

**FIJACIÓN DE ALIMENTOS PARA LOS HIJOS MENORES DE
EDAD EN LA SENTENCIA DE DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN
MARITAL DE HECHO, COMO REQUISITO PARA PROFERIR
FALLO - UN VACIO EN LA NORMA O TRATO DESIGUAL**

**LUIS EDUARDO ROJAS MUÑOZ
SANDRA MILENA VIDAL SUAREZ**

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA
UNICOC
COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES
BOGOTÁ, D.C.
2017**

**FIJACIÓN DE ALIMENTOS PARA LOS HIJOS MENORES DE
EDAD EN LA SENTENCIA DE DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN
MARITAL DE HECHO, COMO REQUISITO PARA PROFERIR
FALLO - UN VACIO EN LA NORMA O TRATO DESIGUAL**

**LUIS EDUARDO ROJAS MUÑOZ
SANDRA MILENA VIDAL SUÀREZ**

Monografía como requisito para obtener el título de ABOGADO

ASESOR TEMÁTICO:
Dr. Jaime Ballesteros Beltrán

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA
UNICOC
COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES
BOGOTÁ, D.C.
2017**

Nota de aceptación

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá, D.C. 27 de enero de 2017

DEDICATORIA

A Dios.

Fortaleza eterna quien con su infinito amor nos llena de valor y perseverancia para continuar en la búsqueda nuestros sueños si desfallecer ante la adversidad y sin envanecernos ante el triunfo.

A nuestros familiares.

Por ser pilares de superación, aliento en la desesperanza, apoyo en la caída y compañía en la victoria.

Con todo mi amor a la mamá Julia, luz de mi vida e inspiración para mi alma, mi hermoso hijo y mis incondicionales primos Claudita, Javier Yoly y Rosita.

(Sandra Vidal)

A mi esposa Johana por su incansable apoyo, amor y compromiso y a mis hijos.

(Luis Eduardo Rojas)

Gracias por todo su apoyo.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
JUSTIFICACIÓN	8
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
OBJETIVOS	13
OBJETIVO GENERAL	13
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	13
HIPÓTESIS	14
METODOLOGÍA	15
CAPITULO I	16
UNIÓN MARITAL DE HECHO Y MATRIMONIO	16
Posturas de la corte suprema de justicia, corte constitucional de Colombia y el Consejo de Estado frente a la unión marital de hecho	24
Corte Suprema de Justicia	24
Corte Constitucional de Colombia	25
Consejo de Estado	26
CAPITULO II	28
EL DERECHO DE ALIMENTOS	28
Etimóloga e importancia	28
Naturaleza jurídica	28
CAPITULO III	37
EL DERECHO DE ALIMENTOS, PARA LOS HIJOS DE LOS ESPOSOS Y LOS COMPAÑEROS PERMANENTES - PRINCIPIO DE IGUALDAD	37
Divorcio por mutuo consentimiento	38
Trámite judicial	38
Tramite notarial	38
Intervención del defensor de familia	39
CONCLUSIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	45

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 instituye a Colombia como un Estado Social de Derecho, otorgando a sus ciudadanos mecanismos más ágiles para la defensa de sus derechos (acción de Tutela), sin embargo, si hacemos un estudio juicioso a través de la historia, veremos cómo el reconocimiento de un derecho es una lucha frontal contra el Estado, contra nuestro Estado Social de Derecho, que a veces olvida su origen, o tal vez olvida la esencia del contrato social, como teoría política, explica, entre otras cosas, el origen y el propósito del Estado y de los derechos humanos.

Queda entonces a los ciudadanos a través de las acciones que le son permitidas, (acciones de inconstitucionalidad y otras) acceder al poder que el mismo otorgó para que escuchen su realidad, y la reglamente en favor de quienes tienen la vivencias.

La familia como se conoce desde tiempos inmemoriales ha evolucionado, para bien o para mal eso no lo sabemos, solo observamos que evoluciona, desaparece el *pater-famili* y aparecen otras concepciones de familia que se crean al interior de la sociedad, y que pretenden ganar terreno entre lo ya establecido, entre lo formal, haciendo que sea tomado en cuenta no solo lo que el Estado regula sino lo que el ciudadano del común vive diariamente.

Es apenas natural que la familia deba ser protegida por ser esta la célula madre de la sociedad, sin la familia el orden social como lo conocemos desaparecería, sin embargo dentro de la protección hermética de la familia, no puede el Estado cerrar sus ojos y tapar sus oídos a la realidad, no puede pretender que algo no existe cuando sus repercusiones sociales son tan evidentes.

Sea este el caso de las uniones entre parejas que no tienen su génesis en el vínculo contractual del matrimonio; las uniones maritales de hecho, la oveja negra, la relación oscura, la mujer de ocultar. El derecho ha dado pasos despaciosos pero acertados al reconocer que existe esta realidad, y que no solo las personas se unen por el vínculo del matrimonio, que hay otras que se unen meramente por la voluntad de estar juntas sin firmar nada previo, más que el hecho de compartir juntos casa, mesa, brindarse socorro

y ayuda mutua, de compartir juntos de manera singular e ininterrumpida una comunidad de vida. El Estado reconoce este vínculo, le da un nombre, le otorga derechos, le reconoce ante la sociedad sin el estigma de un delito.

Entonces nos preguntamos, por qué si el Estado abrió las puertas de la legalidad a esta clase de uniones y rompió con los parámetros preestablecidos del concepto de familia, permitiendo que estas uniones tengan por fin la protección que otorga el derecho, continua el mismo Estado de manera displicente tratando a los hijos de quienes ya reconoció se unieron de manera legal ante sus ojos y quienes constituyeron si bien es cierto no un matrimonio, si una familia.

JUSTIFICACIÓN

Existen diversos comportamientos sociales entre individuos en el manejo de sus relaciones familiares, comerciales y culturales entre otros, que debido a su incidencia y a la trascendencia al conglomerado social deben ser reconocidos y regulados por el Estado. Lo anterior tiene como fin establecer a través de las fuentes primarias del derecho hasta llegar a la norma, un marco que permita definir las reglas del juego claras y brindar así, lo que se conoce como seguridad jurídica, fijando parámetros comunes y contemplando las consecuencias jurídicas que determinado comportamiento o tipo de asociación puede acarrear a quienes estén inmersos en dicha situación y a los terceros que se vean perjudicados con las consecuencias de la misma. De esto encontraríamos un sinnúmero de ejemplos, pues el derecho en sí, se ha encargado de regular a través del derecho positivo, los comportamientos sociales a lo largo de toda la historia.

Sin embargo nuestro trabajo estará enmarcado únicamente al aspecto familiar del individuo a sus relaciones en pareja, ya sea por efectos del matrimonio o de la denominada unión marital de hecho y al derecho de sus descendientes menores de edad, a recibir alimentos de manera oportuna y eficaz como efecto de sus relaciones paterno o materno filiales.

Empezaremos hablando de la génesis de la unión marital de hecho, desde la época de los romanos lo que hoy se conoce como unión marital de hecho era conocido como concubinato, lo que significaba la unión de inferior naturaleza a las justas nupcias, que producía efectos jurídicos. Para el Derecho Canónico el concepto de concubinato era más restringido que para el Derecho Civil, ya que adquiere un matiz de delito; se habla de delito canónico, por cuanto actualmente no se tipifica como delito penal, aunque lo fue en el derecho antiguo (Código Penal Colombiano de 1890).

Sin embargo en Colombia el Código de 1873, que posteriormente fue adoptado como Código Civil de la República, mediante la Ley 57 de 1887, en su artículo 320 estableció que se denomina concubina: “ La mujer que viva públicamente con un hombre como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos. En el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, norma creadora del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, se le

reconocen los efectos jurídicos al concubinato, en el referido artículo podíamos encontrar:

ARTICULO 55: “Para los efectos del artículo anterior, los ascendientes legítimos y naturales del asegurado tendrán unos mismos derechos, siempre que, por otra parte, llenen los requisitos exigidos en su caso; ya a falta de viuda, será tenida como tal la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, siempre que ambos hubieran permanecido solteros durante el concubinato; si en varias mujeres concurren estas circunstancias, sólo tendrán un derecho proporcional las que tuvieron hijos del difunto”.

El estudio de la evolución de la unión marital de hecho nos permitirá ahondar un poco en la historia en por qué el reconocimiento de los derechos adquiridos en razón de la unión marital de hecho, ha sido una lucha a través del tiempo entre lo real y lo formal.

Sin embargo nuestro trabajo no solo está encaminado a presentar un marco histórico sobre la unión marital de hecho, lo que pretende es demostrar la importancia de que en la sentencia que disuelve la unión marital de hecho se le fijen alimentos a los hijos menores de los compañeros permanentes, tal como ocurre en la sentencia que declara la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso o el divorcio.

Respecto del derecho de alimentos explica el tratadista Luis Claro Solar¹,

“La fuente de la obligación legal que establece la fijación de los alimentos reside así en la solidaridad de la familia, en las estrechas relaciones que deben unir a los miembros del mismo grupo familiar. La comunidad de afecciones y de intereses de toda especie que existe en los miembros de la misma familia, impone a éstos la obligación estricta de suministrar su subsistencia a aquellos que no alcanzan a asegurarla con su trabajo personal.”

¹ Luis Claro Solar, Explicaciones del Derecho Civil Chileno y comparado, t II, 2 ed. Santiago de Chile, Edit. El imparcial, 1944, ps. 387 y ss.

El artículo 411 del Código Civil nos dice a quienes se deben los alimentos, teniendo en cuenta lo expresado por este artículo se deben alimentos a:

- Al cónyuge.
- A los descendientes.
- A los ascendientes.
- Al cónyuge divorciado o separado sin su culpa a cargo del cónyuge culpable.
(Modificado por el artículo 23, Ley 1ª de 1976).
- A los hijos adoptivos.
- A los padres adoptantes.
- A los hermanos legítimos.
- Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

Respecto a los alimentos la Corte Constitucional en sentencia C-029 de 2009² se ha pronunciado 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”.

² Corte Constitucional Sentencia C-029 de fecha 28 de enero de 2009 M.P. Doctor Rodrigo

Escobar Gil.

Para nuestro trabajo de investigación, tomaremos en un breve estudio los antecedentes de la unión marital de hecho y sus consecuencias jurídicas y la fijación de los alimentos para los hijos menores comunes de la pareja. De igual manera debemos establecer en qué consiste la fijación de los alimentos, quienes establece nuestro ordenamiento están obligados a suministrarlos y quienes tienen derecho a pedirlos. Importante determinar así mismo, qué personas o entidades son o han sido las encargadas de defender los intereses de los menores cuando sus padres rompen su relación, ya sea por divorcio, ya por simple separación de hecho, judicial o incluso notarial. Las consideraciones y análisis anteriores van encaminadas a establecer el por qué el legislador no instituyó que dentro de la sentencia de disolución de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes en eventos diferentes a la causa de muerte, se regulen los alimentos para los menores, como si ocurre por mandato de la Ley en la declaración de la Cesación de los Efectos Civiles de matrimonio Religioso y en el Divorcio. No sobra aclarar que la disolución de la unión marital de hecho tiene varias modalidades a saber, entre otras la declaración y disolución de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes cuando uno de estos fallece y esta va dirigida contra los herederos de aquel o de aquella según fuere el caso, que es de los más comunes en los Juzgados de Familia, también algo nuevo en la legislación colombiana como lo es la declaratoria de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes del mismo sexo. No obstante, para este trabajo de investigación nos ocuparemos únicamente de la fijación de los alimentos para los hijos menores de edad en la sentencia de disolución de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes vivos, hombre con mujer.

Consideramos importante realizar esta investigación debido a que el principio de Igualdad es claro al establecer que la misma se da entre iguales y en el tema de investigación que nos ocupa la igualdad se contempla en los menores hijos comunes en relación con la fijación de sus alimentos.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El artículo 1o. de la ley 29 de 1982, consagra la igualdad no sólo entre los hijos legítimos y los naturales, sino entre unos y otros y los adoptivos: "**Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones**". Desapareciendo así todas las desigualdades por razón del nacimiento: en adelante, **tratándose de derechos y obligaciones habrá solamente hijos**, diferentes solamente en sus denominaciones de legítimos, extramatrimoniales y adoptivos.

Partiendo de la anterior premisa y teniendo claridad meridiana de la diferencia que existe entre el vínculo que nace del matrimonio y de la unión marital de hecho para los cónyuges y para los compañeros permanentes, es de resaltar "se llamaran solo hijos". Por lo anterior es viable señalar el vacío que existe en la norma o el trato desigual que vulnera los artículos 5o., 13 y 42 de la Constitución Política, dejando en desventaja a la familia e hijos fruto de la unión marital de hecho frente a la matrimonial. En atención a que no es de obligatorio cumplimiento que el Juez a la hora de proferir el fallo de disolución de la unión marital de hecho fije alimentos a los hijos habidos dentro de la misma como si ocurre en la sentencia que declara la cesación de los efectos civiles de matrimonio católico y en el divorcio. De acuerdo con las consideraciones anteriores se hace necesario formular la siguiente pregunta de investigación:

¿El hecho de que en la sentencia de disolución de la unión marital de hecho no se fijen los alimentos a los hijos menores de edad, se puede considerar como un vacío en la norma o un trato desigual entre los hijos?

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Establecer porque se desconoce en la sentencia de disolución de la unión marital de hecho, la fijación de alimentos para los hijos menores de edad procreados por los compañeros permanentes, como requisito indispensable para proferir fallo

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar las consecuencias jurídicas de la Cesación de los Efectos Civiles del Matrimonio Religioso, del divorcio y de la disolución de la unión marital de hecho. (Análisis Paralelo).
- Indagar quienes están llamados a recibir alimentos por mandato de la Ley y que derechos se le han reconocido respecto de los alimentos a los hijos de compañeros permanentes por medio de vía jurisprudencial.
- Establecer la importancia de la fijación de los alimentos para los menores de edad en la sentencia que declara la disolución de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes vivos.

HIPÓTESIS

Una de las premisas en el Estado Colombiano es la defensa de los derechos de los menores, su atención prioritaria, el blindar al menor de cualquier tipo de ritualidad innecesaria cuando se trata de la defensa de sus derechos, en atención a su minoridad y a su trato preferencial en cuanto al solvento de sus alimentos ya sean congruos o necesarios. Al igual que a través de vía jurisprudencial se ha eliminado cualquier diferencia que hubiera entre los hijos adoptivos, matrimoniales y extramatrimoniales, colocándolos a todos en posición de igualdad respecto derechos herenciales y derecho de alimentos. Por tanto, es importante resaltar que si bien la Cesación de los Efectos Civiles de matrimonio católico y el Divorcio son diferentes a la disolución de la unión marital de hecho, los derechos que le asisten a los menores son los mismos.

METODOLOGÍA

El tipo de investigación a utilizar en la presente monografía es aplicado por cuanto se relaciona el derecho con otras áreas del conocimiento, así como con fenómenos sociales. El tipo de estudio será Jurídico-propositivo: Por cuanto se caracteriza porque evalúa fallas de los sistemas o normas, a fin de proponer o aportar posibles soluciones.

La metodología a implementar en nuestra monografía es el Método Hermenéutico el cual hace referencia a la interpretación del derecho, puede compendiarse con el método exegético, sistemático y sociológico. La aplicación de este método se encamina a descubrir, hallar contradicciones, deficiencias, omisiones entre las normas o el sistema jurídico; se caracteriza por el análisis a partir de la vía inductiva.

CAPITULO I

UNIÓN MARITAL DE HECHO Y MATRIMONIO

La Unión Libre en el Derecho Romano

Los romanos entendían por concubinato una unión de inferior naturaleza a las justas nupcias, que producían efectos jurídicos en el antiguo derecho romano, tría el amancebamiento situación de enero hecho; pero en la época del Bajo Imperio cabo por reconocer al *concubinatus*, matrimonio regular pero de orden inferior cuyos efectos eran el de hacer a los hijos alimentarios del padre, el de permitirse que estos fueran legitimados –a diferencia de los que no fueran *liberi naturales*, el de conferir a la concubina, y a los hijos vocaciones hereditarias limitadísimas y algún otro”

El origen del concubinato es muy remoto y poco a poco se propagando hasta llegar a constituir en época de Augusto una especie de matrimonio. Se ha dicho que los romanos llegaron a considerar el concubinato como una unión lícita. Generalmente, las mujeres escogidas para concubinas eran mujeres de condición inferior y con quienes no se podía contraer *justae nuptiae*, por ejemplo el gobernador de una provincia no podía casarse con una mujer de esa región, o el senador no podía casarse con las meretrices, cantantes y bailarinas o no se daba la presunción de concubinato entre patrono y liberta.

Los romanos tenía que los requisitos exigidos para la existencia del concubinato eran los siguientes: a) que os concubinos fueran siempre púberes, b) que fueran solteros, c) solo se podía dar ente hombre y mujer, d) los concubinos no podían ser parientes en el grado prohibido para el matrimonio, e) no existía ninguna formalidad para su constitución y se podía disolver por voluntad de los concubinos.

El criterio diferencia entre el concubinato y el matrimonio era la *affectio maritalis*, ya que los textos hablan de dicha diferencia en los siguientes términos: *concubina igitur as uxore solo dilectu separatur* . En el concubinato se exigía cierta fidelidad y permanencia pero siempre le faltaba el *honor matrimonii*.

Las diferencias entre *justae nuptiae* y el concubinato eran las siguientes: 1) no había dote, tampoco existían las donaciones *propter nuptiae*, la mujer no llevaba el título de *uxor*, ni ocupaba el nivel social del marido, no podían llamar a la mujer *mater* –familias a la mujer no se le consideraba casada ya que le faltan el *honor matrimonii*, los hijos nacidos se denominaban *libei naturales* o *spurri* o *vulgo copcepti* y tenían relaciones cognaticias con la madre.

El concubinato no era la única unión irregular, ya que existían varias a saber:

- *Contubernium* o unión entre dos esclavos (*cognatio servilis*).
- *Stuprum* o unión sexual cn parientes muy cercanos (*incesto* o unión de *impúberes*) en el que los hijos eran considerados concebidos de manera vulgar y (*espurios*).

La ley *julia et papia popea* sancionaba como grave delito el *stuprum* o relaciones adulterinas con persona de condición honrada.

En el derecho Español y debido a la influencia del derecho romano justiniano y post justiniano, las complicaciones españolas (fuero Real, Fuero Juzgo, Siete Partidas entre otras) tienen inspiración romana.

En las Siete Partidas la palabra concubinato se sustituyó por barraganía; para que un hombre pudiese recibir a una mujer libre como barragana era necesario efectuarlo ante homines bonos, explicando en forma manifiesta que la tomaba como su barragana, de manera que si no lo hacía así se tomaba como su mujer legítima. Tampoco se podía tener por barragana a una parienta, tanto en el orden de filiación civil como natural, hasta cuarto grado de consanguinidad. La razón que tuvo el legislador fue evitar el *incestus*.

En cuanto a los hijos de estas uniones tenemos que el Título XV de la mencionada partida, que trata “ de los hijos que no son legítimos” dice que son aquellos que no nacen de casamiento según la Ley” y más adelante al mencionar esta clase de hijos ilegítimos, afirma en la Ley I “ *Naturales et non legítimos*” , respectivamente llamaron los Sabios antiguos *los fijos que non nacen de casamiento segunt ley, asi como los que facen en las barraganas.*”

Por tanto los hijos nacidos de estas uniones, fueron considerados como hijos naturales sin embargo debe notarse que los hijos naturales bien podían ser legitimados .Pero era necesarios que en el momento de engendrarlo el pare no tuviera mujer legítima, ni ella otro marido. De manera que los únicos hijos legítimos eran los que procedían de barraganas, siendo imposible la legitimación de los adulterinos. (ley VII, título XIII, partida VI) .

En el derecho canónico el concepto de concubinato era más restringido que en el derecho civil, porque adquiere un matiz de delito que supone la existencia de elemento tales como la notoriedad pública de estas relaciones carnales continuas o por lo menos frecuente que realiza un hombre y una mujer ilegalmente. Que el concubinato sea público o notorio era de apreciarse como un delito (norma contenida en el canon 2197). Se aclara que se habla de delito canónico, ya que en la actualidad no se tipifica como delito penal aunque antiguamente si lo fue.

En el derecho antiguo, las constituciones apostólicas, dispusieron que el cristiano que decía haber vivido fielmente con una concubina, debe repudiarla si es esclava o casarse con ella si es libre. En la patrística se condenó el concubinato. Las mujeres que permanecían públicamente es estado de concubinato, después de una triple llamada por parte del Obispo, sino obedecían, estaba éste, de oficio, en la obligación de imponer penas severas inclusive las del exilio, si la encontraba conveniente y necesaria.

En el derecho francés de las Costumbres era permitid investigar la paternidad natural, pero los hijos naturales no tenían derechos sucesorales, siendo el objeto de tal acción la obtención de alimentos. Regia el *principi de Virgini pragnanti creditur...* consistente en que los gastos del nacimiento e inmediatamente los subsiguientes se cargaban a la persona que la virgen señalaba como padre de la criatura. En desarrollo de los principios y por desarrollo de vía jurisprudencial se permitió entre otros la investigación de la filiación en los casos en que el concubinato notorio o relaciones estables por el tiempo en que pudo producirse la concepción. La jurisprudencia admite el resarcimiento de los perjuicios en caso de ruptura intempestiva del concubinato, con fundamento en la responsabilidad civil extracontractual. Acepta de igual manera la jurisprudencia la existencia de la

sociedad de hecho entre amantes, siempre que se den los requisitos de toda sociedad: intención de constituirla, aportaciones recíprocas y participación en beneficios y pérdidas.

A la unión marital de hecho se le dio relevancia jurídica en Colombia con la ley 54 de 1990 que la define en su artículo 1º como “...*la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular*”.

De igual manera, para todos los efectos civiles se denominan compañero y compañera permanente al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

La norma citada establece el concepto de lo que debemos entender como unión marital de hecho, y para que estructure, se requiere lo siguiente:

Comunidad de vida marital, que se forma cuando las partes hacen una comunidad de vida permanente y singular³ en cuya conformación opera el

³ “(...) En efecto, de un lado, la ley sólo le otorga efectos civiles a la unión marital de hecho que se conforma por un solo hombre y una sola mujer, lo que, *per se*, excluye que uno u otra puedan a la vez sostenerla con personas distintas y da para decir que si uno de los compañeros tiene vigente un vínculo conyugal, lo contrae después, o mantiene simultáneamente una relación semejante con un tercero, no se conforma en las nuevas relaciones la unión marital, e incluso, eventualmente se pueden desvirtuar las que primero fueron iniciadas; en el fondo, implícitamente se produce el efecto personal de la exclusividad de la relación.”

(...)

De otro lado, esa unicidad se reafirma porque la unión marital exige que los compañeros permanentes “hagan una comunidad de vida permanente y singular”; la permanencia toca con la duración firme, la constancia, la perseverancia y, sobre todo, la estabilidad de la comunidad de vida...”

Y que la comunidad de vida sea singular, atañe con que sea sólo esa, sin que exista otra de la misma especie, cuestión que impide sostener que la ley colombiana dejó sueltas las amarras para que afloraran en abundancia uniones maritales de hecho, y para provocar conflictos mil para definir los efectos patrimoniales; si así fuera, a cambio de la seguridad jurídica que reclama un hecho social incidente en la constitución de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, se obtendría incertidumbre.

consentimiento que permite la existencia de una relación factual de vida familiar, en la cual debe darse la cohabitación, el socorro y la ayuda, compartiendo mesa, techo y lecho.

Causa marital, que es de naturaleza fáctica y consiste en permitir, en desarrollo de la libertad marital, la satisfacción heterosexual y la formación de una familia dentro de los límites y restricciones de la misma ley.

El vínculo marital está condicionado, de hecho, a la existencia de la comunidad de vida, razón por la cual, no puede hablarse de unión marital de hecho respecto de dos compañeros que no hagan vida en común.

Para declarar la existencia de la unión marital de hecho, la ley exige que haya existido una unión permanente -como marido y mujer- durante un lapso no inferior a dos años.

A su vez, el artículo 2º de la Ley 54 de 1990, estableció la presunción de la sociedad patrimonial: “Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos”:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio, y

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan

Cuando se insinúa que por la evidente posibilidad práctica de que una persona tenga relaciones maritales con varias personas debe dársele el correspondiente cubrimiento jurídico a cada una de ellas, se le da visos superficiales y simplemente matemáticos a lo que debe ser una comunidad, ubicando dentro de ella las varias relaciones en las que una misma persona conviva con otras en forma simultánea, desvirtuando en forma radical el concepto de unidad familiar tan ampliamente defendido en nuestra Constitución y lo que el legislador expresamente pretendió con esa regulación”. Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. Sentencia de 20 de septiembre de 2.000, M.P. Dr., Silvio Fernando Trejos Bueno.

sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho”.

De conformidad con la Constitución Política, el matrimonio es el vínculo que da origen a la familia jurídica (inciso 1º art. 42). El Código Civil colombiano le define como 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. (Art. 113).

En nuestro ordenamiento jurídico, se ha adoptado el sistema *causalista*, en virtud del cual, el divorcio solo puede invocarse por causas señaladas en la ley de manera taxativa, clasificando dichos motivos en causales de divorcio sanción⁴ y causales de divorcio remedio. En las primeras, se parte del supuesto de culpabilidad de uno de los cónyuges; de la naturaleza de estas causales participan la primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, y séptima. El divorcio remedio busca solucionar el conflicto familiar, permitiendo la ruptura del vínculo cuando ya hay cierto grado de certeza en torno a que el mismo ha fracasado, porque se ha hecho imposible la vida común de los cónyuges⁵. De esta clase

⁴ “Las causales de divorcio sanción parten del supuesto de la culpabilidad proveniente de las faltas graves 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 propriam turpitudinem allegans potest*”. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Sala Civil Familia Agraria. Sentencia de 27 de octubre de 1999. Tomo IV-2G-149. “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”. Corte Constitucional, Sentencia de 2 de noviembre de 2.000. M. P. Dr., Álvaro Tafur Galvis.

⁵ “A pesar de que el matrimonio es la base fundamental de la familia, y sobre él se edifican pilares tan importantes como la procreación, el progreso, la ayuda mutua, la solidaridad, el respeto, etc., es frecuente que las relaciones entre cónyuges se sumerjan en crisis muchas veces insalvables, que conducen casi de manera necesaria a la ruptura de la unión de la pareja, y de esta manera el divorcio se convierte en el medio para preservar la dignidad, la

se identifican, la causal sexta “toda enfermedad o anormalidad grave...”; la octava “la separación de cuerpos judicial o de hecho que haya perdurado por más de dos años”; y la novena, “el mutuo acuerdo”. En estas no se tiene en cuenta la noción de culpabilidad, sino el acaecimiento de un hecho que hace imposible continuar con la vida conyugal.

Establecida un breve reseña histórica de la evolución de la unión marital de hecho y el concepto de divorcio en nuestra legislación entramos veremos los pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional respecto de la diferencia y semejanzas entre estos dos

convivencia pacífica y la posibilidad de continuar con el desarrollo normal del ser humano como ser social”. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Sala Civil Familia Agraria, Sentencia de 5 de julio de 2000. Tomo IV Folio 2D N° 66.

“...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, tanto para el demandante como para el demandado, la declaración de la culpabilidad del otro y el reconocimiento de la inocencia propia. En consecuencia, 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. De tal manera que al parecer de la Corte le asiste razón a la Vista Fiscal y al representante del Ministerio de Justicia cuando reclaman la constitucionalidad de la expresión controvertida, porque el artículo 15 de la Constitución Política consagra como derecho fundamental el impedir la intervención de terceros en los asuntos propios y el artículo 42 del mismo ordenamiento 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”. Corte Constitucional. Sentencia de 2 de noviembre de 2.000 M.P. Dr., Álvaro Tafur Galvis.

conceptos.

En sentencia C-293 de 1994 ⁶vislumbramos las consideraciones de la Honorable Corte Constitucional de la siguiente manera:

"El concubinato, que es la resultante de relaciones sexuales permanentes y ostensibles entre un hombre y una mujer no casados entre sí, como situación de hecho que es, desde el punto de vista jurídico ha sido diversamente apreciado por los sistemas de derecho positivo; en algunos aparece repudiado enérgicamente; en otros admitido con definitiva y total eficacia; y, en los más, se lo recibe y regulan sus efectos con determinadas restricciones".

"Estas diversas posiciones se apoyan, no obstante, en el mismo fundamento: la moral. Quienes ven en el concubinato una afrenta a las buenas costumbres o un ataque a la familia legítima, lo estiman contrario a la moral y por tanto lo rechazan, negándole eficacia jurídica a las consecuencias que de él dimanen; quienes, en cambio, propugnan su defensa, aseveran que lo inmoral es desconocer en forma absoluta validez a las obligaciones y derechos que son efecto del concubinato.

"Los partidarios de la tesis ecléctica ven en la circunstancia del concubinato dos aspectos diferentes: de un lado, las relaciones sexuales que, por no estar legitimadas por el vínculo matrimonial, consideran ilícitas; y de otro, las consecuencias de orden económico que, en rigor jurídico, no están cobijadas por presunción de ilicitud y que, por lo tanto, estiman que deben ser objeto de regulación por el derecho.

"De acuerdo con ella, el concubinato no genera, como sí ocurre con el matrimonio, una sociedad de bienes que la ley se anticipa a reconocer y reglamentar. Con base en la equidad, empero, se sostiene que una conjunción de intereses, deliberada o no por los amantes, un largo trabajo en común puede

⁶ Sentencia C-293 -1994 Honorable Corte Constitucional. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell

constituir una sociedad de hecho, producto casi siempre más de las circunstancias que de una actividad razonada y voluntaria”.

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de Casación Civil, Sentencia Sustitutiva, de fecha octubre 25 de 1994 (Magistrado Ponente: Eduardo García Sarmiento), en su momento expresó:

“Aparece claro entonces, que el Estado colombiano reconoce y promete proteger tanto la familia matrimonial como la extramatrimonial, siempre que ésta según el constituyente sea formada por un hombre y una mujer que lo hagan de manera responsable, seria y asumiendo las obligaciones que implica formar parte de un grupo familiar. Es decir, la Carta protege la familia extramatrimonial en cuanto llene las características de la familia matrimonial, pudiendo afirmarse que para serlo solamente faltaría el vínculo conyugal. Al reconocerse expresamente la unión marital de hecho”.

Frente a la posición de la Honorable Corte Constitucional nos damos cuenta que el cuestionamiento sobre asemejar la Unión Marital de Hecho al matrimonio y el reconocimiento de los derechos que esto implica para los partícipes, es no solo una discusión jurídica sino moral.

Posturas de la corte suprema de justicia, corte constitucional de Colombia y el Consejo de Estado frente a la unión marital de hecho

En estudio realizado por Martha Estupiñán⁷ respeto del principio de igualdad en relación con los compañeros permanentes se obtuvo la siguiente conclusión:

Corte Suprema de Justicia

La unión marital de hecho es una situación fáctica sin embargo conforme avanza la sociedad se reconocen más derechos a una situación que si bien es cierto no es igual al

⁷ PEREZ ESTUPIÑAN MARTHA I., GUEVARA VARGAS WALTER, ARIZA GARCIA JORGE Unión marital de hecho. Análisis Jurisprudencial desde el derecho a la igualdad para los compañeros permanentes. Páginas 99, 100 y 101.

matrimonio si implica consecuencia jurídicas de relevancia “si la unión marital de hecho puede llegar a constituir un estado civil”, aspecto jurídico que atañe a la situación de la persona frente a la familia, la sociedad y el Estado. El argumento expuesto por la Corte es que era el poder legislativo el competente para examinar tal cuestión y si bien las dos instituciones tenían elementos comunes, por esto no se podían llegar al punto de ser concebidas como un estado civil. La sentencia del 18 de junio del 2008 (M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar), puede considerarse hito dentro del análisis jurisprudencial, ya que reconoce que la unión marital de hecho es un estado al de derecho, como situación inherente de la persona frente al Estado la sociedad y la familia, teniendo en cuenta criterios de igualdad, evolución social y normativa.

Corte Constitucional de Colombia

Antes de concluir la posición de la Honorable Corte Constitucional a este problema jurídico, es necesario reconocer que esta alta corporación, como garante de derechos fundamentales en Colombia, en reiterados fallos ha abordado el tema del derecho a la igualdad y los mandatos que cobijan todos los actos y hechos jurídicos en el país. La Corte Constitucional, además de reiterar la aplicación del principio a la igualdad a los compañeros permanentes, también ordena su aplicación general a todo el núcleo familiar individual y grupalmente considerado, en el entendido de que se debe extender a los hijos habidos en la unión marital de hecho y los hijos que existan en la familia que conformen los compañeros permanentes producto de uniones anteriores pero que conviven todos juntos, ya que estos deben ser considerados como hijastros que pertenecen al núcleo familiar y, por ende, deben ser tratados sin discriminación alguna. En virtud de las disposiciones constitucionales, la Corte manifiesta que cualquier regulación, emanada incluso de los actos administrativos, no puede estar empleando una desventaja respecto de unos miembros del grupo familiar. Cabe resaltar las Sentencias C-075 del 2007, C-844 del 2010, C-283 del 2011 que en forma armonizada realizan una ingeniería de reversa con citas de fallos de últimas décadas en los que se plasma el derecho a la igualdad visto desde los diferentes escenarios y desde el derecho internacional de derechos humanos, reconociendo su no unificación en la norma. Es por esto que se busca en este problema jurídico ahondar en la dimensión de los derechos constitucionales que cobijan a los compañeros permanentes, tales como:

- La protección

constitucional de la familia, independientemente de su origen. • El derecho a la igualdad para parejas homosexuales y heterosexuales. • Los derechos en materia prestacional. • Los derechos en materia de seguridad social en pensiones y en salud. • Los derechos en materia de obligaciones alimentarias. • Los derechos en materia tributaria, entre otros. Para concluir, respecto al derecho a la igualdad, se puede decir que gracias a la Honorable Corte Constitucional, el ciudadano común puede sentirse satisfecho, porque poco a poco se han ido ponderando los derechos y las garantías de que son titulares. Esta alta corporación se reafirma cada vez más en la idea de no exclusión y no discriminación como el valor auténtico que sustenta la seguridad jurídica en su verdadera dimensión. El trato que la Corte le ha dado a los distintos tipos de familia se ha ido afianzando, y per se la familia es y será en el andamiaje jurisprudencial la piedra angular, cimiento para el análisis de otros problemas jurídicos que giran alrededor de la familia y que son parte de nuestra cotidianidad. En la Sentencia C-250 del 2012 se resumen los mandatos que comprenden el derecho a la igualdad que es preciso traerlos como colofón para reflexionar sobre principio visto desde esta alta corporación. Principio de igualdad. Mandatos que comprende. Del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación, los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.

Consejo de Estado

En las sentencias estudiadas del Consejo de Estado, se observan casos en los que las compañeras permanentes no pueden acceder a seguridad social o a su sustitución. Sentencia C-250 del 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: Marzo 28 del 2012). Unión marital de hecho: análisis jurisprudencial desde el derecho a la igualdad para los compañeros permanentes 101 pensional y en general se les niegan sus derechos, pues se les exigen cargas no contempladas en la legislación, como es el caso de la apertura de la sucesión o la finalización formal del vínculo matrimonial o la declaración de la unión, entre otros requisitos que piden las entidades, en especial entidades del Estado. Así por ejemplo, esta Corporación plantea que si con el fin de obtener la sustitución pensional, los compañeros permanentes ya acreditaron su calidad, incluso mediante sentencia judicial, mal puede el Estado exigirle requisitos no contemplados en la Ley ni tampoco extender este perjuicio a otros beneficiarios de la sustitución pensional, para esto remite al art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003. Del mismo modo, ante la negación de incluir al compañero(a) permanente como beneficiario de la seguridad social de su compañero a causa de la no formalización de la separación de este con su cónyuge, el Consejo de Estado estipula que debe otorgársele este derecho, pues, pese a que las disposiciones regulativas en este aspecto contemplan que para la respectiva afiliación a seguridad social debe hacerse afectiva la separación, el compañero permanente no es el responsable de que se realice este trámite, y si ya se encuentra acreditada la existencia de la unión marital de hecho y es probada su convivencia, no puede causársele un desmedro a su derecho fundamental a la seguridad social. Finalmente, de este problema jurídico puede afirmarse que para el periodo 2005-2011, respecto a seguridad social y sustitución pensional no hubo ningún pronunciamiento en que el Consejo de Estado hubiere dado un trato desigual a los compañeros permanentes, privilegiando al cónyuge únicamente, o favoreciendo a una u otra relación derivada del parentesco, todo con base en postulados de igualdad y prohibición constitucional de discriminación en razón del origen o forma de configuración familiar.

De lo anterior se puede concluir que el lineamiento jurisprudencial se encuentra aún distante, de reconocer igualdad de derechos para los hijos de los compañeros permanentes, sometiéndolos tácitamente a pagar por el hecho de que sus padres a espaldas del Estado se unen en lazo legalmente constituido por la Ley pero repudiado

por la sociedad.

CAPITULO II

EL DERECHO DE ALIMENTOS

Etimología e importancia

La palabra alimentos proviene del vocablo latino, *alimentum*, *ab alere* que quiere decir nutrir, alimentar. En sentido recto significa las cosas que sirven para sustentar el cuerpo, y en el lenguaje jurídico se usa para asignar lo que se da a una persona para atender su subsistencia.

Naturaleza jurídica

Como consecuencia de la protección constitucional y legal de la familia, los Alimentos corresponden a una obligación de carácter civil, que implica una necesidad actual, es decir, solo se conceden en favor de personas que, por no poder proporcionárselos a sí mismas, se hallen en estado de necesidad de recibirlos de terceros, generalmente sus parientes.

La obligación alimentaria encierra un profundo sentido ético y social, ya que significa la preservación del valor primario: la vida, un deber de solidaridad familiar que se impone de acuerdo con la necesidad del que debe recibirlos y en la posibilidad de quien debe darlos.

Los alimentos tan solo pueden ser cobrados a parientes que, por supuesto, tengan capacidad económica de proporcionar ayuda. Esta exigencia se funda en el precepto “*ad impossibilia nemo tenetur*”.

Así las cosas, el alimentante debe contar con medios suficientes, no solo para atender sus propias necesidades y las de su familia, sino también las del hijo que se las demanda.

De conformidad con el artículo 422 del Código Civil, los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos para toda la vida del alimentario. Del mismo modo con las orientaciones de la Corte, la ley consagra un deber más intenso para el alimentante en relación con aquellas personas que le son más próximas y frente a las cuales tiene incontestable deber de solidaridad.

Tratándose de los hijos (personas que son más próximas), la obligación alimentaria se concibe más acentuada.⁸

En los procesos de Alimentos, el objeto de prueba, además de los elementos conocidos como Necesidad, atinente a los imperativos de subsistencia para la persona del alimentario, y Capacidad, entendido como la solvencia misma que ha de ostentar el

⁸ “Por ello, bien podía la ley establecer distintas intensidades de la obligación alimentaria, a fin de consagrar un deber más intenso para el alimentante en relación con aquellas personas que le son más próximas y frente a las cuales tiene un mayor deber de solidaridad, y una obligación menos fuerte frente a otras personas en relación a las cuales su deber de solidaridad es menor. En tales circunstancias, la distinción entre distintos tipos de obligaciones alimentarias, tal y como lo establece la disposición acusada, es producto de la libertad de configuración del legislador en la materia, pues precisamente reserva los alimentos congruos (deber más riguroso) para las personas que son más próximas al alimentante en términos de parentesco, y frente a las cuáles tiene mayores obligaciones de protección, como los ascendientes, descendientes, cónyuge y compañero, mientras que establece los alimentos necesarios (obligación menos estricta) frente a los hermanos, que tienen mayor lejanía familiar y frente a los cuales el alimentante tiene menores responsabilidades de solidaridad. Esta diferencia de trato se funda entonces en un juicio político del Legislador sobre los deberes de solidaridad que es compatible con la Carta. En ese sentido, la Corte declarará la exequibilidad de la definición de alimentos congruos y necesarios contenida en el artículo 413 del Código Civil. Igualmente esta Corporación considera que se ajusta a la Carta que el artículo 414 de ese mismo estatuto, en armonía con el artículo 411, haya atribuido alimentos necesarios a los hermanos legítimos”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-153-03, Sentencia de 25 de febrero de 2.003. M.P, doctor, Eduardo Montealegre Lynnett.

alimentante dentro de parámetros racionales y razonables para poder suministrar los alimentos, se plantea el del *Derecho*, referido al vínculo jurídico de parentesco o el supuesto de donde nace la obligación que ha de existir entre los sujetos de la relación alimentaria, *verbi gratia*, el existente entre el padre y el hijo menor de edad.

5.1. El fundamento probatorio del elemento *Necesidad* de los alimentos, se fincaría en la propia estimación, que bajo la gravedad del juramento hizo la progenitora del niño Noah Leonardo Chaparro Cruz. Se trata del juramento estimatorio como medio de prueba⁹.

⁹ “Lo mismo opina *Aurelio Scardaccione*, quien dice, con mucha propiedad, que el juramento es “una declaración testimonial, entendida en sentido lato: bajo tal aspecto, es indudablemente una prueba, la que en su significado jurídico es, justamente, la representación o demostración de la *verdad formal* del hecho controvertido, alcanzada mediante este particular instrumento legal”. Su objeto inmediato es la fijación de los hechos declarados, de los cuales depende la decisión de la litis independientemente de su verdad; esta decisión es apenas su efecto mediato, mediante la sentencia, en la cual se examina la decisoriedad de los hechos. La jurisprudencia de casación italiana se ha definido firmemente por la doctrina que considera el juramento como un medio de prueba, según puede verse por las numerosas citas que trae *Scardaccione*, de sentencias proferidas en los últimos veinte años. Adoptan también esta tesis, entre otros, *CHIOVENDA, CARNELUTTI, CAPELLETI, JEAN SICARD, GENTILE, COUTURE, ANTONIO ROCHA, ALLORIO, Y OTORINO TENTOLINI*. Adoptamos sin vacilación esta última tesis, porque la circunstancia de que un acto jurídico tenga valor formal de prueba tasada, es decir, que produzca la fijación formal del hecho, no excluye su naturaleza de medio de prueba...” (...) “Una cosa es la libertad de vinculación para valorar los medios de prueba, y otra muy diferente, la naturaleza probatoria de un medio. Para nosotros, el juramento (decisorio, supletorio o estimatorio), es un medio de prueba de igual naturaleza que la confesión, es decir, es una declaración de ciencia de la parte que lo presta...” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II, Quinta ed. Bogotá D.C. Temis 2.002. pp. 6-7.

Nuestra Corte Constitucional ha remozado la noción de juramento estimatorio como medio de prueba¹⁰.

“La legislación procesal civil en Colombia consagra el juramento como uno de los medios de prueba que buscan definir obligaciones o establecer hechos controvertidos, y ya se contemplaba en la Ley 105 de 1931 (Código Judicial). Se distinguen dos (2) tipos de juramento: el estimatorio en el que la ley defiere al acreedor la facultad de estimar en dinero el derecho demandado; y el juramento deferido por la ley o supletorio en el que se faculta al juez para pedir el juramento a una de las partes, a fin de suplir una prueba que por renuencia de la parte contraria no pudo ser practicada. El juramento estimatorio en el Código de Procedimiento Civil estaba dirigido a estimar en dinero el derecho demandado y le asignaba el valor de prueba mientras no sea objetado, permitiendo además que el juez ordenara su regulación cuando considerara que era notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión, e imponía multa cuando la cantidad estimada superara el doble de la que resultare de la regulación”.

Pues bien, si el caso *sub examine* contrajera al debate sobre solo uno de los clásicos elementos de la prestación alimentaria, -la necesidad- presente o futura del beneficiario, la acción debería prosperar sin más, porque la necesidad presente de la alimentaria se halla patentizada con el juramento estimatorio.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-279 de 15 de mayo de 2.013.

2.4.1. Capacidad del Alimentante: El monto de la cuota debe mensurarse con sustento en las capacidades domésticas del deudor –y no podría ser de otra manera, pues la ley y la jurisprudencia¹¹ imponen tomar siempre en consideración las facultades del deudor y las circunstancias domésticas.

La Corte Constitucional ha entendido por derecho de alimentos a:

“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 medio”. Igualmente, ha precisado que el fundamento de esta obligación es constitucional toda vez que “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”, ya que el cumplimiento de dichas obligaciones aparece “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 en 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 (art. 2º, 5, 11, 13, 42, 44 y 46 C.P.)”

En cuanto a niños y adolescentes, este derecho se torna fundamental, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 Superior que dispone: “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

¹¹ “Para tasar los alimentos que una persona debe a otra, la ley exige al juez (art. 423 C.C.) que tenga en cuenta las facultades de quien los debe y sus circunstancias domésticas (art. 419) y las capacidades del alimentario (art. 420)” Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 20 de noviembre de 1.951. En Código Civil Colombiano. Edición Especial del Centenario. 1.887-1.987. p. 175.

ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.”

En ese entendido, el artículo 24 de la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, contempla la siguiente definición de los alimentos:

“Artículo 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.”

De las normas en cita, se advierten los elementos constitutivos de este derecho y que se hace extensivo a la recepción de las cuotas alimentarias, las cuales se presumen indispensables para garantizar el desarrollo pleno e integral de los niños. Igualmente, se observa que el derecho a recibir alimentos se relaciona estrechamente con otros consagrados en el artículo 44 Superior, como fundamentales de los niños.

De otra parte, este derecho se encuentra protegido por procedimientos especiales, previstos en la legislación de familia los cuales deben guiarse por el principio desarrollado tanto en la Constitución como en la Ley 1098 de 2006 y que hace referencia al interés superior de los niños, en los siguientes términos:

“Artículo 44: (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

“Artículo 8o. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente,

el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.”

A la luz de este principio, la Corte ha indicado que al momento de tomar decisiones que incidan sobre tales derechos, las autoridades, incluidas las judiciales, deben promover el interés superior del niño. Sobre las implicaciones de valorar este interés superior, este Tribunal dijo en la Sentencia **T-510 de 2003**:

“¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores? La respuesta únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular. Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relaciones sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.

“Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso.

“Por lo tanto, para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas –las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados–, como (ii) jurídicas –los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil”.

En ese mismo sentido, es necesario tener en cuenta que, según lo estableció esta Corporación en la sentencia T-408 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), el interés del menor:

“Debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”; no obstante, ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres. Por el contrario: el interés superior del menor prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos. 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 mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor. De hecho, 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’.”

Así las cosas, al momento de tomar una decisión, las autoridades públicas deben analizar las circunstancias que rodean la situación particular del menor comprometido para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño y qué medidas deben adoptarse para protegerlo. Lo anterior en aras de rodearlo de garantías y beneficios que protejan su proceso de formación y desarrollo hacia la adultez, dentro del cual los alimentos juegan un papel primordial.

CAPITULO III

EL DERECHO DE ALIMENTOS, PARA LOS HIJOS DE LOS ESPOSOS Y LOS COMPAÑEROS PERMANENTES - PRINCIPIO DE IGUALDAD

En el estudio realizado en los capítulos I y II de la presente monografía presentamos un esbozo de la unión marital de hecho, el matrimonio, el derecho de alimentos. Ahora vamos a hacer una interacción entre estos tres conceptos para llegar al objetivo de este trabajo el cual es demostrar la importancia que tiene para la protección del interés primordial de los menores la fijación de los alimentos a la hora de preferir el fallo dentro de la disolución de la unión marital de hecho.

En primer lugar se estudió la evolución del concubinato, pasando por el derecho Español, el Derecho Francés, el derecho canónico hasta llegar a nuestro ordenamiento, dentro de lo cual se pudo observar que el reconocimiento de derechos a los compañeros permanentes sido una lucha de lo real sobre lo formal y lo moral, encontrándonos con fallos que han reconocidos derechos en cuanto a sucesiones, liquidaciones patrimoniales, en seguridad social, pero los alimentos no se han regulado.

En primer lugar encontramos las obligaciones del Juez a la hora de proferir el fallo de Divorcio y de la Cesación de los Efectos Civiles del matrimonio católico:

- a) Si el cuidado de los hijos corresponde a uno de los cónyuges, o a ambos o a otra persona.

- b) A quien corresponde la patria potestad sobre los hijos no emancipados, en los casos en que la causa probada del divorcio determine suspensión o pérdida de la misma.
- c) La proporción en que los cónyuges deben contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes.
- d) El monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges le deba al otro, si fuere el caso.

La sentencia que decreta el divorcio se registrará en la correspondiente oficina del estado civil, la cual se inscribirá en el folio de matrimonio y en el de nacimiento de cada uno de los cónyuges.

Divorcio por mutuo consentimiento

Trámite judicial: El divorcio por mutuo consentimiento se tramitará como un proceso de jurisdicción voluntaria.

En la demanda los cónyuges deben manifestar, además de su consentimiento, la forma como cumplirán sus obligaciones alimentarias entre ellos y respecto de los hijos comunes y su régimen de visitas, así como el estado en que se encuentre la sociedad conyugal.

En la sentencia el juez resolverá los aspectos antes mencionados, declarará disuelta la sociedad conyugal, ordenará su liquidación y dispondrá la inscripción de dicha sentencia en los respectivos folios del registro civil.

Trámite notarial: el divorcio por el trámite notarial, es decir, por mutuo consentimiento de los cónyuges manifestado ante notario, nació como autorización del artículo 34 de la Ley 962 de 2005, reglamentado por el Decreto 4436 de 2005.

El divorcio de matrimonio civil, por mutuo acuerdo de los cónyuges puede tramitarse ante el notario del círculo que escojan los interesados y se formaliza mediante escritura pública.

La petición de divorcio dirigida al notario debe ser presentado por intermedio de abogado.

La petición debe contener:

- 1.- Identificación de los solicitantes
- 2.- El acuerdo suscrito por los cónyuges con la manifestación voluntaria de divorciarse, además contendrá disposiciones sobre el cumplimiento de las obligaciones alimentarias entre ellos, si es el caso, y el estado en que se encuentra la sociedad conyugal; y se informará sobre la existencia de hijos menores de edad.
- 3.- Si hay hijos menores de edad, el acuerdo también comprende los siguientes aspectos: la forma en que contribuirán los padres a la crianza, educación y establecimiento de los mismos, precisando la cuantía de la obligación alimentaria.

Intervención del defensor de familia: habiendo hijos menores de edad, el notario le notificará al Defensor de Familia del lugar de residencia de aquellos, mediante escrito, el acuerdo al que han llegado los cónyuges. El Defensor de Familia deberá emitir su concepto dentro de los 15 días siguientes a la notificación. Si en dicho plazo el Defensor de Familia no ha emitido su concepto, el notario dejará constancia de tal circunstancia y procederá a autorizar la escritura pública enviándole al Defensor una copia de esta a costa de los interesados.

Las observaciones legalmente sustentadas que hiciere el Defensor de Familia referidas a la protección de los hijos menores de edad, se incorporan al acuerdo de ser aceptadas por los cónyuges. En caso contrario se entenderá que han desistido del perfeccionamiento de la escritura pública, y se devolverán los documentos a los interesados, bajo recibo.

En la escritura de divorcio de matrimonio civil se protocolizará la solicitud, el poder, los certificados de los registros civiles y el concepto del Defensor de Familia. Cumplidos estos requisitos el notario autorizará la escritura pública de divorcio de matrimonio civil para luego proceder a la inscripción de esta en los respectivos registros de nacimiento y matrimonio.

Requisitos que debe contener el fallo de la unión marital de hecho:

El fallo de la disolución de la unión marital de hecho cuando es de común acuerdo no ordena al Juez más que establecer los parámetros temporales de dicha unión y su consecuencial sociedad patrimonial de hecho. Cuando no es de común acuerdo se deben

establecer las circunstancias que dieron origen, la singularidad el auxilio, socorro y ayuda mutua entre los compañeros permanentes además de que establecer los impedimentos legales si los hubiere, los parámetros temporales. Esto en lo contencioso.

Sin embargo el Decreto 1664 de agosto de 2015, traslada al Notario funciones del Juez de la Republica permitiéndole declarar en Escritura Pública la Existencia y Disolución de la Unión Marital de Hecho y la Cesación de los Efectos Civiles del Matrimonio Católico cuando sea de común acuerdo, cumpliendo con los requisitos de forma exigidos en el referido Decreto, acompañado además por un acuerdo entre las partes respecto de las obligaciones alimentaras para con los menores hijos ya sean de los compañeros permanentes como de los esposos, suscrito ante Defensor de Familia o autoridad competente o legalmente reconocida para tal efecto.

En caso de que la solicitud no anexe el concepto del Defensor de Familia habiendo hijos menores de edad, el Notario le comunicara al Defensor de Familia sobre la solicitud que han presentado.

El Defensor de Familia deberá emitir su concepto dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de las mismas. Las observaciones anotadas por el Defensor de Familia serán anexadas a la escritura pública las cuales deben ser aceptadas por los solicitantes, de no ser así el Notario entenderá que existe controversia y lo remitirá las actuaciones al Juez competente.

En Sentencia 257 del 2015¹² La Honorable Constitucional presenta los siguientes parámetros de diferenciación entre la unión marital de hecho y el matrimonio:

a.- La unión marital de hecho porque ya ha sido regulada por el derecho.

b.- No hay diferencia en el móvil del matrimonio y el de la unión marital, pues en los dos casos la decisión debe tomarse libre y responsablemente para formar una familia.

c.- La expresión “unión libre” es contradictoria y en todo caso el matrimonio consensual es una figura más antigua que el solemne.

¹² Sentencia 257 de 2015. Honorable Corte Constitucional. Magistrado Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

d.- Para la Corte Constitucional, el matrimonio es la ceremonia, el vínculo jurídico

La jurisprudencia constitucional ha reconocido las diferencias entre el matrimonio y la unión marital, sin embargo la tendencia jurisprudencial es reducir estas distinciones.

f.- La jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido coherente con la doctrina que considera que el matrimonio consensual y el matrimonio solemne son diferentes.

g.- Una de las consecuencias de que el Tribunal Constitucional no le dé al matrimonio consensual el estatus que reclaman la Constitución y la sociedad, es que ha legalizado la bigamia y la coexistencia de un matrimonio consensual con uno solemne.

d. La Corte lo ha aceptado cuando ha reconocido dos pensiones a dos beneficiarias del mismo fallecido: su cónyuge sobreviviente y su compañera permanente.

h.- La diferencia central entre matrimonio consensual y solemne para efectos de la constitución de la sociedad patrimonial es el medio de prueba. En principio no habría discriminación en los fragmentos acusados, pues el plazo de dos años pretende garantizar la seriedad de la unión.

i.- El matrimonio solemne y el consensual se perfeccionan con la ceremonia y con la convivencia, respectivamente, las pruebas de su existencia son diferentes y eso podría justificar la necesidad de que transcurran dos años en el caso del matrimonio consensual.

j.- La forma de eliminar la diferencia probatoria, que el interviniente no considera inconstitucional pero que sí atenta contra la seriedad y estabilidad del matrimonio en sentido y amplio, es establecer la misma prueba: el registro civil.

k.- Con respecto a la disolución, no es comprensible la previsión legal que, en el caso del matrimonio solemne, establece que debe esperarse un año para volver a comenzar a contabilizar el tiempo de nacimiento de una nueva sociedad patrimonial en el marco de un matrimonio consensual; mientras que, disuelta una sociedad patrimonial, al día siguiente se puede constituir una

sociedad conyugal o comenzar el conteo de tiempo para formar una nueva sociedad patrimonial en el escenario de un matrimonio consensual.

l.- El matrimonio solemne genera o no la sociedad conyugal, si no se crea desde el comienzo, después no puede formarse. El matrimonio consensual puede iniciarse sin opción de fundar sociedad patrimonial y luego formarla.

Lo anterior continúa afianzando nuestra tesis en el sentido de que a la Unión Marital se le continúan reconociendo cada vez más derechos, pero todos aquellos atinentes a la parte económica de los compañeros permanentes, dejando de un lado la regulación estricta y necesaria que se debe tener, como garante del derecho fundamental de alimentos para los menores de edad.

Las Altas Cortes han legislados en favor de ambas uniones, eso no se desconoce y si bien es cierto la posición es conservadora del derecho de las *justae nuptiae* e de resaltar que sobre todos los derechos reconocidos a los compañeros permanentes, prima el derecho de alimentos.

El Decreto 1664 de agosto de 2015, es un claro ejemplo de la importancia de la regulación de los alimentos para los menores hijos concebidos dentro de la unión marital de hecho. Ahora le resta al legislador tener en cuenta que en el fallo que disuelve la unión marital de hecho es de igual importancia no solo establecer los parámetros del vínculo sino dejar en claro los alimentos de los hijos menores de edad, dado que no se está dando con esto una el estatus de matrimonio a la unión marital de hecho, se le está reconociendo en derecho la igualdad que ya esa dada en otro campos legislativos a los hijos de los compañeros permanentes como a los hijos matrimoniales, igualdad que ya está contemplada en nuestra legislación en cuanto a derechos sucesorales, derechos de filiación, derechos pensionales. Entonces no es de recibo por estos estudiantes que de forma caprichosa se siga discriminando a los menores que no nacieron dentro de las *justae nuptiae* ignorando el derecho que tienen a ser amparados por la Ley cuando sus padres deciden poner fin a su unión marital de hecho.

El principio de igualdad se da entre iguales y aquí no se busca entre la unión marital de hecho en relación con el matrimonio, la igualdad se da entre los hijos a los cuales la ley actual equipara en todos sus derechos.

CONCLUSIONES

- La unión marital de hecho y el matrimonio son diferentes aunque las situaciones de facto son iguales, nacen de vínculos jurídicos distintos.
- Las consecuencias jurídicas de la liquidación de la sociedad conyugal y las consecuencias jurídicas de la declaración de la existencia de una sociedad patrimonial son distintas ya que cada una depende de parámetros temporales diferentes y tiene su propia regulación.
- El matrimonio no es únicamente comunidad de vida que surge del pacto conyugal; ésta es el desarrollo vital del matrimonio, pero no es lo esencial en él. La esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges.
- La Corte Constitucional ha hecho grandes avances en el reconocimiento de los derechos para los compañeros permanentes.
- A medida que avanza la sociedad se establecen relaciones familiares diferentes frente a las cuales el derecho debe avanzar de manera sosegada ya que debe primero conocer sus consecuencias a través del tiempo para de esta manera entrar a regular.
- El derecho de alimentos es un derecho fundamental de indispensable observancia.
- El ordenamiento jurídico Colombiano en el artículo 1° de la ley 29 de 1982, consagro la igualdad no sólo entre los hijos legítimos y los naturales, sino entre unos y otros y los adoptivos: “Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones”.

- El derecho de alimentos no tiene discriminación alguna entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos.
- La prueba para demostrar el vínculo jurídico en el caso de los hijos de compañeros permanentes y los hijos de los esposos es la misma: El registro Civil.
- Los hijos de los compañeros permanentes son descendientes legítimos, por tanto acreedores legalmente constituidos de alimentos.
- El estatus de la unión marital de hecho en nada debe afectar la obligación alimentaria de los compañeros permanentes ya que este es derecho del menor al cual el ordenamiento asemeja a un incapaz y frente a quien se tiene una obligación clara de protección, socorro y ayuda hasta que pueda valerse por sí mismo con el producto de su propio esfuerzo.
- En la sentencia de disolución de la unión marital de hecho es necesario que se regulen los alimentos para los menores hijos por las razones anteriormente expuestas.

BIBLIOGRAFÍA

Suárez Franco, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II 3ª edición. Bogotá. Temis S.A. 1999.

Edmond Champeau y Antonio José Uribe. Derecho Civil.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. Derecho de Familia de la Infancia y de la Adolescencia. Décima primera edición. Bogotá. Editorial ABC. 2008.

Uribe Arcila, Oscar y Uribe De Vera Claudia P. Derecho Civil, General, Personas y Familia. Octava edición. Editorial Linotipia Bolívar y Cía. S en C. 1994.

Suárez F. Roberto. Derecho de Familia. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá 1979.

Cañón Ramírez Pedro Alejo. Derecho Civil Familia. Tomo II. Editorial Presencia Ltda. Bogotá. 1995.

Valencia Zea. Arturo. Derecho Civil Derecho de Familia. Tomo V. Editorial Temis. Bogotá. 1983.

Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de los Jueces y Juezas en Colombia. Área Familia. Escuela Judicial. Rodrigo Lara Bonilla.

Código de La Infancia y La Adolescencia. Ley 1098 de 2006.

Yaya Martínez. Carlos. Derecho de Familia. Tomos I y II Ediciones Jurídica Radar. 1996.

Rojas Miguel Enrique. El Proceso Civil Colombiano. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 1999.

Valencia Zea Arturo. Derecho Civil Parte General y Personas. Décimo Tercera Edición. 1994.

Parra Quijano, Jairo. Manuel de Derecho Probatorio. Décimo Sexta. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2007.

López Blanco Hernán Fabio. Procedimiento Civil Ediciones Dupré. Bogotá 2009.

