precisamente, su estrategia de opresión. La mujer no puede participar en las decisiones económicas del hogar, así como está en la obligación de rendirle cuentas de todo tipo de gasto. Igualmente, el hombre le impide estudiar o trabajar para evitar que la mujer logre su independencia económica, haciéndole creer que sin él, ella no podría sobrevivir.

Es importante resaltar que los efectos de esta clase violencia se manifiestan cuando existen rupturas de relación, pues es ahí cuando la mujer exige sus derechos económicos, pero, como sucedió a lo largo de la relación, es el hombre quien se beneficia en mayor medida con estas particiones. De alguna forma, la mujer “compra su libertad”, evitando pleitos dispendiosos que en muchos eventos son inútiles”²³.

14.3.4 Causal cuarta

“4ª La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.”

La embriaguez supone un exceso en el uso o consumo de licores e implica un enajenamiento del ánimo. Además de las consecuencias sobre el organismo, en la mayoría de los casos también produce desinhibición en el individuo, al hacer que éste se exprese y actúe con ausencia de respeto por las formalidades propias de la vida en familia, y,

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-012, del 22 de enero de 2016, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

en algunas ocasiones, contra los convencionalismos de la sociedad, generando muchas veces un cambio conductual agresivo, causante de muchos conflictos en las relaciones domésticas. Pero, para que sea causal de divorcio, se requiere que sea habitual, es decir, que se haga, se padezca o se posea con continuación o por hábito.

Desde ese punto de vista, pensamos nosotros que necesariamente no hay que confundir la embriaguez habitual con el alcoholismo, entre otras razones porque es posible que alguien incurra en ese hábito, sin que necesariamente tenga esa clase de padecimientos o enfermedades, consistentes en la necesidad de ingerir licor como consecuencia de una dependencia física del mismo.

Lo anterior significa que, como se ha visto en varias oportunidades, una persona que padezca de esa enfermedad (según la Organización Mundial de la Salud se la considera como una enfermedad incurable, progresiva y mortal), no necesariamente se embriague habitualmente. Se sabe de casos en que el cónyuge, siendo consciente de su padecimiento, y que, bajo ciertas circunstancias, considere que tiene una predisposición genética o una predisposición mental al consumo de sustancias etílicas, responsablemente no ingiere licor, precisamente porque conoce que esa dependencia puede causarle irreparables daños en su salud física, o exponer las relaciones sociales y de familia. Por algo, científicamente se encuentra aceptado que esta enfermedad no solo afecta al adicto, sino que también repercute negativamente en la vida de los seres que se encuentran en su entorno y se dice de personas que, siendo alcohólicas, se mantienen sobrias por largos períodos, como consecuencia de su voluntad responsable y de su compromiso por vencer este padecimiento. En otras palabras, puede haber personas que, sin ser alcohólicas, se embriaguen habitualmente, caso en el cual su comportamiento puede dar lugar a pretender el divorcio acudiendo a la causal cuarta del artículo 154 del Código Civil; en tanto que puede haber otras que, pese a soportar la enfermedad del alcoholismo, no ingieren licor y, por lo tanto, no pueden ser acusadas de embriaguez habitual.

Estas consideraciones vale la pena tenerlas en cuenta, para no incurrir en imprecisiones jurídicas que podrían hacer fracasar una acción judicial de divorcio, o conducir a una sentencia incongruente.

14.3.5 Causal quinta

“5ª El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.”

La drogadicción está catalogada como un tipo de enfermedad consistente en la dependencia de una persona de sustancias que producen alucinación, en razón a que

afectan el sistema nervioso central y las funciones cerebrales, con alteraciones en el comportamiento, el juicio, la percepción y las emociones del individuo. Científicamente se considera que los efectos de esa clase de sustancias son variados, dependiendo del tipo de droga que se consume, así como también de la cantidad y la frecuencia con que se haga.

Estas sustancias alucinógenas generan dependencia por parte de quien las ingiere, tanto física, como también psíquica, que en algunos casos y bajo ciertas circunstancias puede ser tan fuerte, que termina con una marcada necesidad de su consumición, generando trastornos en la vida laboral, en las relaciones interpersonales, en las actividades académicas y en las relaciones familiares.

Como se puede observar de la lectura de esta causal, se trata del uso de sustancias, generalmente drogas, que producen alucinación, es decir, que trae como consecuencia la afectación severa en los sentidos. Y, como en el caso de la causal anterior, también se exige que sea habitual o continua, es decir, que corresponda a un estado patológico, para que pueda ser invocada como causal de divorcio.

Se descartan aquellos eventos en que este tipo de sustancias es usado por orden o prescripción médica, en cuyo caso no se comete una falta sancionable con el divorcio.

Tanto el alcoholismo, como la farmacodependencia o drogadicción, se han convertido en una de las principales causas de divorcio, especialmente entre parejas jóvenes. Ello posiblemente obedece a que, la mayoría de las veces, traen como consecuencia la falta de responsabilidad del cónyuge, generalmente el marido, en los asuntos económicos del hogar. Quizás por esa razón, estos hechos no vienen solos, ni es usual que se invoquen como única causa para impetrar el divorcio, puesto que suelen ir acompañados de otras conductas violatorias de los deberes entre los esposos, o de las responsabilidades paternas, como los ultrajes, los maltratamientos de obra, la violencia psíquica, la desatención de los deberes alimentarios, el abandono, etc., repercutiendo negativamente en la vida matrimonial. Y ello se explica porque son muchos los casos en que el alcoholismo o la drogadicción son generadores de injurias y vejaciones del cónyuge afectado para con los otros miembros de la familia, todo lo cual hace aconsejable terminar con la convivencia, en interés de la familia, para prevenir males mayores.

14.3.6 Causal sexta

“7ª Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.”

Pervertir es viciar con malas doctrinas, o con malos ejemplos, las costumbres, la fe, los comportamientos sociales, etc., es decir, corromper las costumbres, o el estado habitual o normal de las cosas.

Sobre este particular, debe advertirse que no se trata únicamente, de que un cónyuge pretenda pervertir al otro, sino que es también causal de divorcio esa misma conducta cuando recaiga sobre un descendiente, o una persona que se encuentre bajo el cuidado del victimario, y conviva bajo el mismo techo.

Son casos de perversión, entre otros, por ejemplo, la propuesta de un cónyuge para prostituir a su consorte; la incitación de un cónyuge al otro, o a otro miembro de la familia que conviva con él, para cometer algún acto delictuoso o criminal; el abuso sexual, etc.

14.4 Causales de divorcio remedio

14.4.1 Causal séptima

“6ª Toda enfermedad, o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial”.

Como puede apreciarse de la mera lectura del texto contenido en el numeral 6° del artículo 6° de la Ley 25 de 1992, que subrogó el artículo 154 del Código Civil, una enfermedad, para que sea causal de divorcio, ya sea física o psíquica, debe reunir las siguientes características: (i) debe ser grave; (ii) debe ser incurable; (iii) debe poner en peligro la salud psíquica o física del otro cónyuge; y, (iv) debe imposibilitar la comunidad matrimonial.

Esta causal de divorcio no estaba consagrada en el texto original del Código Civil; por el contrario, en aquella época la teoría que predominaba era que, en caso de enfermedad o anormalidad graves de uno de los cónyuges, el otro le debía suministrar cuidado y ayuda. Así estuvo consagrado también en el Código Civil francés, hasta cuando, en 1975, fue introducida una reforma a la legislación de ese país mediante una Ley de dicho año, en la que se estipuló el concepto ya enunciado del “divorcio remedio”.

En Colombia, el artículo 154 original del Código Civil no solo no consagraba la enfermedad como causal de divorcio, sino que el mismo artículo 155, ya derogado, estipulaba lo siguiente:

Código Civil

“ART. 155. La demencia, la enfermedad contagiosa y cualquier otra desgracia semejante en alguno de los cónyuges no autoriza el divorcio, pero podrá el juez, con conocimiento de causa y a instancia del otro cónyuge, suspender breve y sumariamente, en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando sin embargo subsistentes las demás obligaciones conyugales para con el esposo desgraciado”.

Más tarde, por medio de la citada Ley 1ª de 1976, a través del artículo 5º se modificó el contenido del mencionado artículo 155, con el siguiente texto:

Código Civil

“ART. 155. Subrogado, Ley 1ª de 1976, Art. 5º.- El juez solo decretará el divorcio cuando los hechos constitutivos de la causal probada hayan producido un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento de la unidad de vida de los casados.

Sin perjuicio de la separación de cuerpos, solicitada en forma subsidiaria, podrá el Juez negar el divorcio, si lo considera moralmente no justificado, en atención al interés de los hijos menores, a la antigüedad del matrimonio y a la edad de los cónyuges.

Con todo, una vez hayan cesado las anteriores circunstancias de no justificación moral de la pretensión de divorcio, establecidas en consideración a los hijos, podrá decretarse el divorcio, aun por los mismos hechos alegados inicialmente”.

Empero, en la reforma que había sido introducida por la Ley 1ª de 1976, siguiendo la nueva doctrina francesa, se consagró que “Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial”, como causal de divorcio remedio, pero para aquel entonces, armonizando este precepto con el contenido en el transcrito y derogado artículo 155, la disolución del matrimonio por esta vía sólo procedía “cuando los hechos constitutivos de la causal probada hayan producido un desquiciamiento profundo de la comunidad de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento de la unidad de vida de los casados”.

El artículo 155 fue expresamente derogado por el artículo 15 de la Ley 25 de 1992. Y el artículo 6º de esta nueva Ley, que subrogó en su integridad el artículo 154 del Código Civil, eliminó este elemento subjetivo y dejó el texto en la forma escueta como ha sido trascrito.

Los casos más frecuentes, hoy en día, de esta clase de causales, corresponden a las personas que padecen el virus del VIH, o sida (síndrome de inmunodeficiencia

adquirida); o el herpes (enfermedad infecciosa caracterizada por la inflamación de ciertos ganglios nerviosos); la hepatitis B (inflamación del hígado), o la sífilis terciaria, o algunos casos especiales de discapacidad mental, como ciertos tipos de esquizofrenia, o, inclusive, determinados grados de la enfermedad bipolar afectiva, todos los cuales revisten las características de gravedad, son incurables, ponen en peligro la salud del otro cónyuge precisamente por su carácter contagioso o transmisible, o porque un cónyuge puede terminar siendo víctima de una grave agresión y, por ello mismo, hacen imposible, por lo riesgosa, la comunidad del matrimonio.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-246, de abril 9 de 2002, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, declaró la exequibilidad del numeral 6° del artículo 154 del Código Civil, pero en el entendido de que, pese al divorcio decretado por esa causa, subsisten las obligaciones alimentarias entre los excónyuges, precisamente como consecuencia de los deberes de solidaridad y socorro que imperan en el contrato matrimonial.

En la mencionada sentencia, la Corte Constitucional hizo algunas consideraciones que conviene reproducir, para un cabal entendimiento de esta causal de divorcio. En primer lugar, se refirió al “Deber de solidaridad en las relaciones entre cónyuges. Alcance de la obligación de socorro y ayuda mutua y su conexión con el principio de la dignidad humana así como con derechos fundamentales”, para decir lo siguiente:

“En esta oportunidad, los actores acusan la disposición legal que consagra como causal de divorcio la enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o mental, que padece uno de los esposos que ponga en peligro la salud mental o física del otro e imposibilite la comunidad matrimonial—en adelante la Corte reemplaza el término “anormalidad” por el de “discapacidad” por el carácter peyorativo del primero—. Podría pensarse que esta causal de divorcio es contraria al deber constitucional de solidaridad, lo que supondría la existencia de un deber de permanecer, pese a todo, casado. Este no es, sin embargo, el alcance del deber contenido en el artículo 95 de la Constitución cuando exige, no mantener una relación jurídica o un vínculo matrimonial, sino realizar acciones, v.g., responder “con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”. En efecto, la función del deber de solidaridad que se expresa en las relaciones conyugales, cuando se señala que una de las finalidades del matrimonio está constituida por el auxilio mutuo que se deben el hombre y la mujer que libremente deciden casarse (artículos 113 y 176 C.C.) no supone que, ante la existencia de circunstancias que configuran alguna de las causales de divorcio definidas por la ley, los cónyuges deban permanecer casados. El ámbito en el que se pueden materializar las acciones humanitarias

con las que uno de los cónyuges responde ante situaciones que ponen en peligro la vida digna del otro, no depende de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, pues aunque el hecho del divorcio pone fin al vínculo existente entre los esposos no extingue por completo las obligaciones definidas en la ley. El propio legislador decidió que después del divorcio este deber legal que concreta uno de los fines del matrimonio continua si bien reducido eventualmente a una dimensión económica (artículo 160 C.C.) puesto que el cónyuge culpable debe, cuando se dan las condiciones señaladas por el legislador, pagar alimentos al cónyuge inocente dentro de la visión del derecho civil en el cual se denota una concepción del divorcio como sanción, cuando éste no es mutuamente acordado (artículo 411, numeral 4, C.C.).

En este orden de ideas, cuando se rompe el vínculo conyugal, las aludidas obligaciones de socorro y ayuda se reducen en la medida en que las prestaciones de orden personal no siguen siendo exigibles y también se transforman, pues algunas obligaciones económicas pueden subsistir en condiciones específicas.

No obstante, la persona del cónyuge con una enfermedad o discapacidad grave está constitucional y legalmente protegida. La obligación de socorro y ayuda se deduce de los derechos y deberes recíprocos de la pareja (artículo 42 C.P.), así como del principio de respeto a la dignidad humana (artículo 1 C.P.) que impide la instrumentalización del otro mediante su abandono en situaciones precarias de salud cuando ya no “sirve” a los propósitos del otro cónyuge. El carácter antiutilitario de la Constitución reflejado en la elevación de la dignidad humana principio fundante del Estado (artículo 1 C.P.), así como los deberes de la pareja fundamentan constitucionalmente el deber conyugal de socorro y ayuda.

La obligación de socorro y ayuda que la ley predica de los cónyuges casados (artículo 176 C.C.) comprende varias dimensiones que cobijan, entre otras cosas, prestaciones de carácter personal y económico que hacen posible la vida en común y el auxilio mutuo. A través de estos vínculos no sólo se manifiesta el deber constitucional de solidaridad, sino que también se desarrolla el principio de reciprocidad que caracteriza la relación conyugal. No está en juego, entonces, la simple materialización de un deber referido por la Carta Política sino también la protección de la igualdad entre los miembros de la pareja matrimonial puesto que la obligación es mutua y semejante para cada uno. Además, esta obligación también contribuye al goce efectivo de la autonomía de cada esposo, en la medida en que la ayuda de uno a otro le permita desarrollar libremente el proyecto de vida que escoja. Por ello, si bien la obligación mencionada desarrolla un deber constitucional, también se inscribe dentro del goce de igualdad y de autonomía”.

Más adelante, en la misma sentencia, la Corte Constitucional precisó que “Las obligaciones conyugales tienen límites”, lo que explicó con las siguientes palabras: “Las obligaciones de cada uno de los cónyuges hacia el otro no son ilimitadas. El carácter inalienable de los derechos de la persona (artículo 5 C.P.) excluye el sacrificio de

los derechos fundamentales, y así, no es posible exigir a uno de los cónyuges que permanezca casado cuando tal hecho vulnera o amenaza los derechos a la vida, a la integridad, a la igualdad o a la autonomía personal del otro. De este modo, y tal como lo refiere el contenido normativo de la disposición acusada, las obligaciones existentes entre los esposos no se extienden al punto de exigir la convivencia cuando la salud está en peligro y, además, la vida en comunidad es imposible. La obligación de socorro y ayuda que emana del matrimonio impone a los cónyuges auxiliar, acompañar y apoyar al cónyuge gravemente enfermo o discapacitado. Pero tal obligación tiene límites constitucionales: a nadie le es exigible jurídicamente sacrificios tan gravosos que pongan en peligro la existencia del propio ser; así como tampoco el exponer a riesgo la propia salud o renunciar a la decisión autónoma de optar por convivir armónicamente en una familia.

Los límites constitucionales de la obligación conyugal de socorro y ayuda también tienen un fundamento constitucional en el deber de cuidar de la salud propia (artículo 49 inciso 5 C.P.), en el derecho a la salud (artículo 49 C.P.) y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 C.P.). Esta obligación debe ser interpretada, entonces, de conformidad con la Constitución. Además, ello supone el establecimiento de restricciones objetivas y razonables al mencionado deber de solidaridad. De ordinario, el deber consiste en la exigencia de una conducta que implica el sacrificio de algún interés del actor; o que contraría la tendencia que busca un objeto gratificante. Pero tal sacrificio está al alcance del ciudadano normal, es decir, no se requiere de condiciones humanas excepcionales para cumplir los deberes que posibilitan la convivencia. Desde una perspectiva constitucional al cónyuge no se le puede exigir una actitud heroica ni que asuma la postura del mártir. Por ello, una ponderación entre los deberes, y entre éstos y los derechos contrapuestos, es ineludible”.

Más adelante, la Corte hizo lo que llamó un “Análisis de la armonización efectuada por el legislador entre los deberes y derechos enfrentados”, y dijo: “Mediante el artículo 6 de la Ley 25 de 1992 el legislador armoniza entre los deberes conyugales y los derechos de los cónyuges ante una situación extrema que reúne tres condiciones: 1) la enfermedad o discapacidad grave e incurable de uno de los cónyuges; 2) la consecuente amenaza a la salud del otro; y, 3) la imposibilidad de la comunidad matrimonial. Sólo la concurrencia de estas tres condiciones justifica la disolución del vínculo matrimonial.

El legislador tiene por mandato de la Constitución un margen razonable para fijar la política en materia de familia y de divorcio (artículo 42, inciso 9, C.P.). Sin embargo, no puede en el ejercicio de la competencia de configuración legislativa desproteger un derecho o un principio constitucional, ni desproteger la protección de los derechos fundamentales como la igualdad o la autonomía. Tampoco puede establecer una carga excesivamente gravosa sobre un derecho con el fin de maximizar el cumplimiento de un deber. Además, si hay limitación específica de un derecho ella debe ser razonable.

Ahora bien, las condiciones en que puede ser invocada la causal 6ª del artículo 154 del Código Civil (modificado por la Ley 1ª de 1976, art. 4º y por la Ley 25 de 1992, art. 6º) aquí demandada, no desprotegen a la familia ni vulneran los derechos del cónyuge enfermo o discapacitado, por las siguientes razones:

La causal 6ª de divorcio no alude a cualquier enfermedad o discapacidad. No basta para pretender la disolución del vínculo matrimonial con que uno de los cónyuges esté enfermo o se vea afectado por una discapacidad. De hecho, la obligación conyugal de socorro y ayuda es exigible especialmente en situaciones como éstas que afectan a uno de los miembros de la pareja. Es en circunstancias de debilidad o necesidad donde adquiere mayor trascendencia la obligación del cónyuge sano de prestar socorro y auxilio al otro. Tampoco basta que la enfermedad o discapacidad sea grave. El legislador ha estimado que el deber conyugal de cuidado y ayuda es exigible incluso en caso de que la enfermedad o discapacidad sea severa. Esto supone que así la carga impuesta al cónyuge sano sea pesada en atención a la gravedad de la enfermedad y los efectos de ésta sobre la vida en común, la significación de la obligación de socorro y ayuda en estas circunstancias es aún mayor; lo que explica que el legislador haya optado por una exigente regulación legal en materia de divorcio para estas hipótesis.

De este modo, para que se configure la primera condición contemplada por el legislador para admitir el divorcio se requiere que además de la gravedad de la enfermedad o discapacidad, ella sea incurable. Se requiere la existencia de una afección que tiene vocación de permanencia e irremediabilidad, circunstancia que, en todo caso, deberá ser concurrente con los otros dos requerimientos establecidos por la disposición demandada.

Las altas exigencias para el cumplimiento de la primera condición de la causal de divorcio acusada de inconstitucionalidad muestran la opción legislativa de adoptar medidas para el aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones recíprocas entre los cónyuges que concretan el deber constitucional de solidaridad, así como la decisión de amparar a la familia como institución básica de la sociedad (artículo 5 C.P.). No obstante, los derechos de ninguno de los cónyuges pueden quedar en estado de desprotección. Por eso, las restantes dos condiciones que vienen a sumarse a la grave e incurable enfermedad o discapacidad buscan garantizar los derechos del otro cónyuge.

No basta, entonces, constatar la situación de salud de uno de los cónyuges. La enfermedad o discapacidad del cónyuge, en atención a su gravedad y pese a su carácter de incurable, no exoneran al cónyuge de sus deberes conyugales. Se requiere, además, que esta situación incida en el otro cónyuge, esto es, que ponga en peligro su salud.

De esta forma, la causal de divorcio presupone unas circunstancias extremas donde se verifica la afectación del derecho a la salud del cónyuge que invoca la causal y donde cobra relevancia el deber que éste tiene de cuidado de su propia salud.

A esta segunda condición se le suma un tercer requisito. Se requiere, finalmente, que la situación afecte severamente el proyecto de vida familiar a tal punto que la comunidad de vida se torne imposible. El legislador ha optado, de esta manera, por proteger la autonomía de la persona quien, deseando mantener la comunidad matrimonial, se enfrenta ante la imposibilidad fáctica de hacerlo, ya que la enfermedad o discapacidad grave e incurable además de amenazar su salud impide la vida en comunidad matrimonial. Llegado a este punto, el legislador considera razonable no exigir a la persona del cónyuge permanecer casada.

Tal ponderación de derechos y deberes se revela, a juicio de la Corte, como razonable dada la gravedad de la afectación de los derechos contrapuestos. En efecto, exigir el mantenimiento del vínculo matrimonial cuando material y objetivamente éste carece de posibilidades, resulta irrazonable habida cuenta del sacrificio de los derechos del otro cónyuge”.

Por último, la Corte resumió los “efectos jurídicos de la aplicación de la causal sexta de divorcio” y se refirió a la “Protección de la dignidad y autonomía del cónyuge enfermo o discapacitado”, de la siguiente manera:

“(…) dentro del ámbito normativo de la causal demandada, es necesario establecer si los efectos jurídicos que de ella se desprenden, particularmente la extinción de la obligación conyugal de socorro y ayuda, pueden conducir a la vulneración de los derechos del cónyuge gravemente enfermo o discapacitado.

La regulación de los alimentos debidos al cónyuge no se refiere a la causal analizada. El artículo 411 del Código Civil, numeral 4° (modificado por el artículo 23 de la Ley 1° de 1976) establece que se deben alimentos “(a) cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos”. El criterio para la imposición del deber de alimentos es la culpa del cónyuge que ha suscitado el divorcio, como por ejemplo cuando éste infringe los compromisos de fidelidad o de respeto por mantener relaciones sexuales extramatrimoniales o por ultrajar o maltratar al otro cónyuge. No obstante, cuando en la causal de divorcio que se alega, como sucede con la causal sexta (...), no se presenta culpa alguna de los cónyuges divorciados, el legislador guarda silencio sobre la materia. Se tiene, pues, que, en virtud de ese vacío y a diferencia de lo que sucede cuando hay un cónyuge culpable, la obligación de socorro y ayuda termina abruptamente como consecuencia del divorcio. Y ello ocurre precisa y sorprendentemente cuando la necesidad de cuidado del cónyuge enfermo o discapacitado aumenta para respetar su dignidad y preservar su autonomía reducida por sus propias circunstancias, sin que, por otra parte, exista normatividad relativa a la seguridad social que regule la materia.

El hecho de que la persona gravemente afectada de una enfermedad o discapacidad incurable quede expósita luego del divorcio, sin que el otro cónyuge deba prestarle los alimentos, atenta contra la autonomía del cónyuge enfermo, así como contra el

principio de dignidad humana. Es claro para la Corte, entonces, que se hace necesario condicionar la constitucionalidad de la causal acusada en el sentido de que el cónyuge divorciado que tenga enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o psíquica, que carezca de medios para subsistir autónoma y dignamente, tiene derecho a que el otro cónyuge le suministre los alimentos respectivos, sin que ello excluya la realización voluntaria de prestaciones personales de éste en beneficio del cónyuge enfermo o anormal.

Como se anotó, la legislación civil no prevé específicamente esta posibilidad habida cuenta de que cuando se invoca esta causal no hay propiamente un cónyuge culpable y otro inocente. No obstante, en las normas vigentes sobre alimentos se encuentran criterios pertinentes que pueden ser aplicados por analogía por el juez competente en cada caso. Estos criterios se refieren a diversos aspectos dentro de los cuales cabe destacar los siguientes. Primero, el criterio de necesidad. Si el cónyuge enfermo o anormal no necesita los alimentos para subsistir de manera digna y autónoma, no tiene derecho a exigirlos. En el mismo sentido, si éste necesita tales alimentos para dicho fin, tendrá derecho a ellos en una cuantía razonable a la luz del propósito de asegurarle una vida digna con un grado de autonomía compatible con las limitaciones derivadas de su enfermedad o anormalidad. Segundo, el criterio de capacidad. El monto de los alimentos ha de guardar relación con la capacidad económica del alimentante. Así, el alimentante no puede ser obligado a pagar una suma desproporcionada dada su condición socio-económica y sus ingresos, sin perjuicio de que la cuantía de los alimentos evolucione con los cambios en la capacidad económica del alimentante. Tercero, el criterio de permanencia. Dados los avances de la medicina y de la ciencia en general, la situación del alimentado puede cambiar de tal manera que las condiciones que le hacían imposible subsistir digna y autónomamente sin los alimentos disminuyan – caso en el cual la cuantía de los alimentos podría bajar – o terminen por desaparecer – caso en el cual el alimentante no tendrá que seguir pagando alimentos que han dejado de ser necesarios para la subsistencia digna y autónoma del hasta entonces alimentado.

Naturalmente, los cónyuges divorciados pueden definir de mutuo acuerdo si se dan las condiciones anteriormente mencionadas, cuál ha de ser el monto de los alimentos y de qué manera se hará el seguimiento a la evolución de la situación de cada uno. En caso de que no se llegue a un acuerdo, se podrá acudir a la justicia por las vías procesales que ofrece el ordenamiento jurídico en materia de alimentos”.

La Corte, para concluir, hizo las siguientes “Consideraciones finales”: “De acuerdo con las anteriores consideraciones y de conformidad con el texto legal, se concluye que las condiciones para que se configure la causal 6ª de divorcio son concurrentes.

No basta que la enfermedad o discapacidad grave e incurable de uno de los cónyuges afecte la salud física o mental del otro cónyuge. Tampoco basta que dicha enferme-

dad o discapacidad haga imposible la comunidad matrimonial. La ocurrencia de una sola de estas condiciones es insuficiente para invocar el divorcio. Ambas condiciones deben concurrir para que el juez pueda declarar la disolución del vínculo matrimonial, con lo que el legislador ha hecho bastante exigente el divorcio por razones de enfermedad o discapacidad”, y resolvió la demanda presentada, de la siguiente forma: “Declarar exequible, por el cargo analizado, el numeral 6 del artículo 6 de la Ley 25 de 1992 en el entendido que el cónyuge divorciado que tenga enfermedad o anomalía grave e incurable, física o psíquica, que carezca de medios para subsistir autónoma y dignamente, tiene derecho a que el otro cónyuge le suministre los alimentos respectivos, de conformidad con los criterios expuestos”²⁴.

14.4.2 Causal octava

“8ª La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años. ...”²⁵.

La jurisprudencia nacional, al menos de la mayoría de los Tribunales de Distrito Judicial del país, viene sosteniendo que cuando se invoca la causal octava (8ª), el hecho que da lugar al divorcio es propiamente la mera separación, unida al transcurso del tiempo, sin que sea preciso indagar por qué motivos o razones se produjo dicho distanciamiento, y, mucho menos, quién es el culpable de la separación.

También señalan los analistas, para explicar esta posición, que no hubiera tenido sentido tipificar en la Ley 25 de 1992 esta nueva causal, si ella no tuviera las características de autonomía y objetividad de que se ha dado cuenta, pues si tuviese ribetes subjetivos, es decir, si se pudiera reclamar quién es el culpable de esa separación, hubiera sido suficiente mantener la causal segunda, como quiera que ella consagra el grave incumplimiento de los deberes de esposo, como motivo para impetrar el divorcio.

Esta causal nace, pues, por el solo hecho de demostrar la separación de cuerpos, siempre y cuando ésta haya perdurado más de dos años, aunado a que durante ese lapso no se haya producido reconciliación privada entre los cónyuges.

Algunas doctrinantes especulan confundiendo la separación de cuerpos, con la residencia separada, al sostener que para que aquélla se dé es preciso que los cónyuges no vivan juntos, es decir, no estén bajo el mismo techo. Esta es una tesis discutible, porque ocurre a menudo que, aun manteniendo la comunidad de residencia, los cónyuges viven en lechos e, inclusive, en alcobas separadas, y han dejado de tener trato

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-246, de abril 9 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁵ Ver Sentencia Corte Constitucional, C-746, de diciembre 29 de 2011.

íntimo o sexual. Luego, en nuestro criterio, si estos hechos se dan, ellos configuran, por sí solos, la causal de separación de cuerpos, y, por consiguiente, es perfectamente viable demandar el divorcio cuando ha transcurrido el tiempo mínimo exigido por la Ley y decretarlo por esta causa, en cuanto hayan quedado debidamente probados en la correspondiente etapa procesal.

Sobre esta misma causal, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1495, de noviembre 2 de 2000, declaró la exequibilidad de la expresión “de hecho” contenida en el numeral 8° del artículo 154 del Código Civil, y estimó que es una causal autónoma y objetiva, pero dejó abierta la posibilidad de mantenerle el carácter subjetivo, para efectos de reclamar prestaciones alimentarias. En dicha sentencia, la Corte abrió las compuertas para que se diera la posibilidad de elegir una causal objetiva o subjetiva para invocar la disolución del matrimonio, y precisó los efectos patrimoniales propios de la disolución, con las siguientes palabras:

“... aunque el matrimonio es un contrato, porque resulta esencial el consentimiento de los contratantes para su conformación, el incumplimiento de la obligación personalísima de entrega mutua, definitiva, personal y exclusiva, que los cónyuges hacen de sí mismos, no puede estar sujeta a la coacción de los operadores jurídicos como lo está el cumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o no hacer. Lo anterior por cuanto respecto del cumplimiento de la obligación de convivir surge el deber ineludible del Estado de respetar la dignidad humana de la pareja, circunstancia que excluye la posibilidad de intervenir para imponer la convivencia, así exista vínculo matrimonial y tengan los cónyuges la obligación y el derecho a la entrega recíproca, incondicional y permanente, porque el matrimonio es la unión de dos seres en procura de su propia realización, no el simple cumplimiento de un compromiso legal, de tal suerte que, el Estado con el pretexto, loable por cierto, de conservar el vínculo matrimonial no puede irrespetar la dignidad de los integrantes de la familia, sean culpables o inocentes, coaccionando una convivencia que no es querida –artículos 1°, 2°, 5° y 42 C.P.– (...) si no es posible coaccionar la convivencia (...) tampoco es dable mantener el vínculo cuando las circunstancias denotan un claro resquebrajamiento y ambos, o uno de los cónyuges, así lo pide, de tal suerte que los ordenamientos han previsto causales subjetivas y objetivas, que permiten a los cónyuges acceder a la disolución extrínseca del vínculo cuando, como intérpretes del resquebrajamiento de la vida en común, consideren que su restablecimiento resulta imposible.

Las causales subjetivas conducen al llamado divorcio sanción porque el cónyuge inocente invoca la disolución del matrimonio como un castigo para el consorte culpable, mientras que las causales objetivas llevan al divorcio como mejor remedio para las situaciones vividas.

El divorcio sanción es contencioso, porque para acceder a la disolución del vínculo el actor debe probar que el demandado incurrió en la causal prevista en la ley y éste,

como sujeto pasivo de la contienda, puede entrar a demostrar (...) que no incurrió en los hechos atribuidos o que no fue el gestor de la conducta. En este caso el juez debe entrar a valorar lo probado y resolver si absuelve al demandado o si decreta la disolución, porque quien persigue una sanción, no puede obtenerla si no logra demostrar que el otro se hizo acreedor a ella.

Por el contrario, las causales objetivas pueden invocarse conjunta o separadamente por los cónyuges sin que el juez esté autorizado para valorar las conductas, porque éstos no solicitan una sanción sino decretar el divorcio para remediar su situación. En este caso la ley respeta el deseo de uno de los cónyuges, o de ambos, de evitar el desgaste emocional y las repercusiones respecto de los hijos, que implican (...) la declaración de la culpabilidad del otro y el reconocimiento de la inocencia propia (Stilerman-De León. "Divorcio Causales Objetivas", Buenos Aires, Editorial Universidad. 1994).

(...) la expresión en estudio en cuanto permite a uno de los cónyuges invocar la interrupción de la vida conyugal, por más de dos años, para obtener una sentencia de divorcio, no contraría sino que desarrolla debidamente la Constitución Política, porque los cónyuges que no logran convivir demuestran por este solo hecho el resquebrajamiento del vínculo matrimonial y, si además eligen una causal objetiva para acceder al divorcio, están negando al Estado, estando en el derecho de hacerlo, una intervención innecesaria en su intimidad. (...) el artículo 15 de la Constitución Política consagra como derecho fundamental el impedir la intervención de terceros en los asuntos propios y el (...) 42 (...) reclama del Estado su intervención para mantener y restablecer la unidad y armonía de la familia. Y, no se logra estabilidad manteniendo obligatoriamente unidos a quienes no lo desean.

(...) Como la convivencia de la pareja que se une en vínculo matrimonial, no puede ser coaccionada (C-600 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis) (...) resulta constitucional que probada la interrupción de la vida en común se declare el divorcio, así el demandado se oponga, porque su condición de (...) inocente no le otorga el derecho a disponer de la vida del otro –art. 5° C.P.– De tal manera que cuando uno de los cónyuges demuestra la interrupción de la vida en común procede la declaración de divorcio porque un vínculo que objetivamente ha demostrado su inviabilidad, no puede, invocando el artículo 42 de la Constitución Nacional, mantenerse vigente debido a que es precisamente esta disposición la que promueve el respeto, la unidad y armonía de la familia y estas condiciones sólo se presentan cuando a la pareja la une el vínculo estable de afecto mutuo (Ibidem).

Empero, el hecho de que uno de los cónyuges, en ejercicio de su derecho a la intimidad, invoque una causal objetiva para acceder al divorcio, no lo faculta para disponer de los efectos patrimoniales de la disolución, de tal manera que, cuando el demandado lo solicita, el juez debe evaluar la responsabilidad de las partes en el resquebrajamiento de la vida en común, con miras a establecer las consecuencias patrimoniales.

Lo anterior por cuanto es el inocente quien puede revocar las donaciones que por causa del matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable –art. 162 C.C.–; y a favor de aquel y a cargo de quien dio lugar al rompimiento subsiste la obligación alimentaria, de tal manera que no pronunciarse respecto de la demanda de reconvencción que inculpa al demandante, como omitir decidir respecto de su defensa, cuando este pronunciamiento se demanda para establecer las consecuencias patrimoniales de la disolución del vínculo, no sólo resulta contrario al artículo 29 de la Constitución Política sino a los artículos 95 y 229 del mismo ordenamiento por cuanto, el primero obliga a todas las personas a respetar los derechos ajenos y a no abusar de los propios, y el segundo le garantiza a toda persona el acceso a una pronta y cumplida justicia.

La tenencia de los hijos, en cambio, no se encuentra vinculada a la culpabilidad o inocencia en la interrupción de la vida en común (...).

(...) si la causa del divorcio tiene consecuencias patrimoniales, vinculadas con la culpabilidad de las partes, así el demandante opte por invocar una causal objetiva para acceder a la disolución del vínculo, el (...) demandado está en su derecho al exigir que se evalúe la responsabilidad del demandante en la interrupción de la vida en común. Empero (...) este derecho no lo desconoce la norma en comento, puesto que no por el hecho de establecer una causal objetiva el juez debe hacer caso omiso de la culpabilidad alegada por el demandado, cuando otras disposiciones lo obligan a establecer los efectos patrimoniales de la disolución acorde con la culpabilidad de las partes y por cuanto el estatuto procesal civil diferencia, por el trámite, la invocación del divorcio por mutuo acuerdo –jurisdicción voluntaria– y el divorcio por las otras causales sujeto al procedimiento abreviado –art. 427 C. de P.C.–. Además cuando hay contención se admite la reconvencción –art. 433 del C. de P.C.– y el juez está obligado a resolver respecto de la disolución del vínculo y del monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges deba al otro –art. 444 C.P.C.–, asunto que... se deriva de la culpabilidad de los cónyuges en la causa que dio origen al divorcio”²⁶.

14.4.3 Causal novena

“9ª El consentimiento de ambos cónyuges, manifestado ante Juez competente y reconocido por éste mediante sentencia...”

Antes de entrar en el análisis de este numeral, conviene advertir que el mutuo consentimiento entre los cónyuges, como causal de divorcio, había sido autorizado en Colombia a través de la Ley del 20 de junio de 1853, cuando el entonces presidente José María Obando sancionó la Ley de Matrimonio, la cual consagraba las condiciones para la celebración de matrimonios ante los jueces parroquiales de cada distrito, en presencia de dos testigos hábiles; determinaba los deberes y derechos de los cónyuges;

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1495, noviembre 2/2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

trataba sobre las demandas de nulidad del matrimonio y definía la disolución del vínculo mediante divorcio, bien por delito de uno de los cónyuges o por mutuo consentimiento.

Pero esta ley tuvo una vida fugaz, porque escasos tres años después, desde 1856, empezaron a aparecer propuestas para su reforma, y mediante la Ley del 8 de abril de ese año, aquélla fue derogada. En el texto de esta última Ley se consignaba en igualdad de condiciones tanto el matrimonio celebrado ante un juez, como el celebrado por el rito religioso; se reconocían los efectos civiles del matrimonio católico siempre y cuando se registrara ante notario, una vez celebrado; y también se legisló sobre la separación de los cónyuges, pero sin desaparecer el vínculo matrimonial, lo que en la práctica era semejante a la tradición de la boda católica. El artículo 4º definía que el matrimonio solo podía disolverse por la muerte de alguno de los contrayentes. Es decir, desapareció la figura del divorcio vincular.

En el año 1992, la Ley 25 introdujo de nuevo el mutuo consentimiento entre los cónyuges, como causa del divorcio, facilitando así el entendimiento entre ellos para la disolución del vínculo civil, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. Sólo que, en armonía con lo dispuesto por el artículo 389 y concordantes del Código General del Proceso (antes el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil), es imperioso asomarle al Juez el acuerdo entre los cónyuges sobre la forma o manera como atenderán las obligaciones respecto de ellos mismos y con relación a los hijos, dado que ese funcionario, en la sentencia que decreta el divorcio, deberá determinar, esencialmente, lo siguiente:

- a) Si el cuidado de los hijos corresponde a uno de los cónyuges, o ambos, o a otra persona, atendiendo a su edad, sexo y la causa probada del divorcio;
- b) A quién corresponde la patria potestad sobre los hijos no emancipados, en los casos en que la causa de divorcio determine suspensión o pérdida de la misma, o si los hijos deben quedar bajo guarda;
- c) La proporción en que los cónyuges deben contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 257 del Código Civil, y
- d) El monto de la pensión alimentaria que un cónyuge deba al otro, si fuere el caso.

Originalmente, mediante la expedición de la Ley 25 de 1992, se habían adicionado los párrafos 5º y 6º al artículo 444 del C. de P.C., el primero de los cuales establecía las reglas que debían observarse en los procesos de divorcio con base en el consentimiento de ambos cónyuges, expresando que, a más de su consentimiento, debían manifestar en la demanda la forma como cumplirán sus obligaciones alimentarias

entre ellos y respecto de los hijos comunes, la residencia de los cónyuges, el cuidado personal de los hijos comunes y su régimen de visitas, así como el estado en que se encontrara la sociedad conyugal.

Este mismo artículo obligaba al Juez a que en la audiencia de conciliación, a la que los cónyuges debían comparecer obligatoriamente, propusiera en primer lugar términos de avenimiento para mantener la unidad familiar. Y, por último, determinaba que el funcionario, en la sentencia que decretara el divorcio, decidiera sobre las obligaciones alimentarias, la residencia de los cónyuges, el cuidado personal de los hijos comunes y su régimen de visitas, declarando disuelta la sociedad conyugal que estuviere vigente y ordenando su liquidación, y la correspondiente inscripción en los respectivos folios del registro civil.

El Parágrafo 6° a que nos hemos referido, ordenaba una reserva sobre los procesos de divorcio, por veinte (20) años contados a partir de la terminación del proceso.

Empero, por medio de la Ley 446 de 1998 fue derogado expresamente el artículo 9° de la Ley 25 de 1992 que adicionaba tales parágrafos. Y, por supuesto, la reserva sobre los procesos de divorcio fue levantada.

Pero nuestro criterio es que dicha derogatoria no permite deducir que ya no sea necesario cumplir con las exigencias que contenía el eliminado Parágrafo 5°, en lo que tiene que ver con la regulación sobre la forma como los cónyuges atenderán sus obligaciones entre sí y respecto de los hijos menores no emancipados.

En efecto, como ya se anotó, el citado artículo 389, en concordancia con el artículo 397 del Código General del Proceso y la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), no solo permite que el Juez, al admitir la demanda, o antes, si hubiere urgencia, decretar algunas medidas sobre tales hechos, sino que le impone la obligación, al dictar la sentencia de divorcio, de decidir sobre todos los aspectos que fueron relacionados precedentemente.

Así las cosas, y por tratarse de un trámite de divorcio por mutuo consentimiento, junto con la demanda deberá presentarse un acuerdo que regule todos estos derechos, además de los documentos que acrediten su estado civil y las relaciones de parentesco con los hijos menores de edad.

14.5 Término para demandar el divorcio y caducidad de la acción

Si bien el artículo 154 del Código Civil, tal como ha sido redactado por la Ley 25 de 1992, consagra las causales de divorcio, el espíritu del legislador no es permitir

que esas causales sean alegadas en cualquier tiempo, a juicio y discreción del demandante.

Por esos motivos, la Ley 1ª de 1976, inicialmente y, más tarde, la citada Ley 25 de 1992, introdujeron una importante novedad, consistente en contemplar la caducidad de la acción, en el evento de que el divorcio sea reclamado dentro del término de un (1) año, contado desde cuando se tuvo conocimiento de los hechos, respecto de las causales 1ª (Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los dos cónyuges) y 7ª (Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial); o desde cuando los hechos sucedieron, si se trata de las causales 2ª, 3ª, 4ª y 5ª. Pero el mismo precepto establecía que, en todo caso, las causales 1ª y 7ª, no podían alegarse sino hasta dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia.

14.5.1 Caducidad de la acción de divorcio

Así las cosas, debemos precisar lo siguiente: De un lado, que en Colombia el divorcio solo puede demandarlo el cónyuge inocente, es decir, el que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan; del otro, que el término de caducidad para la acción de divorcio es, en principio, de un año, contado desde cuando se tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales 1ª y 7ª o desde cuando se sucedieron, respecto a las causales 2ª, 3ª, 4ª y 5ª. Y, como ya lo dijimos, la norma contemplaba que, en todos los casos, las causales de relaciones sexuales por fuera del matrimonio (Numeral 1º) y la basada en actos de perversión (Numeral 7º) tenían un límite máximo de dos (2) años para su reclamación, so pena de que, transcurrido ese plazo, se pudiera invocar la caducidad. La jurisprudencia había aclarado que, al disponer que “en todo caso” esos motivos solo pueden alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia, se buscaba “precaer que a la postre y después de haber transcurrido un espacio de tiempo muy considerable, uno de los cónyuges solicitara el divorcio o la separación, fundado en un supuesto adulterio del otro, afirmando que sólo tuvo conocimiento de los hechos de infidelidad, uno, dos o tres meses antes de la presentación de la demanda. De suerte que para evitar sorpresas y complicadas situaciones, en forma alguna podrán alegarse las causales dichas, dos años después de haberse presentado los hechos, por disponerlo así la Ley”²⁷.

Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-985, del 2 de diciembre de 2010, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, adoptó las siguientes decisiones relacionadas con el artículo 10º de la Ley 25 de 1992, que subrogó el artículo 156

²⁷ C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 7 de 1979.

del Código Civil: “Primero: Declarar INEXEQUIBLE la frase “en todo caso las causales 1ª y 7ª sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguiente a su ocurrencia” contenida en el artículo 10 de la Ley 25 de 1992”. “Segundo: Declarar EXEQUIBLE la frase “y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales 1ª y 7ª o desde cuando se sucedieron, respecto a las causales 2ª, 3ª, 4ª y 5ª” contenida en el artículo 10 de la Ley 25 de 1992, bajo el entendido que los términos de caducidad que la disposición prevé solamente restringe en el tiempo la posibilidad de solicitar las sanciones ligadas a la figura del divorcio basado en causales subjetivas”.

La Corte Constitucional, al adoptar estas determinaciones, adujo “el amplio margen de configuración de que goza el legislador para establecer los términos de caducidad de las acciones judiciales, pero que al mismo tiempo, esta potestad debe desarrollarse de conformidad con la naturaleza de la acción respectiva y el marco de respeto de (i) los principios y fines del Estado social de derecho –como la justicia–; (ii) los derechos fundamentales de las personas, especialmente de los derechos al debido proceso y a la administración de justicia y (iii) el principio de proporcionalidad, de modo tal que no se haga nugatorio el derecho de acción.

“En ejercicio de esa potestad –dice la Corte–, el legislador expidió el artículo 10 de la Ley 25 de 1992, que modificó el artículo 156 del Código Civil, según el cual el divorcio solamente puede ser solicitado por el cónyuge inocente, es decir, aquel que no incurrió en las conductas descritas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 154 del Código Civil –modificado por el artículo 6º de la Ley 25/92–. Sin embargo, tal demanda debe ser instaurada por el cónyuge inocente dentro de unos términos precisos: en primer lugar, las demandas basadas en las causales de divorcio de los numerales 1º (relaciones sexuales extramatrimoniales) y 7º (conductas tendientes a corromper o pervertir al otro cónyuge, un descendiente u otras personas del núcleo familiar), deben ser alegadas por el cónyuge inocente dentro del término de un año contado a partir de cuando éste tuvo conocimiento de su ocurrencia y, en todo caso dentro de un término no mayor de dos años contados desde cuando efectivamente tuvieron lugar las conductas.

A juicio de la Corte, los términos de caducidad previstos en el aparte demandado del artículo 10 de la Ley 25 de 1992 no son proporcionados desde el punto de vista constitucional, por las siguientes razones: a) La medida prevista en la disposición demandada persigue dos finalidades, cuales son, la de promover la estabilidad del matrimonio y garantizar que las sanciones ligadas al divorcio que tiene origen en las causales subjetivas se establezcan dentro de un término razonable y predecible. Estas finalidades son *legítimas* a la luz de la Constitución, pues ciertamente, el legislador

tiene el deber de promover la estabilidad de la familia (Arts. 5º y 42 C.P.) y, entre las formas de familia, la del matrimonio, a la vez que debe garantizar la imprescriptibilidad de las sanciones como una garantía del debido proceso. b) Pese a la legitimidad de los fines, la medida *no es necesaria* en relación con ninguna de estas finalidades. Tales finalidades pueden lograrse a través de medios menos restrictivos de los derechos fundamentales de los cónyuges inocentes al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad en su faceta de autonomía, a elegir el estado civil, e incluso a conformar una nueva familia. De un lado, la promoción de la estabilidad del matrimonio se puede lograr mediante mecanismos como la educación, el respeto, la tolerancia, programas de acompañamiento y asesoría familiar. Por otro, la imprescriptibilidad de las sanciones ligadas al divorcio subjetivo se puede garantizar mediante la definición de un término de prescripción, o la aplicación de los términos de prescripción extintiva supletorios previstos en el Código Civil. c) Adicionalmente, la medida es *desproporcionada en estricto sentido*, pues implica una limitación muy drástica de los derechos de los cónyuges inocentes al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad en su faceta de autonomía, a elegir el estado civil, e incluso a conformar una nueva familia, por cuanto: (i) En Colombia no existe el divorcio unilateral, de manera que las personas solamente pueden divorciarse con fundamento en las causales subjetivas, o en las causales objetivas de mutuo acuerdo o separación de cuerpos por dos años. Las causales subjetivas solamente pueden alegarse dentro de un término preciso de caducidad. De otra parte, las causales objetivas obligan a un cónyuge o a obtener el consentimiento del otro o a tener que separarse de cuerpos por dos años y mientras tanto mantener el vínculo jurídico. Fuera de estas tres hipótesis, los cónyuges tienen que permanecer casados aún en contra de su voluntad. (ii) Uno de los elementos esenciales del matrimonio es la libre voluntad de los contrayentes. Por tanto, es la voluntad de los contrayentes la que debe regir también su disolución.

Para la Corte, obligar a una persona a permanecer casada, aun en contra de su voluntad, restringe de manera absoluta los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad e intimidad, que garantizan a las personas la posibilidad de tomar decisiones libres sobre asuntos personales sin injerencias indebidas del Estado o los particulares. La norma limita la posibilidad de las personas de decidir sobre un asunto tan íntimo como el matrimonio. Además, el Estado suplanta al particular en la toma de sus decisiones al respecto, pues atribuye al paso del tiempo los efectos de consentimiento de conductas tan lesivas como la violencia doméstica, que puede incluir hasta agresiones sexuales. De otra parte, se afecta de manera drástica la posibilidad de elegir el estado civil y conformar una familia. El estado civil, como ha señalado la Corte, está ligado íntimamente al libre desarrollo de la personalidad, pues es un elemento de la esfera personal de las personas. La norma impide a las

personas fuera de las hipótesis antes señaladas, elegir su estado civil y divorciarse. Por esta vía también impide a las personas contraer un nuevo matrimonio y conformar una nueva familia. En este sentido, es preciso recordar que conformar una familia es un derecho que garantiza la realización personal y es supuesto para el desarrollo de otros derechos.

Así mismo, el plazo de caducidad previsto en la disposición impugnada, vulnera la dignidad en la faceta de autodeterminación, conforme a tres lineamientos que ha trazado la jurisprudencia constitucional: (i) la dignidad humana, entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características –vivir como se quiera–; (ii) la dignidad humana, entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia –vivir bien–; y (iii) la dignidad humana, entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral –vivir sin humillaciones–. Según la Corte Constitucional, la norma limita la posibilidad de las personas de elegir un nuevo plan de vida y restablecer sus relaciones familiares. Como ha dicho la Corte, la conformación de una familia es un elemento indispensable de la fijación de un plan de vida.

En ese orden, la Corte Constitucional concluyó que el establecimiento de términos de caducidad para alegar las causales subjetivas de divorcio es inconstitucional, porque: (i) si bien persigue dos finalidades legítimas, promover la estabilidad del matrimonio y garantizar la imprescriptibilidad de las sanciones; (ii) no es necesario, pues las finalidades se pueden alcanzar por otros medios, y, en todo caso, (iii) no es proporcionada en estricto sentido, pues impone un sacrificio muy elevado de los derechos de los cónyuges inocentes al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad en su faceta de autonomía, a elegir el estado civil, e incluso a conformar una nueva familia en vista que en Colombia no existe el divorcio subjetivo.

La Corte Constitucional también concluyó que, no obstante, para garantizar que las sanciones ligadas al divorcio subjetivo no se tornen imprescriptibles, es preciso adoptar una decisión de exequibilidad condicionada de la expresión” y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales 1ª y 7ª o desde cuando se sucedieron, respecto a las causales 2ª, 3ª, 4ª y 5ª”, en el sentido de que el término previsto en la disposición solamente opera para reclamar la aplicación de las sanciones, no para solicitar el divorcio. De este modo, se preserva la norma demandada en la medida de lo posible, lo que es acorde con el principio democrático y al mismo tiempo, se excluye del ordenamiento una consecuencia inconstitucional: la limitación en el tiempo del derecho a ejercer la acción de divorcio con fundamento en causales subjetivas. Finalmente, garantiza que las sanciones ligadas al divorcio subjetivo se impongan en un término razonable y predecible.

De otro lado, esa Corporación dispuso que la expresión “en todo caso las causales 1ª y 7ª sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguiente a su ocurrencia” no debía mantenerse en el ordenamiento, pues limita aún más los derechos de los cónyuges inocentes, pues no tiene en cuenta cuándo éstos tuvieron conocimiento de las causales con desconocimiento de las complejidades de la vida matrimonial. “Ciertamente —dijo la Corte—, el Legislador, al establecer términos de caducidad y fijar el momento a partir de cual deben contabilizarse, debe tener en cuenta que la consecuencia que genera la caducidad solamente puede ser endilgable a aquellas personas que de manera deliberada o negligente dejan de hacer uso de su derecho de acción. En este caso, la disposición acusada atribuye una consecuencia perjudicial a una situación que escapa de las manos de quien la sufre. Por consiguiente, la mencionada expresión contenida en el artículo 10 de la Ley 25 de 1992 fue declarada inexecutable”.

14.5.2 Caducidad de la acción de divorcio por hechos continuos o de tracto sucesivo

Ya vimos atrás que el término de caducidad para la acción de divorcio es, en principio, de un año, contado desde cuando se tuvo conocimiento de los hechos respecto de las causales 1ª y 7ª o desde cuando se sucedieron, respecto a las causales 2ª, 3ª, 4ª y 5ª. Empero, en tratándose de hechos diversos, algunos de ejecución instantánea, otros continuos o de tracto sucesivo, conviene hacer algunas precisiones sobre unos u otros, a efectos de precisar la forma de contabilizar el plazo para que opere la caducidad de la demanda de divorcio, o de cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, en su caso.

Un hecho de ejecución instantánea es, por lo general, un acto aislado, de una sola ocurrencia, en un momento preciso; por el contrario, cuando se trata de hechos complejos, también conocidos como de *tracto sucesivo*, suelen ser continuos o permanentes, que para efectos de precisar los términos de caducidad exigen que su contabilización se haga desde el último acto, no desde el primero.

En las relaciones de familia, en general, y en materia de causales de divorcio, en particular, los hechos que las configuran suelen ocurrir de una y otra manera, acaso la última de las cuales —la de los actos continuos— es la más frecuente. Baste ver lo que acontece, entre muchas y otras variadas circunstancias, con las relaciones sexuales extraconyugales que, cuando se tornan estables o permanentes, permiten referirse al último acto sexual; situación diferente a cuando el acto de adulterio es uno solo, pues en este caso el plazo sí debe contarse desde la fecha de su acaecimiento. O los ultrajes de carácter físico o psicológico, o el maltrato patrimonial, que no necesariamente exigen

mirar la fecha en que se sucedieron por primera vez, sino que, de persistir, también autorizan aducir como configurativos del divorcio los sobrevenidos dentro del lapso señalado por la Ley para efectos de la caducidad; así mismo, el incumplimiento grave e injustificado de las prestaciones alimentarias a favor de las personas con las que el cónyuge demandado este obligado por Ley; o el incumplimiento, también grave e injustificado, del deber de vivir junto al otro cónyuge. A este último respecto, casos hay en que el comúnmente llamado “abandono del hogar” se mantiene vigente en el tiempo, evento éste en que la contabilización del término de caducidad no tiene por qué tomar únicamente el día inicial del abandono, sino que permite acudir a la última fecha, en cuanto que se trata de un acto continuo, permanente, que sigue sucediendo a diario.

Ahora bien: en tratándose de la causal segunda, es decir, sobre el grave e injustificado incumplimiento de las obligaciones de esposo, o padre, conviene hacer algunas precisiones en lo que toca con el deber de vivir juntos. Cuando se incumple este compromiso, en razón a que se produce “el abandono del hogar”, se enfrenta una situación que indiscutiblemente configura una falta al contrato matrimonial.

El deber de los cónyuges es el de vivir juntos, el que, por sus propias características, es de tracto sucesivo, del día a día. Por esas propiedades de la obligación, no podría predicarse la caducidad de esa causal, por el mero hecho de haber transcurrido más de un (1) año desde que se produjo la separación injustificada de cuerpos, en cuanto que, según esa naturaleza, la falta conyugal se mantiene, no obstante el transcurso del tiempo, porque la obligación de cohabitación es permanente.

Esta postura jurídica es reconocida por la mayoría de los Tribunales de distrito judicial del país, y corresponde a la tradicional posición de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Uno de los más recientes pronunciamientos que se conozcan sobre esta temática, está contenido en una sentencia de dicha Corporación, fechada el 10 de diciembre de 2012, en la que la Sala de Casación Civil negó una acción de tutela interpuesta para obtener la orden de emitir sentencia de reemplazo, “absteniéndose de condenar en alimentos al alimentante”, porque –según el demandante de la tutela–, entre otros hechos, el Tribunal había aceptado la configuración de la causal 2^a, basándose en el incumplimiento de los deberes del cónyuge, demostrando que el deber de fidelidad, ayuda mutua y cohabitación fue incumplido por el actor, “causal que permaneció en el tiempo y de la cual no puede hablarse de caducidad, pues mientras el vínculo esté vigente debe cumplirse periódicamente, tratándose de una obligación de tracto sucesivo”. En la citada providencia, la Corte Suprema de Justicia consideró improcedente la tutela en razón a que la interpretación del Tribunal que dictó la sentencia no desquicia el ordenamiento jurídico, al afirmar que “la desatención de los deberes de fidelidad, ayuda mutua y cohabitación fue continua, “permaneció en el tiempo y, por ende, no

podía hablarse de caducidad”. En esa sentencia de tutela, la misma Sala Civil cita otras providencias en las que ha sostenido esa posición jurídica de manera uniforme, especialmente las del 29 de marzo de 2004, Exp. 2004-40181-01 y del 19 de septiembre de 2012, Exp. 11001 02 03 000 2012 01983 00.

Dice la Corte en su sentencia de tutela:

“... no es de recibo el reparo hecho con respecto a la caducidad de la causal probada, si se tiene en cuenta que la Corporación accionada expuso como argumento para no acoger esa excepción el de que el abandono de los deberes conyugales fue continuado y subsistió para el momento en que fue presentada la contrademanda, postura que, contrario al apelativo de la vía de hecho que se le enrostra, cabe dentro de lo razonable”.

Y en ella hace referencia a anteriores pronunciamientos sobre el mismo asunto.

Los extractos que reproduce la Corte Suprema de Justicia en la mentada sentencia son del siguiente tenor:

“Nótese, al respecto, lo que expuso esta Sala en un caso semejante: “Y en cuanto a la caducidad de la aludida causal de divorcio dijo el a quem, que la misma se caracteriza por su continuidad, en cuyo caso el término se cuenta desde cuando cesó el incumplimiento, así mientras se esté cometiendo la falta poco importa que la ocurrencia se haya iniciado varios años atrás, por lo que en este caso como el incumplimiento de deberes del demandado se ha prolongado hasta la fecha del fallo, como él mismo lo corroboró en el interrogatorio de parte, no opera la caducidad aducida por aquél” (sentencia de 29 de marzo de 2004, Exp. 2004-40181-01” (sentencia de 19 de septiembre de 2012, Exp. 11001 02 03 000 2012 01983 00)”.

En conclusión, hoy en día no existe duda alguna en el sentido de que, según la jurisprudencia y la doctrina nacionales, la separación de cuerpos, de hecho, o la continua desatención de los deberes de fidelidad y ayuda mutua, por ser de tracto sucesivo, tienen un carácter permanente como causales de divorcio y, por lo tanto, mientras ellas permanezcan, no es procedente aplicar la caducidad de las mismas.

14.6 Decreto de medidas cautelares

En los procesos de divorcio, en los que sólo son parte los cónyuges, salvo que sean menores de edad, en cuyo caso pueden participar los padres, es permitido que, en cualquier momento, a partir de la presentación de la demanda, el Juez decrete, mediando petición de cualquiera de las partes, las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes, sobre aquellos activos que, siendo objeto de gananciales de la sociedad conyugal, se encuentren en poder del otro cónyuge.

Lo más común y corriente, pues, en esta clase de acciones judiciales, es pedir el embargo y secuestro de los activos sociales, para proteger los intereses del demandante, los que ordinariamente se ven expuestos por los intentos del otro cónyuge de alzarse con los bienes, enajenándolos, gravándolos falsamente, traspasándolos ficticiamente, o creando pasivos simulados.

En el anterior sentido, el artículo 158 del Código Civil, modificado por el artículo 8º de la Ley 1ª de 1976, dispone lo siguiente:

Código Civil

“ART. 158.- Modificado, Ley 1ª de 1976, Art. 8º.- En cualquier momento, a partir de la presentación de la demanda podrá el juez a petición de cualquiera de las partes, decretar las medidas cautelares autorizadas por la ley sobre bienes que puedan ser objeto de gananciales y que se encuentren en cabeza del otro cónyuge”.

Pero en la solicitud de estas medidas cautelares, de por sí delicadas y riesgosas, debe tenerse especial cuidado de que sólo afecten bienes gananciales, y que bajo ninguna circunstancia estén enderezadas a sacar del comercio los bienes propios del otro cónyuge. Inclusive, pensamos que el Juez, si al momento de atender la solicitud de decreto de medidas cautelares, se percatara de que algunos de ellos son propios del demandado (un inmueble que haya sido adquirido antes de la celebración del matrimonio, a cualquier título; o que haya ingresado a su patrimonio durante la vigencia de la sociedad conyugal, a título gratuito, por ser originado en una donación, herencia o legado; o cualquier otro bien que, aunque se haya adquirido dentro del matrimonio, haya sido subrogado a otro bien propio, etc.), deberá abstenerse de decretar la medida de embargo y secuestro de tales bienes. Lo mismo puede acontecer si en el proceso se acreditare la celebración de capitulaciones matrimoniales en las que hayan sido excluidos algunos bienes de la sociedad conyugal que se formó por causa del matrimonio, pues, en este caso, tales medidas no deberían prosperar sobre los bienes excluidos expresamente por los capitulantes, aunque sí sobre los valorizaciones, frutos y lucros de cualquier naturaleza que tales bienes hayan adquirido, si no hubieran sido capitulados.

En armonía con el citado artículo 158 del Código Civil, el artículo 598 del Código General del Proceso regula las medidas cautelares en procesos de familia, vale decir, nulidad de matrimonio, divorcio del matrimonio civil, cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, separación de cuerpos y de bienes, liquidación de sociedades conyugales, disolución y liquidación de sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes.

Esta norma faculta a cualquiera de las partes para pedir el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales y que estuvieren en cabeza de la otra,

advirtiendo que “El embargo y secuestro practicados en estos procesos no impedirán perfeccionar los que se decreten sobre los mismos bienes en trámite de ejecución, antes de quedar en firme la sentencia favorable al demandante que en aquellos se dicte (...)” (numeral 2°). Pero la misma norma dispone que “ejecutoriada la sentencia que se dicte en los procesos de nulidad, divorcio, cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, separación de cuerpos y de bienes, cesará la prelación, por lo que el Juez lo comunicará de inmediato al registrador, para que se abstenga de inscribir nuevos embargos, salvo el hipotecario”.

También dispone que esas medidas se mantengan hasta la ejecutoria de la sentencia, “pero si a consecuencia de esta fuera necesario liquidar la sociedad conyugal o patrimonial, continuarán vigentes en el proceso de liquidación”, salvo que no se hubiere promovido la liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria, en cuyo caso se levantarán las medidas, a solicitud de parte o aun de oficio (numeral 3°).

En esta clase de procesos, si el Juez lo considera conveniente, podrá adoptar las siguientes medidas:

Código General del Proceso

“ART. 598.- Medidas cautelares en procesos de familia.- (...)”

5. Si el juez lo considera conveniente, también podrá adoptar, según el caso, las siguientes medidas:

- a) Autorizar la residencia separada de los cónyuges, y si estos fueren menores, disponer el depósito en casa de sus padres o de sus parientes más próximos o en la de un tercero.*
- b) Dejar a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos, o de un tercero.*
- c) Señalar la cantidad con que cada cónyuge deba contribuir, según su capacidad económica, para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y la educación de estos.*
- d) Decretar, en caso de que la mujer esté embarazada, las medidas previstas por la ley para evitar suposición de parto.*
- e) Decretar, a petición de parte, el embargo y secuestro de los bienes sociales y los propios, con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge y los hijos tuvieran derecho, si fuere el caso.*
- f) A criterio del juez cualquier otra medida necesaria para evitar que se produzcan nuevos actos de violencia intrafamiliar o para hacer cesar sus efectos y, en general,*

en los asuntos de familia, podrá actuar de oficio en la adopción de las medidas personales de protección que requiera la pareja, el niño, niña o adolescente, el discapacitado mental y la persona de la tercera edad; para tal fin, podrá decretar y practicar las pruebas que estime pertinentes, incluyendo las declaraciones del niño, niña o adolescente.

6. En el proceso de alimentos se decretará la medida cautelar prevista en el literal c) del numeral 5 y se dará aviso a las autoridades de emigración para que el demandado no pueda ausentarse del país sin prestar garantía suficiente que respalde el cumplimiento de la obligación hasta por dos (2) años”.

La solicitud, decreto y práctica de estas medidas son de suma importancia y conveniencia, especialmente en aquellos casos en que las causales de divorcio tienen origen en graves conflictos y desavenencias entre los cónyuges, por ultrajes, trato cruel, maltratamientos físicos o psíquicos, en muchas ocasiones constitutivos de violencia intrafamiliar; la embriaguez o la drogadicción habituales, que tantos riesgos generan al interior de los hogares colombianos; actos de corrupción o perversión de un cónyuge hacia el otro, o hacia personas que estén bajo su cuidado y que convivan bajo el mismo techo; o, inclusive, cuando se den graves anomalías psíquicas, con el padecimiento de enfermedades que puedan poner en peligro la integridad personal o la propia salud moral o física de algún miembro de la familia.

Todas estas circunstancias, delicadas y riesgosas por su propia naturaleza, son las que ameritan que el Juez de familia, al momento de estudiar la admisión de la demanda, las evalúe sumariamente, para que fundamente la autorización de residencia separada de los cónyuges, conjuntamente con la decisión de poner a los hijos menores bajo la custodia y cuidado personales de aquel de los padres que ofrezca mejores condiciones para ejercerlos.

Adicionalmente a los comentarios hechos en otro aparte de esta obra, el tema de la capacidad económica del demandado debe examinarse con menos ligereza a la que acostumbra una gran mayoría de jueces de familia. En efecto, como para la fijación de la cuota provisional de alimentos, dicha capacidad debe acreditarse siquiera sumariamente, son muchos los operadores judiciales que, en vez de examinar con criterio amplio las condiciones socioeconómicas del obligado con base en el material probatorio que se enuncia e invoca en la correspondiente demanda, limitan su actuación a un simple chequeo de si se aporta una declaración de renta de aquél, o un certificado de ingresos y retenciones, y cierran los ojos ante otros documentos, como certificados de tradición y libertad de bienes inmuebles; existencia de sociedades mercantiles; información financiera sobre éstas, en las que el demandado tenga alguna participación en su capital; extractos de cuentas bancarias, etc.

Pero, acaso, la más importante novedad de las normas del Código General del Proceso sobre estos asuntos, es la que se relaciona en el literal f) del numeral 5., del artículo 598, ya mencionado atrás, el cual establece que “A criterio del Juez cualquier otra medida necesaria para evitar que se produzcan nuevos actos de violencia intrafamiliar o para cesar sus efectos y, en general, en los asuntos de familia, podrá actuar de oficio en la adopción de las medidas personales de protección que requiera la pareja, el niño, niña o adolescente, el discapacitado mental y la persona de la tercera edad; para tal fin, podrá decretar y practicar las pruebas que estime pertinente, incluyendo las declaraciones del niño, niña o adolescente”.

Pensamos que en una sana y responsable aplicación de esta norma, podrá el Juez de Familia que conozca de un proceso de divorcio del matrimonio civil o de cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, o de separación de cuerpos, por ejemplo, para resolver provisionalmente sobre la cantidad con la que debe contribuirse para los alimentos del cónyuge o de los hijos, o, también de manera provisoria, para asignar la custodia y cuidado personales de los menores, ordenar como prueba la exhibición de ciertos documentos que, por su naturaleza, están reservados, por ser objeto de sigilo fiscal o bancario, tales como, *verbi gratia*, las mencionadas declaraciones tributarias, los extractos bancarios, los montos de ingresos monetarios, etc., practicar interrogatorios sobre la situación económica del obligado, sus actividades comerciales y económicas, su posición social, a quién ha correspondido tradicionalmente el soporte de las cargas de la familia, etc., o recibir declaraciones de terceros a quienes les consten esas circunstancias económicas del demandado.

Estas medidas no solo se tornan necesarias para establecer sumariamente la capacidad económica del demandado a dar alimentos a su cónyuge y/o a sus hijos, o su solvencia moral y social para ostentar provisionalmente la custodia de estos últimos, sino que se acompasan con la diligencia que debe aplicarse para atender estas soliditudes ante los jueces de la República, en situaciones en que ordinariamente están amenazados o en peligro derechos fundamentales de las personas.

14.7 La muerte y la reconciliación, como motivo de terminación del proceso

Código Civil

“ART. 159.- Modificado, Ley 1ª de 1976, Art. 9º.- La muerte de uno de los cónyuges o la reconciliación ocurridas durante el proceso, ponen fin a éste. El divorcio podrá demandarse nuevamente por causa sobreviniente a la reconciliación”.

De un lado, téngase en cuenta que, conforme al artículo 152 del Código Civil, como fuera modificado por el artículo 1º de la Ley 1ª de 1976, y, a su vez, subrogado por el artículo 5º de la Ley 25 de 1992, “El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado”, y que “Los efectos civiles de todo matrimonio religioso cesarán por divorcio decretado por el Juez de Familia o Promiscuo de Familia”. Así las cosas, producido el hecho natural de la muerte, o en firme la sentencia que la decreta por desaparecimiento, el proceso de divorcio debe terminar, por sustracción de materia, en razón a que el matrimonio se ha disuelto por estas causales.

Pero también sabemos que, en cualquier momento de un conflicto matrimonial, aun durante el adelantamiento de un proceso de divorcio, la posibilidad del restablecimiento de la vida en común de los casados está permanentemente en el orden del día. Por la propia naturaleza de las relaciones maritales, las desavenencias de la pareja pueden eventualmente ser superadas, aun habiéndose iniciado un juicio encaminado a disolver el vínculo civil, o a obtener la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, y no obstante que la demanda haya sido presentada, admitida, notificada y contestada, y a pesar de que se haya presentado una contrademanda o demanda de reconvencción. Esta reconciliación, de llegar a producirse, pone fin al proceso.

Sin embargo, suele ocurrir que después de una reconciliación surjan nuevas desavenencias entre los esposos, o se dificulte para el cónyuge inocente perdonar las faltas de su pareja, se repitan los incumplimientos del contrato matrimonial y se haga imposible el restablecimiento de la comunidad de vida entre los consortes, eventos en los cuales, aquél persista en la separación o en el divorcio e instaure una nueva demanda al respecto. En estos casos, conviene aclarar que no podrán invocarse las mismas causales presentadas con la demanda inicial, puesto que, una vez producida la reconciliación, la Ley exige que esa nueva acción judicial se fundamente en hechos posteriores, dado que solo permite que se pida el divorcio por causas sobrevinientes a ella.

Bibliografía

- Alessandri Rodríguez, Arturo, *De los Contratos*, Temis, Editorial Jurídica de Chile.
- Belluscio, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, 2ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977.
- Cantero Núñez, Federico J. *Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV, Familia*, Volumen 1, del Consejo General del Notariado de Europa, Civitas Ediciones, Madrid, España, 2001.
- Código de Derecho Canónico*, edición bilingüe comentada, Biblioteca de Autores Cristianos, 1983.
- Colin, Ambrosio y Capitant, H., *Anotaciones sobre el Derecho Civil Español en el Curso Elemental de Derecho Civil*, Editorial Reus, S.A., Madrid, España, 1925.
- De Buen, Demófilo, Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla. *Anotaciones sobre el Derecho Civil Español en el Curso Elemental de Derecho Civil de Ambrosio Colín y H. Capitant*, Editorial Reus, S.A., Madrid, España, 1925.
- De Carlucci, Aida Kemelmajer, *El Nuevo Derecho de Familia*, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2010.
- Escrèche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Librería de la Vda. De Ch. Bouret, París – México, 1925.
- García Sarmiento, Eduardo, *Elementos de Derecho de Familia*, Editorial Facultad de Derecho, Bogotá, Colombia, 1999.
- Josserand, Louis, *Derecho Civil, Tomo I, Volumen II, La Familia*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, Argentina, 1952.
- Lasarte Álvarez, Carlos. *Revista Baylo*, edición electrónica, UNED, Madrid, España, 2004.

- Mazeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Volumen III, La Familia – Constitución de la Familia*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, Argentina, 1959.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Matrimonio Civil y Divorcio en Colombia*, 2ª ed., Temis, Bogotá, Colombia, 1979.
- Moreno Mozo, Fernando, *Cargas del Matrimonio y Alimentos*, Colección Estudios de Derecho Privado, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Editorial Comares, S.L., Granada, España, 2008.
- Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo Segundo, La Familia, Matrimonio, Divorcio, Filiación*, Impreso por Cultural S.A., La Habana, Cuba.
- Torrado, Helí Abel, *Código Civil*, 4ª ed., Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, Colombia, 2011.
- Torrado, Helí Abel, *Código de Familia, Infancia y Adolescencia*, 2ª ed., Librería Ediciones del Profesional Ltda., Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia, 2007.
- Torrado, Helí Abel, *Derecho de Familia. Régimen Económico del Matrimonio –De la Sociedad Conyugal*, 7ª ed., Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia, 2016.
- Torrado, Helí Abel, *Derecho de Familia. Unión Marital de Hecho –De la Sociedad Patrimonial entre Compañeros Permanentes*, 5ª ed., Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia, 2016.
- Valencia Zea, Arturo, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo V, 7ª ed., Temis, Bogotá, Colombia, 1995.
- Vélez, Fernando, *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, Tomo I, Imprenta París América, 2ª ed., corregida y aumentada por Luis-Ángel Arango, París, Francia, 1926, p. 215.
- Vélez, Fernando, *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, Tomo VII, Imprenta París América, 2ª ed., corregida y aumentada por Luis Ángel Arango, París, Francia, 1926.
- Yunis Turbay, Emilio, Concepto dado a la Corte Constitucional, en septiembre 17 de 1997.