

La constitucionalización de la unión marital de hecho a través de la jurisprudencia

Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE *

Sumario

Introducción 1. Los antecedentes constitucionales y legales del reconocimiento de las uniones maritales de hecho 2. La jurisprudencia constitucional sobre las uniones maritales de hecho

2.1. El derecho a la protección como familia en sentido amplio

2.2. Los derechos inherentes al matrimonio y a la unión marital de hecho

2.3. El derecho a formalizar matrimonio

2.4. El derecho a conformar una sociedad patrimonial

2.5. El derecho a la porción conyugal y la vocación hereditaria

2.6. El derecho a la pensión de sobreviviente y a la sustitución pensional

2.7. El derecho a la adopción del hijo biológico de la pareja

2.8. El derecho a destinar un inmueble a vivienda familiar y a su inembargabilidad

2.9. El derecho al subsidio familiar

2.10. El derecho a disfrutar del sistema de salud

2.11. El derecho a la obligación de alimentación y el delito de inasistencia alimentaria

2.12. El derecho a la protección contra la violencia intrafamiliar.

Conclusiones

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado; Especialista en Derecho Administrativo; Doctor en Derecho. **Universidad Monteávila**, Director del Centro de Estudios de Regulación Económica. **Universidad del Rosario** (Colombia), Profesor de la Maestría en Derecho. **Universidad de La Coruña**, Miembro de la Comisión Académica del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación; de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica; fundador del Instituto Internacional de Derecho Administrativo de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y de la Red Internacional de Bienes Públicos. www.hernandezmendible.com.

Introducción

Cuando recibí inicialmente la noticia y luego la invitación del profesor Edison Lucio VARELA CÁCERES¹, director de la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, para tributar la meteórica y sólida carrera profesoral de la doctora María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN, quien por concurso de oposición, en apenas 17 años alcanzó la condición de Profesora Titular a tiempo completo, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, acepté sin dudarle y de manera inmediata procedí a buscar entre los 10 libros y 90 artículos que ha publicado nacional e internacionalmente, un tema que ella hubiese tratado previamente, para analizarlo desde la perspectiva constitucional y fue así como encontré trabajos relacionados con las uniones concubinarias², las uniones estables de hecho³, las uniones homosexuales⁴, la pensión compensatoria⁵ o la gestación subrogada⁶, entre otros.

- ¹ Quiero manifestar mi agradecimiento al profesor VARELA CÁCERES, por permitirme contribuir con estas reflexiones al merecido homenaje a la profesora María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN, cuyos méritos académicos hacen que huelgue cualquier comentario adicional.
- ² DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999». En: *Revista de Derecho*. N° 17. TSJ. Caracas, 2005, pp. 215-247.
- ³ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Más sobre las uniones estables de hecho según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia». En: *Revista de Derecho*. N° 27. TSJ. Caracas, 2008, pp. 133-167; y, «La unión estable de hecho. Especial referencia a las uniones concubinarias en el Derecho internacional privado». En: *Derecho de Familia internacional. Metodología para su estudio, Homenaje a Haydee Barrios*. Biblioteca Jurídicas Díké. Medellín, 2014, pp. 549-588 (en coautoría con Yaritza PÉREZ PACHECO).
- ⁴ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Breves consideraciones jurídicas sobre las uniones homosexuales en el marco de la Constitución venezolana». En: *Revista Cuestiones Jurídicas*. Vol. VII, N° 1. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, 2013, www.revistas.uru.edu.
- ⁵ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La pensión compensatoria en el Derecho venezolano: Escasa aproximación legislativa». En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N° 5 bis. IBIDE. Valencia, 2015, pp. 166-188, http://idibe.org/wp-content/uploads/.../6._Mª._Candelaria_Domínguez_pp._166-188.pdf (en coautoría con Edison Lucio VARELA CÁCERES).
- ⁶ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Gestación subrogada». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 1. Caracas, 2013, pp. 183-227, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/1/rvlj_2013_1_183-228.pdf

Ello así, con la finalidad de elaborar una colaboración que aborde algunos de estos temas y brinde un punto de vista diferente a los que han formulado los más calificados profesores de la disciplina del Derecho Civil⁷ y, dentro de ella, de la subdisciplina del Derecho de Familia⁸, en especial con motivo de los recientes fallos constitucionales, seleccioné el tema relacionado con las uniones maritales de hecho, que me permite estudiar la jurisprudencia constitucional comparada, concretamente la desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia, que puede ser de interés para los académicos que, como la profesora DOMÍNGUEZ GUILLÉN, han estudiado, y estudiarán en el futuro, este controvertido tema, así como útil a los demás operadores jurídicos.

Durante los 105 años de vigencia de la anterior Constitución de 1886, que tenía un concepto de Estado de orientación liberal –aunque matizado luego de las reformas introducidas a partir de 1936–, se produjeron una serie de circunstancias políticas, jurídicas, económicas y sociales que dieron origen al proceso constituyente que culminó con la expedición de la Constitución de 1991, que contiene un nuevo modelo de Estado en Colombia.

La Constitución vigente estableció un Estado social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, con un modelo de gobierno democrático, participativo y pluralista, fundado en el respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas, así como en la prevalencia del interés general (artículo 1).

⁷ VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Una lección. La unión estable de hecho (comentario a la sentencia N° RC.000326, de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia)». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 1. Caracas, 2013, pp. 329-380; RIQUEZES CONTRERAS, Oscar: «A propósito de la Ley Orgánica de Registro Civil ¿El concubinato crea un nuevo estado civil?». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 3. Caracas, 2014, pp. 293-314; GARCÍA CALLES, Indira: «Aportes de la Ley Orgánica de Registro Civil a la unión estable de hecho». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 6. Caracas, 2016, pp. 83-105; VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La última sentencia de la Sala Constitucional en materia de instituciones familiares: La familia homoparental». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 9. Caracas, 2017, pp. 225-259.

⁸ LÓPEZ HERRERA, Francisco: *Derecho de Familia*. Tomo I. 2ª, UCAB. Caracas, 2006, *passim*; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. 2ª, Ediciones Paredes. Caracas, 2014, *in totum*.

Conforme a ello, la Constitución, que es la norma suprema o norma de normas (artículo 4), establece entre los fines esenciales del Estado, que este debe servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes establecidos en ella, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. A lo que se suma que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en el país, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (artículo 2).

En tales términos, el Estado reconoce sin discriminación, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como una institución básica de la sociedad (artículo 5).

A partir del texto constitucional y del proceso de cambio políticos, sociales y culturales han surgido diversas inquietudes sobre ¿cuál es la familia y el matrimonio constitucionalmente protegidos, como instituciones en las cuales se cimienta la sociedad?, ¿es factible considerar que las uniones maritales de hecho generan los mismos derechos y obligaciones que la Constitución le otorga a las uniones matrimoniales?, ¿es constitucionalmente válido aceptar que las uniones maritales de hecho de personas heterosexuales –en lo atinente a los derechos y las obligaciones– son equiparables a las uniones maritales de hecho de personas homosexuales?, o ¿es posible reconocer similar protección constitucional a la unión matrimonial, la unión marital de hecho de personas heterosexuales, con la que se puede brindar a una unión marital de hecho de personas homosexuales? A estas interrogantes ha pretendido brindar respuestas la Corte Constitucional, tal como se propone abordar a lo largo del presente trabajo.

Los anteriores constituyen algunos de los ejes centrales a partir de los cuales pueden trabajar los operadores jurídicos, para resolver los asuntos que le correspondan y, en concreto, en lo atinente a la existencia de figuras jurídicas distintas al matrimonio, como son las uniones maritales de hecho, que durante mucho tiempo no disfrutaron de protección jurídica alguna y que, producto de las reformas jurídicas experimentadas en el transcurso del tiempo, se han transformado en una figura jurídica que comporta derechos y también obligaciones.

Es justamente a encontrar las reglas que se extraen de la jurisprudencia constitucional, a lo que se dedicará el presente análisis. Con la finalidad de lograr una mayor claridad en la exposición de las ideas, se dividirá el trabajo en los siguientes aspectos: Los antecedentes constitucionales y legales del reconocimiento de las uniones maritales de hecho; la jurisprudencia constitucional sobre las uniones maritales de hecho, y las conclusiones.

1. Los antecedentes constitucionales y legales del reconocimiento de las uniones maritales de hecho

El análisis de las instituciones familia, matrimonio, parejas e hijos, en sus distintas modalidades debe efectuarse a partir de la disposición constitucional que las regula y el contraste que genera con los textos expedidos por el legislador con la finalidad de procurar el establecimiento de un régimen jurídico compatible con la Constitución.

Tal como se adelantó en la introducción, bajo la vigencia de la Constitución de 1886 –la de más larga vigencia en la historia republicana–, se expidieron el Código Civil que formalmente se identifica como la Ley 57 de 1887, en que se reconocía la figura de la concubina, pero sin otorgarle derechos a ella o a la familia surgida del concubinato⁹; y también se expidió el Código Penal de 1890, que tipificaba como delitos el adulterio de la mujer, el amancebamiento del hombre y el incesto¹⁰.

En el año 1936, se produjo una reforma parcial de la Constitución, en la que no se introdujeron cambios en la materia de la unión marital de hecho, pero se expidió la Ley 45 de 1936, que vino a reconocer como una de las vías para establecer la filiación, la presunción de paternidad del concubino.

⁹ HINESTROSA, Fernando: *Estudios de Derecho de Familia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1976, p. 5.

¹⁰ MONROY CABRA, Marco Gerardo: *Derecho de Familia, infancia y adolescencia*. 15ª, Librería Ediciones del Profesional. Bogotá, 2014, p. 380.

Luego de 10 años de aquella reforma parcial constitucional, en la Ley 90 de 1946, se reconoció el derecho a la sustitución pensional a la concubina, siempre que se cumpliesen los presupuestos establecidos en la ley. Dos años más tarde se expidió el Decreto 1848 de 1948, que estableció el derecho a la protección de la maternidad, de la compañera permanente de la persona afiliada a la seguridad social¹¹.

Estos constituyen algunos de los antecedentes que encontró el constituyente, al momento de definir el estándar que ha reconocido a cada una de estas instituciones del Derecho Civil y, concretamente, del Derecho de Familia, que han sido constitucionalizados en el artículo 42 de la Constitución de 1991, al disponer lo siguiente:

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 progeneración 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.

¹¹ QUICENO FRANCO, Gloria Inés y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ramiro: *Las relaciones familiares en el siglo XXI*. Universidad La Gran Colombia. Bogotá, 2012, pp. 347 y 348.

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.

Esta extensa disposición constitucional tiene desarrollo normativo en un grupo de leyes, entre las cuales se deben destacar a los efectos que interesan a este trabajo las siguientes:

- i. La Ley 57 de 1887, que contiene el Código Civil.
- ii. La Ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.
- iii. La Ley 979 de 2005, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

Estos textos legales han sido objeto de acciones públicas de inconstitucionalidad y, en otros casos, la actividad e inactividad específica que han negado expresamente su aplicación, que las han aplicado incorrectamente o que simplemente no se pronunciaron sobre algún derecho, que se pretendía derivado de una unión marital de hecho, han generado la presentación de acciones de amparo constitucional —«tutela» en la terminología constitucional (artículo 86)—,

para resolver casos concretos. Son los pronunciamientos efectuados sobre estos asuntos, a los que se hará referencia seguidamente.

2. La jurisprudencia constitucional sobre las uniones maritales de hecho

En su condición de guardián de la Constitución y garante de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha establecido un conjunto de reglas respecto de aquellos derechos inherentes a la unión matrimonial, que corresponden igualmente a las uniones maritales de hecho, sin dejar de indicar que son dos figuras jurídicas distintas, que, por lo tanto, también implican un régimen jurídico diferenciado. En el caso de las uniones maritales de hecho, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre las diferencias y similitudes que existen entre aquellas constituidas por parejas de distinto sexo y las del mismo sexo.

El presente estudio, enfocado desde una perspectiva estrictamente constitucional, únicamente se centrará en las sentencias de la Corte Constitucional pronunciadas en los procesos de constitucionalidad, identificadas como C; en los procesos de tutela –amparos–, identificadas como T; y en los procesos de unificación de sentencias, identificados como SU. De las más de tres decenas de sentencias consultadas, se puede deducir el siguiente catálogo de reglas.

2.1. El derecho a la protección como familia en sentido amplio

En los primeros años de vigencia de la Constitución, la Corte Constitucional¹² sostenía que la unión marital de hecho constituía una forma de conformar una familia, distinta de la que surge a través del matrimonio, lo que le llevó a afirmar que esta unión libre entre un hombre y una mujer, sin ningún otro vínculo formal, debía ser objeto de protección en la medida que de allí se encontraba presente la institución familiar.

Conforme a ello, consideraba que la definición legal de unión marital de hecho se circunscribía a las parejas formadas entre un hombre y una mujer

¹² Sent. N° C-098, del 07-03-96.

—excluyendo a las parejas del mismo sexo—, que pasaron a estar reivindicadas y protegidas en los derechos patrimoniales que le reconoce el legislador, constituyendo ello un acto de equidad en la distribución de las obligaciones y deberes que de ella se derivan. Conforme a lo anterior, consideraba que no existe razón alguna para entender que se ha creado un privilegio odioso al no aplicar estas mismas reglas a las uniones homosexuales.

Luego, la Corte Constitucional¹³ vuelve a pronunciarse sobre la unión marital de hecho, al considerar que la Constitución le otorga valor jurídico y que el legislador reconoce que esta puede nacer de la unión entre personas con impedimentos legales para contraer matrimonio.

En tales términos, se señala que quienes forman una familia deben ser responsables y que esta puede ser exigible judicialmente, pues no puede presumirse que las personas que constituyen una unión marital de hecho actuarán de manera irresponsable.

Esto lleva a afirmar que el matrimonio y la unión marital de hecho tienen en común la característica esencial de ser creadoras de la institución familiar, y ambas figuras merecen la misma protección constitucional, dejando a salvo que dicha protección no puede aplicarse enteramente a los asuntos relacionados con los derechos patrimoniales, que se derivan de las sociedades conyugal y patrimonial.

En efecto, las condiciones en que surgen dichas sociedades, como las pruebas sobre su existencia son diferentes, de lo que se pueden derivar consecuencias distintas siempre que sean razonables, en el sentido de que tengan una justificación objetiva.

Lo anterior lleva a considerar la necesidad de una futura regulación legislativa, que disponga de forma amplia y diferenciada estas dos instituciones.

¹³ Sent. N° C-014, del 04-02-98.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional¹⁴ ha señalado que la Constitución consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales, consecuencia de la voluntad responsable de conformarla, aunque sin que se cree un vínculo jurídico orientado a establecerla; o por vínculos jurídicos, producto de la decisión libre de contraer matrimonio y que establece un vínculo jurídico solemne, que se recoge en el contrato de matrimonio. Esta distinción no implica discriminación alguna, significa únicamente que la Constitución ha reconocido la diversidad de maneras como puede constituirse la familia.

Al poco tiempo, la Corte Constitucional¹⁵ efectúa un repaso de los precedentes constitucionales, para introducir cambios relevantes en esta línea jurisprudencial. Es así como comienza reconociendo otras expresiones de familia, al considerar que la presunción de la familia biológica puede ceder ante la familia de crianza, que se da cuando un menor ha sido separado de su familia biológica y es cuidado por una familia distinta, durante un tiempo lo suficientemente largo, como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia, que, por razones del interés superior del niño, puede ser preferida a la biológica.

A las anteriores formas de familia se suman las monoparentales, conformadas por un solo progenitor, junto con los hijos, entre las que destacan las madres cabeza de familia, que por su incremento ha requerido especial atención del legislador, quien ha establecido medidas de acción positiva favorables a la madre, en virtud del apoyo y protección que brinda esta a su grupo familiar más cercano y que por vía jurisprudencial se ha extendido al hombre que se encuentre en una situación de hecho similar, con la finalidad de hacer efectiva la protección de los hijos, en aquellos casos en que estos se encuentran al cuidado exclusivo de su padre.

Tanto el divorcio como la separación consolidan nuevas uniones, que dan lugar a las llamadas «familias ensambladas», que consisten en una «estructura

¹⁴ Sent. N° C-840, del 27-10-10.

¹⁵ Sent. N° C-577, del 10-01-11.

familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa».

Esto permite sostener que «el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia y, hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico». Por tanto, «el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo», porque «en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial».

La jurisprudencia constitucional ha sido constante en la aceptación de los conceptos de familia y matrimonio, derivados de la interpretación literal del primer inciso del artículo 42 de la Constitución. En tales términos, el requisito de heterosexualidad y el carácter monogámico de la unión también presiden la conceptualización de la denominada familia de hecho originada en la convivencia de los miembros de la pareja, quienes no expresan el consentimiento que es esencial en el matrimonio.

La consecuencia inevitable de la anterior conclusión consiste en que, si la familia prevista en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica, «no cabe interpretar unas disposiciones legales que expresamente se refieren al matrimonio y a la unión permanente, y que se desenvuelven en el ámbito de la protección constitucional a la familia, en un sentido según el cual las mismas deben hacerse extensivas a las parejas homosexuales».

Sin embargo, la Corte ha sostenido que la idea sobre la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios, conocida como «cadena compleja de transiciones familiares»:

- i. Una mujer casada con hijos, experimenta el modelo de familia nuclear intacta;
- ii. si luego se divorcia, forma una familia monoparental;
- iii. en el caso que más tarde constituya un nuevo núcleo familiar, con otra persona divorciada, con o sin hijos, surge la familia ensamblada;
- iv. en caso que fallezca el cónyuge o compañero permanente, transita por la monoparentalidad originada en la viudez.

Es así como se recuerda que la interpretación tradicional del artículo 42 de la Constitución, había permitido sostener que la única familia constitucionalmente reconocida es la heterosexual y monogámica, consistente en aquella que liga los vínculos jurídicos que le dan origen a «la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio» y los vínculos naturales «por la voluntad responsable de conformarla», de donde surge que solo el matrimonio y la unión marital de hecho entre un hombre y una mujer son las dos clases de familia que la Constitución protege.

La protección a las parejas del mismo sexo se brinda a partir de beneficios específicos, previamente reconocidos en la ley a las parejas heterosexuales, vinculadas en razón de la unión marital de hecho y esta tendencia general se mantiene cuando los titulares originales del beneficio o la prestación son los cónyuges, pues, inicialmente, se extiende el ámbito de los favorecidos para incluir a la pareja que conforman la unión marital de hecho y, sobre esa base, se produce una extensión posterior que cubre a las parejas homosexuales, por hallarse en situación que se juzga asimilable.

El reconocimiento constitucional del matrimonio para los heterosexuales y su consiguiente protección constitucional no implican necesariamente, la prohibición de prever una institución que favorezca la conformación de la familia

integrada por la pareja homosexual, a través de un vínculo jurídicamente regulado. En efecto, la expresa alusión al matrimonio heterosexual y la ausencia de cualquier mención al vínculo jurídico que formalice la unión entre personas del mismo sexo no comportan que se excluya la posibilidad de que la familia conformada por homosexuales pueda surgir de un vínculo jurídico, pues el contenido del artículo 42 de la Constitución no está en contradicción con los derechos de las parejas homosexuales y, por lo tanto, tampoco impide que se prevea una figura o institución jurídica contractual, que solemnice la relación surgida de la expresión libre de la voluntad de conformar una familia, con mayores compromisos que la originada en la simple unión de hecho.

Actualmente, la pareja heterosexual cuenta con dos formas de dar lugar a una familia, lo que les permite a sus miembros decidir autónomamente y ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto que la pareja homosexual carece de un instrumento para constituir una familia, que les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de elegir que asiste a las parejas heterosexuales. En tales circunstancias, la Corte estima factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen familia, de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión marital de hecho –a la que pueden acogerse si así les place–, ya que, constitucionalmente, es procedente establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual, de un modo distinto a la unión marital de hecho, garantizando el derecho al libre desarrollo de la personalidad y superando el déficit de protección padecido por los homosexuales.

En razón de lo precedentemente expuesto, la Corte afirma que en el ordenamiento jurídico debe tener cabida una figura distinta de la unión marital de hecho, como mecanismo para dar un origen solemne y formal a la familia conformada por la pareja homosexual. Esta figura contractual que permita formalizar el compromiso hace posible que se conozca el vínculo que une a la pareja integrada por contrayentes del mismo sexo, lo que ante la sociedad o el grupo de conocidos o allegados le otorga legitimidad y garantiza la dignidad de las personas de orientación homosexual, quienes no se ven precisadas a ocultar su relación, ni los motivos que las llevan a conformar una familia.

La Corte Constitucional ha señalado que existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, así como que no hay un imperativo constitucional de darles tratamiento igual, ante la ausencia de supuestos semejantes, que hacen improcedente una total analogía. De allí que el juez constitucional debe actuar de manera singular, examinando aspectos concretos patrimoniales o personales, siempre que para cada supuesto haya figuras afines en el ordenamiento jurídico.

Años más tarde, la Corte Constitucional¹⁶ ha destacado que el ámbito de protección especial de la familia, se manifiesta, entre otros, en los siguientes aspectos:

- i. El reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; ii. el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; iii. la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; iv. el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; v. el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener, y vi. la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos, para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos.

Conceptualmente, la familia es una realidad social, por lo que se ha ampliado el ámbito de protección a los diferentes tipos de familias, es decir, las originadas en el matrimonio, en las uniones maritales de hecho, así como a las familias monoparentales o las constituidas por parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta que el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo, es decir, que la familia debe ser especialmente protegida independientemente de la forma en la que se conforma el grupo familiar.

¹⁶ Sent. N° C-278, del 07-05-14.

Más recientemente, la Corte Constitucional¹⁷ señala que la familia constituye una realidad sociológica que antecede al Estado, que tiene la obligación de proteger su integridad y velar por su conservación, conforme a los precisos términos de los artículos 5 y 42 de la Constitución, que la reconocen como institución básica y núcleo esencial de la sociedad.

Aunque la Constitución pareciera sugerir que la conformación de una familia tiene como presupuesto la existencia de una pareja, la Corte considera que se impone una lectura amplia de la norma constitucional, toda vez que existen familias conformadas por madres solteras y sus hijos, abuelos que se hacen cargo de sus nietos, hermanos mayores que deben cuidar a sus hermanos menores, entre otras formas de familia.

Cabe aclarar que en un inicio la expresión «familia» tenía como una de sus características definitorias la heterosexualidad de la pareja, ya que, si bien se reconocían los derechos de las personas homosexuales como individuos, no existía un instrumento específico en el Derecho de Familia que les permitiese desarrollarse como pareja.

Sin embargo, la declaratoria de la unión marital de hecho, entre parejas del mismo o distinto sexo, debe cumplir con dos requisitos sustanciales, a saber:

- i. La voluntad responsable de conformar la unión, expresada o surgida de los hechos, y
- ii. La comunidad de vida permanente y singular.

Por tanto, independientemente de si se trata de una unión de hecho entre parejas del mismo o distinto sexo, se deberá cumplir con los dos requisitos previamente mencionados. En el caso del reconocimiento de las uniones entre parejas del mismo sexo, como familias, tienen su génesis en la necesidad de proteger un proyecto de vida conjunto, en el que más allá de las relaciones sexuales o patrimoniales, existen vínculos afectivos y emocionales que generan una comunidad de vida. Esto permite diferenciar esta figura de la existencia

¹⁷ Sent. N° T-319, del 12-05-17.

de distintas parejas que pueden tener lazos afectivos, relaciones sexuales e incluso convivencia, pero que carecen del ánimo de formar una familia, hipótesis en las que no es posible acceder al régimen de protección que brindan las uniones maritales de hecho.

2.2. Los derechos inherentes al matrimonio y a la unión marital de hecho

Al estudiar el matrimonio y la unión marital de hecho, la Corte Constitucional¹⁸ ha sido muy precisa al señalar que el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges, pues los casados no son personas que viven juntas, sino personas jurídicamente vinculadas. En tanto, la unión libre sí se produce por el solo hecho de la convivencia y en ella los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, siendo libres en la determinación de continuar en ella o no, así como guardar fidelidad a su pareja.

En el matrimonio, las obligaciones surgen del pacto conyugal y estas pueden extinguirse por el divorcio, que puede darse por la voluntad de los cónyuges y es necesario lograr la declaración judicial del divorcio, para que se produzca la disolución del pacto conyugal.

El consentimiento es lo esencial en el matrimonio a la vez que es su causa. Sin él no se da el vínculo jurídico, por ello la sola cohabitación no puede dar lugar al matrimonio.

La libertad en el consentimiento en un contrato de esta naturaleza involucra los derechos humanos a la libertad, dignidad, intimidad, libre desarrollo de la personalidad, personalidad jurídica, etc., en virtud de lo cual debe considerarse que ningún hecho, ni acto distinto al libre consentimiento, incondicional y vinculante, pueda llegar a producir o crear el vínculo matrimonial.

Es así como la Corte Constitucional¹⁹, dando continuidad a esta línea argumentativa, señala que las diferencias entre el matrimonio y la unión marital

¹⁸ Sents. N°s C-533, del 10-05-00; C-840, del 27-10-10.

¹⁹ Sent. N° C-840, del 27-10-10.

de hecho son muchas, pero la esencial es el consentimiento que dan los cónyuges en el matrimonio, siendo que la unión que entre ellos se establece es jurídica, generando mutuas obligaciones, las cuales son exigibles por cada uno de ellos respecto del otro y no terminan sino por la disolución del matrimonio por divorcio, muerte o por su declaración de nulidad.

Considera la Corte entre las obligaciones más relevantes, aquellas que se refieren a la comunidad de vida y a la fidelidad mutua, siendo que algunas de las obligaciones derivadas de este vínculo jurídico comprometen a los cónyuges incluso después del divorcio, como las que conciernen a la obligación alimentaria a favor del cónyuge que no dio motivo al mismo. Es así, que este consentimiento respecto de un vínculo que es jurídico, es lo que resulta esencial al matrimonio, por lo tanto, sin consentimiento no hay matrimonio. La esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges.

Siguiendo el hilo argumentativo de sus precedentes, la Corte Constitucional²⁰, luego de reiterar las diferencias existentes entre el matrimonio y la unión marital de hecho, que impiden que sean plenamente asimilables, recuerda que se puede vulnerar el derecho a la igualdad en aquellos supuestos en los que existe una diferencia de trato en la regulación que no encuentra ningún fundamento constitucional que tenga un carácter objetivo y razonable, es decir, en consideración a que las distinciones en las regulaciones de una y otra son permitidas, porque se reconoce que son figuras diferentes, dichas distinciones deben obedecer a la realización de fines constitucionales.

Luego, la Corte Constitucional²¹ recuerda que el matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges, y la unión marital de hecho es la decisión de construcción de una vida en común, por parte de los compañeros permanentes. En este caso, el consentimiento no pretende avalar un vínculo formal, sino constituir una comunidad de vida, por encima incluso

²⁰ Sent. N° C-700, del 16-10-13.

²¹ Sent. N° C-257, del 06-05-15.

del reconocimiento legal. Siendo que los cónyuges y los compañeros permanentes buscan en esencia los mismos propósitos, no es menos cierto que cada pareja lo busca por caminos distintos, aunque ambos protegidos por la Constitución bajo la idea de que uno de esos objetivos son comúnmente la conformación de una familia. Ello es la consecuencia lógica de la libre autodeterminación de los miembros de la pareja, que les permite definir si prefieren no celebrar el matrimonio y excluir su relación, del régimen jurídico propio de ese contrato.

Teniendo claro que el matrimonio se distingue de la unión marital de hecho, mientras aquel exige una serie de formalidades jurídicas y por mandato legal, genera un catálogo de derechos y obligaciones correlativos libremente aceptados por las partes contrayentes; esta constituye la unión de un hombre y una mujer que sin formalidad alguna, conforman una comunidad de vida permanente y singular, sin que sea su voluntad asumir los derechos y obligaciones que la ley impone a los cónyuges. Se trata de dos opciones vitales igualmente protegidas por la Constitución, pero distinguibles en razón de su conformación y efectos jurídicos. En tales condiciones, el trato diferenciado resulta no solo constitucional sino necesario, dado que una regulación idéntica equivaldría a desconocer las diferencias existentes entre las dos instituciones e incluso podría implicar anular una de las dos opciones constitucionalmente protegidas, con que cuentan las personas para conformar una familia. Sin soslayar las diferencias antes señaladas, existe una equivalencia sustancial entre el matrimonio y la unión marital de hecho: Las dos instituciones dan origen a una familia y merecen ambas, protección constitucional. En razón de lo anterior es posible concluir que las normas que establecen un trato diferenciado entre quienes ostentan la condición de cónyuge y de compañero permanente, deben ser respetuosas de la identidad sustancial existente entre las dos instituciones.

Más recientemente, la Corte Constitucional²² señaló que el matrimonio produce efectos personales y patrimoniales de gran trascendencia. Por un lado, los efectos personales se relacionan con el conjunto de derechos y obligaciones que se originan para los cónyuges entre sí y respecto de sus hijos, tales como la obligación de fidelidad, convivencia, socorro y ayuda mutua; y, por

²² Sent. N° C-725, del 25-11-15.

otro lado, los efectos patrimoniales suponen la creación de la sociedad conyugal o sociedad de bienes. Estos efectos son tan importantes para la sociedad, que es preciso que sean regulados en la ley, la cual debe establecer los mecanismos necesarios para rodear de garantías el consentimiento de los cónyuges, elemento esencial del matrimonio y fuente de los derechos y obligaciones que surgen de este.

2.3. El derecho a formalizar matrimonio

En lo concerniente al derecho a formalizar el matrimonio, la Corte Constitucional²³ ha ido cambiando de manera paulatina. Es así como inicialmente sostenía que era erróneo considerar que la Constitución consagraba la absoluta igualdad entre el matrimonio y la unión marital de hecho, dado que no resiste el menor análisis sostener que entre los compañeros permanentes existe una relación idéntica a la que une a los esposos, pues ello equivaldría a admitir la existencia de un verdadero matrimonio a espaldas del Estado y que a su vez este podría establecer una regulación contraria a su rasgo esencial, que no es otro que ser una unión libre.

En esta misma línea argumentativa, la Corte Constitucional²⁴ considera que el legislador ha establecido una situación jurídica diferenciada entre los cónyuges y quienes viven en unión libre. Los esposos están sujetos a prohibiciones que no rigen para los segundos. A título de ejemplo enumera:

- i. El artículo 1852 del Código Civil establece la nulidad absoluta del contrato de compraventa entre cónyuges.
- ii. El artículo 3 de la Ley 28 de 1932 dispone la nulidad absoluta de las donaciones irrevocables entre cónyuges, así como de los contratos relativos a inmuebles entre ellos, salvo el de mandato general o especial.
- iii. El artículo 906 del Código de Comercio prohíbe a los cónyuges comprar bienes del otro directamente, ni siquiera en subasta pública, so pena de nulidad absoluta.

²³ Sent. N° C-239, del 19-05-94.

²⁴ Sent. N° C-174, del 29-04-96.

iv. El numeral 13 del artículo 1068 del Código Civil, modificado por el artículo 5 del Decreto 2820 de 1974, señala que el cónyuge del testador, no puede ser testigo en el testamento solemne.

Todas estas restricciones no existen para los compañeros permanentes.

Hecha la anterior precisión al referirse a la unión marital de hecho, la Corte Constitucional²⁵, sostiene que la pareja constituye un proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, que goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales. Por tanto, una diferencia de trato para quienes se encuentran en situaciones asimilables puede conllevar una desigualdad, así como la ausencia de regulación legal puede generar un déficit de protección ajeno a la Constitución, al comprometer principios y derechos como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad.

No obstante, considera la Corte Constitucional que el establecimiento de determinadas limitaciones, cargas, inhabilidades e incompatibilidades, así como causales de impedimento y recusación, como medidas de restricción al acceso y ejercicio de la función pública y la contratación estatal, en orden a preservar la moralidad administrativa y la transparencia en la acción del Estado, se basa en la condición de compañero permanente, así como en los especiales vínculos de afecto y de solidaridad a los que da lugar, que en la situación de los integrantes de las parejas homosexuales es asimilable a la de los compañeros permanentes, sin que exista alguna razón para establecer una diferencia de trato que contravenga la Constitución.

Coherente con la anterior sentencia, la Corte Constitucional²⁶ reconoce que, además de los beneficios, cargas y prestaciones que existen a favor de las uniones maritales de hecho entre parejas heterosexuales, cuya extensión ya se habría producido en fallos anteriores frente a las uniones conformadas por

²⁵ Sent. N° C-029, del 28-01-09.

²⁶ Sent. N° C-577, del 22-09-11.

parejas del mismo sexo, establece que a partir de esa sentencia, también hay que brindarles la misma protección otorgada por vía constitucional a las familias, es decir, que si bien las parejas homosexuales ya podían conformar uniones maritales de hecho, como medio para formalizar su comunidad de vida, todavía carecían de la posibilidad de poder solemnizar su vínculo, a través de una expresión contractual como la que tenían a su alcance las parejas heterosexuales, lo que llevó a otorgarle al Congreso un plazo para legislar y, en caso que venciese sin que se expidiese la ley, a partir de dicho fallo se reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo, a acudir ante el notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

Más recientemente, la Corte Constitucional²⁷ agrupa todos los fallos por ella realizados en cuanto a los derechos que tienen aquellas uniones maritales de hecho integradas por personas del mismo sexo y, resolviendo sobre la omisión legislativa de regular el derecho a solemnizar en un vínculo contractual su unión, señaló que, luego de haberse vencido el plazo sin que el legislador hubiese ejercido su competencia, no cabe otra interpretación distinta a entender que las parejas del mismo sexo pueden formalizar su unión contractualmente.

2.4. El derecho a conformar una sociedad patrimonial

Un asunto de no menor importancia es el patrimonial, que ha debido resolver progresivamente la Corte Constitucional²⁸. En tal sentido, comienza por señalar que constituye un viraje diametralmente opuesto frente a la figura del concubinato, la Ley que regula la unión marital de hecho a partir de 1990.

En efecto, la legislación civil precedente no le asignaba consecuencias económicas al concubinato; en tanto la nueva ley lo califica como unión marital de hecho y, a partir de ello, establece una presunción que permite a los jueces declarar la existencia de la sociedad patrimonial, entre compañeros permanentes.

De lo anterior se infiere que al proceso de liquidación solo podrá llegarse, después de haberse declarado judicialmente la existencia de la sociedad patrimonial

²⁷ Sent. N° SU-214, del 28-04-16.

²⁸ Sent. N° C-239, del 19-05-94.

y la misma debe hacerse en un proceso ordinario, a falta de trámite especial. Ello no impide que los compañeros permanentes, siendo civilmente capaces y estando de acuerdo, liquiden la sociedad patrimonial por sí mismos, mediante escritura pública.

En desarrollo del anterior criterio, la Corte Constitucional²⁹ precisa que si uno de los compañeros permanentes o uno de sus herederos, no reúne los presupuestos señalados en la ley para demandar el reconocimiento de la existencia y disolución de la sociedad patrimonial, podrá demandar para que se declare la existencia y disolución de la sociedad de hecho entre concubinos. En este caso, es obvio que no se le podrá exigir la prueba de los supuestos de hecho que establece la ley y, en especial, no podrá oponérsele la prescripción de un año establecida en la ley. ¿Por qué? Porque tal prescripción se refiere específicamente a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y no podría extenderse a la sociedad de hecho entre concubinos.

Luego, la Corte Constitucional³⁰ abunda en el tema al aclarar que la ley no estableció requisito económico alguno a los fines de solicitar y obtener la declaración judicial de la existencia de una sociedad patrimonial.

Lo único que se debe comprobar es la existencia de la unión marital de hecho durante un término no inferior a dos años, con la particularidad que en el caso de que uno o ambos convivientes tengan impedimentos legales para contraer matrimonio, deben haber disuelto y liquidado sus sociedades conyugales anteriores, con una anticipación no menor de un año.

Tanto en la sociedad conyugal como en la patrimonial, se distingue entre los bienes que pertenecen a la sociedad y los bienes propios de cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes. Los bienes propios están compuestos tanto por las propiedades que son adquiridas por los convivientes a título de donación, herencia o legado, como por las pertenencias que poseía cada uno de ellos, en el momento de conformar la sociedad. De lo anterior se colige que el legislador

²⁹ Sent. N° C-114, del 21-03-96.

³⁰ Sent. N° C-014, del 04-02-98.

ha optado por no incorporar todos los bienes que poseen o adquieren los consortes o convivientes a la sociedad conyugal o patrimonial, lo que supone una habilitación para que adquieran, preserven e incrementen un patrimonio propio.

El legislador lo que exige es que a la sociedad patrimonial ingrese el mayor valor que produzcan los bienes propios, durante la unión material de hecho. Debe tenerse claro que la simple actualización del precio de un bien, como consecuencia del ajuste por la devaluación de la moneda, no implica mayor valor de dicho bien, sino una actualización del valor monetario, que no supone un incremento real del patrimonio. Para que esto ocurra, se requiere que se produzca un incremento material de la riqueza del propietario.

Coherente con sus fallos anteriores, pero en el contexto de la sociedad patrimonial, la Corte Constitucional³¹ advierte que la ley que regula la unión marital de hecho, estableció un régimen de protección patrimonial para los integrantes de las parejas heterosexuales, pero no hace lo propio con las parejas homosexuales, lo que considera lesivo a la dignidad de la persona humana, así como contrario al derecho al libre desarrollo de la personalidad y una forma de discriminación proscrita por la Constitución.

Ello así, considera la Corte que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales, es decir, la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es, la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un período no menor de dos años, queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla, cuando así lo consideren adecuado.

Establecida la sociedad patrimonial también pueden presentarse los supuestos de disolución y liquidación, que no han sido indiferentes a la Corte Constitucional³². Al respecto ha señalado que las acciones de «disolver» y «liquidar», corresponden a dos fenómenos distintos:

³¹ Sent. N° C-075, del 07-02-07.

³² Sent. N° C-700, del 16-10-13.

- i. La disolución consiste en el hecho de extinguir una relación jurídica de ejecución sucesiva, cuya consecuencia es la generación de un patrimonio liquidable. Los hechos que puede motivar la disolución de la sociedad conyugal, se encuentran en el Código Civil.
- ii. La liquidación es el fenómeno mediante el cual se cuantifica una masa partible –se liquida un patrimonio– y se distribuye para satisfacer los derechos de quienes en ella participaron –adjudicación–.

La Corte pone el acento en esta distinción entre disolver y liquidar una sociedad conyugal, por cuanto una de las razones para justificar la exigencia de «liquidación», es que para evitar la existencia simultánea de sociedades conyugales y patrimoniales, basta la «disolución» de la sociedad conyugal anterior, para que se pueda dar la presunción de la sociedad patrimonial.

Recuerda la Corte Constitucional³³ que la sociedad patrimonial irradia sus efectos solamente en el plano económico y deriva, en primer lugar, de la existencia de una unión marital de hecho y en segundo término, de que, como consecuencia del trabajo, ayuda y socorro mutuos de los compañeros permanentes, se haya consolidado un patrimonio común.

La Corte Constitucional³⁴ precisa que la exigencia de disolver la sociedad conyugal anterior que tiene vigente el compañero permanente, con impedimento legal para contraer matrimonio, como uno de los hechos indicadores de la presunción de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, tiene por finalidad evitar la coexistencia de sociedades universales de gananciales, que se puedan yuxtaponer confundiendo el patrimonio mismo. Esta exigencia del legislador desarrolla el valor constitucional del orden justo y la propiedad privada de los bienes establecidos en cabeza de la sociedad conyugal previa. Solo hasta su finalización mediante la disolución es posible presumir y reconocer judicialmente la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes. No pierde de vista la Corte que la falta de disolución de la sociedad conyugal anterior, impide que

³³ Sent. N° C-257, del 06-05-15.

³⁴ Sent. N° C-193, del 20-04-16.

se aplique la presunción legal, afectando el derecho sustancial que le asiste a los compañeros permanentes, del reconocimiento judicial de la sociedad patrimonial.

La medida de disolver la sociedad conyugal anterior, como un hecho para que opere la presunción de sociedad patrimonial, no impide que el patrimonio común adquirido por los compañeros permanentes se pueda reclamar solicitando la declaración, disolución y liquidación de una sociedad de hecho, es decir, que existe otro medio judicial a través del cual se protege el patrimonio de las familias naturales.

Obviamente, el derecho sustancial a la sociedad patrimonial no se puede presumir con base en la ley especial, sino a partir de las normas civiles que rigen la sociedad de hecho, demostrando por otros medios de prueba, que la presunción legal se logra desvirtuar.

No obstante, el beneficio que se obtiene en cuanto a evitar la coexistencia de patrimonios universales que impidan cumplir con el valor del orden justo e incluso que se confundan el derecho de propiedad entre los cónyuges y los compañeros permanentes, encuentra fundamento desde el punto de vista constitucional.

Más recientemente, la Corte Constitucional³⁵ ha señalado que la unión marital de hecho es una condición legal necesaria de la sociedad patrimonial, tal como se deduce de la ley cuando presume la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, que debe ser declarada judicialmente, en los siguientes casos:

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

³⁵ Sent. N° T-319, del 12-05-17.

Los supuestos que permiten la declaratoria de una sociedad patrimonial, parten de la existencia previa de una unión marital de hecho entre los compañeros permanentes, de manera que, si se admite la existencia de dicha sociedad entre parejas del mismo sexo, es imperioso entender que ello supone el cumplimiento de la condición de la cual pende su vigencia, es decir, que se haya declarado dicha unión, por escritura pública ante notario, por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes, por acta de conciliación o por sentencia judicial, lo cual guarda plena armonía con los pronunciamientos que reconocen que las parejas homosexuales deben contar con instrumentos jurídicos que permitan lograr una protección constitucional y legal afín, a la que tienen las parejas heterosexuales, dentro de un concepto amplio de familia.

2.5. El derecho a la porción conyugal y la vocación hereditaria

En lo relacionado a la porción conyugal, la Corte Constitucional³⁶ precisó que como tal se define aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia, asignación que no es a título de heredero, pues son condiciones jurídicas distintas. Más que una prestación de carácter alimenticio basada en un criterio de necesidad, es una figura de naturaleza compensatoria, mediante la que se afecta el patrimonio del causante, a través de una asignación forzosa que le permite al sobreviviente contar con un patrimonio adecuado, teniendo como referente el patrimonio del cónyuge fallecido.

La porción conyugal es una especie de crédito a cargo de la sucesión, cuyas características son las siguientes:

- i. Tiene como beneficiario al cónyuge sobreviviente, independientemente del sexo;
- ii. no está sujeta a un monto determinado, toda vez que depende del patrimonio del cónyuge fallecido;
- iii. lo que se recibe por este concepto pasa a incorporarse al patrimonio del sujeto a favor de quien se reconoce;
- iv. no está atada a la inexistencia de patrimonio del sobreviviente, solo se requiere que lo que este pueda percibir por otros

³⁶ Sent. N° C-283, del 13-04-11.

conceptos sea o resulte inferior a la porción conyugal, para que nazca el derecho a percibirla; v. este derecho se concreta al mismo tiempo en que se abre la sucesión. Por tanto, si el cónyuge sobreviviente no tiene bienes en ese momento, o los que posee son de inferior valor, adquiere el derecho a la porción, sin importar que posteriormente adquiriera otros. Por el contrario, si los bienes que posee el sobreviviente son de mayor valor y después los pierde o su valor disminuye, no tendrá derecho a dicha porción, conforme a lo establecido en el Código Civil.

La Corte considera que no existe razón objetiva, ni razonable, que justifique que para disfrutar de la porción conyugal, únicamente se debe estar vinculado por el contrato matrimonial.

Al analizar la finalidad que persigue esta garantía patrimonial, no se encuentra razón que permita afirmar válidamente, que ella solo pueda tener como destinatario a quien tenga un contrato matrimonial, ya que esta figura tiene su fundamento no en el contrato de matrimonio, sino en la necesidad de proteger al miembro de la relación que después de una convivencia fundada en el apoyo y las renunciaciones mutuas, queda con un patrimonio inferior al de aquel que falleció y que le permite optar por participar en él.

Es así que cuando el cónyuge sobreviviente opta por la porción conyugal, tiene derecho a recibir la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, dentro de todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes, pues habiendo descendientes, el sobreviviente será considerado entre los hijos y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo, es decir, si hay hijos, el cónyuge sobreviviente recibe por concepto de porción conyugal, lo mismo que recibiría uno de los hijos; únicamente recibe la cuarta parte de la masa hereditaria, si no hay descendientes.

Además existe la posibilidad que el cónyuge sobreviviente opte por la porción conyugal complementaria, que se puede dar en el caso que tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, en cuyo supuesto solo tendrá derecho al complemento a título de porción conyugal, es decir, se

imputará por tanto a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, incluso su mitad de gananciales, si no la renuncia.

De manera complementaria, la Corte Constitucional³⁷ expresa que la vocación sucesoral obedece a un claro criterio familiar y, siendo de esta manera, el reconocimiento al cónyuge de su vocación hereditaria, no agota la protección constitucionalmente ordenada a favor de la familia y de sus miembros, pues, si bien es cierto que la familia conformada por la pareja que ha celebrado el contrato de matrimonio debe ser protegida, también lo es que la Constitución no limita a ella el mandato de protección, sino que comprende en él a otros tipos de familia.

Dado que el Código Civil regula la porción conyugal y se refiere al cónyuge sobreviviente y al fallecido, es claro que la inconstitucionalidad originada en la insuficiencia de la regulación y en la consecuente exclusión del compañero permanente de distinto sexo o del mismo sexo, también alcanza a este precepto, motivo por el cual se impone entender que en las menciones hechas al «cónyuge» comprenden al compañero permanente que sobrevive al causante, sea que la respectiva unión marital de hecho haya sido conformada por personas de distinto sexo o por personas del mismo sexo.

En conclusión, para la Corte, apartar a los compañeros permanentes de la posibilidad de acceder a los antes referidos derechos, particularmente cuando se trata de parejas del mismo sexo, genera una omisión que resulta inconstitucional, al excluir la protección que en términos de igualdad deben tener todas las familias, sin importar el origen de su vínculo. En criterio de la Corte, se debe entender que los derechos reconocidos, también comprenden al compañero permanente del mismo sexo, que sobrevive a una unión marital de hecho.

³⁷ Sent. N° C-238, del 22-03-12.

2.6. El derecho a la pensión de sobreviviente y a la sustitución pensional

En cuanto al tema de las pensiones de sobreviviente, la Corte Constitucional³⁸, comienza recordando que las prerrogativas, ventajas o prestaciones, así como las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables en condiciones de igualdad, a las que conviven en unión marital de hecho.

Lo contrario sería generar distinciones que la preceptiva constitucional no justifica, desconociendo la norma que equipara las dos formas de unión y se quebranta el principio de igualdad ante la ley, que prescribe el mismo trato a situaciones idénticas. En razón de ello, en materia de seguridad social los beneficios reconocidos a los cónyuges de los asegurados cobijan, sin ninguna restricción ni diferencia, a quienes tienen el carácter de compañeros permanentes, siempre que se pruebe de manera fehaciente la convivencia, por el término mínimo que establezca la ley.

Al volver sobre este tema, la Corte Constitucional³⁹ aclara que el derecho a la pensión de sobrevivientes, constituye una manifestación del derecho a la seguridad social, que conlleva una prestación en favor de las personas que dependían económicamente del pensionado fallecido y tiene su fundamento en varios principios constitucionales como son:

- i. El principio de solidaridad, que permiten garantizar estabilidad económica y social a los dependientes del causante; ii. el principio de reciprocidad, que conduce a reconocer en favor de ciertas personas una prestación derivada de la relación afectiva, personal y de apoyo que mantuvieron con el causante, y iii. el principio de universalidad de la seguridad social, que conlleva a que la pensión de sobrevivientes, se amplía a la órbita de protección de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida, que llevaban antes del fallecimiento de su causante.

³⁸ Sent. N° T-553, del 02-12-94.

³⁹ Sent. N° C-336, del 16-04-08.

Adicionalmente, la pensión de sobreviviente es uno de los mecanismos previstos en la ley, para realizar los derechos de previsión social, mediante la creación de un marco de protección para las personas que dependían afectiva y económicamente del causante, permitiendo que puedan atender las necesidades propias de su subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas de la muerte del pensionado o afiliado.

Al igual que la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes es una institución de la seguridad social, favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo o protector que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad. En función de ello, el ordenamiento jurídico crea un determinado orden de prelación respecto de las personas afectivamente más cercanas al causante, privilegiando a quienes más dependían emocional y económicamente de él.

Establecido lo anterior, señala la Corte Constitucional que con fundamento en la Constitución, no existe justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales, no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales.

Con el fin de remover el trato discriminatorio hacia las parejas homosexuales en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes, la protección otorgada a los compañeros permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros permanentes de las parejas homosexuales, dado que no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.

Este reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al compañero permanente en las parejas homosexuales, no desemboca en un desequilibrio financiero que impida la sostenibilidad económica del sistema, por cuanto al

ampliar la protección a estas personas simplemente se está introduciendo una variante en el orden de prelación establecido por la ley para el caso de la sustitución pensional, es decir, cuando sobrevenga la muerte del pensionado o afiliado integrante de una pareja homosexual, en adelante su compañero permanente tendrá el orden de prelación que la ley prevé, para cuando las parejas heterosexuales afrontan la misma contingencia.

En el ordenamiento jurídico, la pensión de sobrevivientes se reconoce en el régimen solidario de prima media con prestación definida y en el de ahorro individual con solidaridad, siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley. Al resultar extensivos los efectos de estas normas a las parejas integradas con personas del mismo sexo, a los compañeros permanentes del mismo sexo les corresponde acreditar su condición de pareja, para lo cual deberán acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones como la pensión de sobrevivientes. Con tal finalidad, para acceder a la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo, deben acreditar dicha condición en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

Luego, la Corte Constitucional⁴⁰ afirma que la ley, al señalar quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, establece una serie de condiciones que deben cumplirse para que el cónyuge o el compañero permanente tenga derecho a la pensión de sobrevivientes, en caso de que se presente la situación excepcional de la convivencia simultánea en los últimos cinco años previos al fallecimiento del causante, disposición sobre la que la Corte declara su constitucionalidad en la medida que además del cónyuge, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos, en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

⁴⁰ Sent. N° C-1035, del 22-10-08.

La condición de la convivencia simultánea, para determinar el beneficiario de la pensión de sobreviviente se refiere a aquella caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia, lo que implica que concurren al mismo tiempo, la convivencia del causante con el respectivo cónyuge y con el compañero permanente durante los cinco años previos a la muerte del causante. Ello excluye las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante, como tampoco se refiere a aquellas situaciones en las cuales el causante convivió con diversas personas de forma sucesiva –no simultánea–, situación esta que tiene un régimen especial.

La pensión de sobrevivientes es un derecho revestido por el carácter de cierto, indiscutible e irrenunciable y constituye para sus beneficiarios un derecho fundamental, cuya finalidad es ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional⁴¹ reitera que el legislador, dentro del marco de su competencia y en desarrollo del derecho a la seguridad social en pensiones, puede regular lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

Es así como, en el caso de convivencia no simultánea entre el cónyuge con separación de hecho, pero con sociedad conyugal no disuelta y el último compañero permanente, ponderó los criterios de la sociedad patrimonial existente entre los consortes y la convivencia efectiva consolidada con antelación al inicio de la unión marital de hecho, mediante la asignación de una cuota parte de la pensión, lo que resulta constitucionalmente admisible, porque son figuras no equiparables.

Según esto, la Corte Constitucional⁴² señala que, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante,

⁴¹ Sent. N° C-336, del 04-06-14.

⁴² Sent. N° T-236, del 13-05-16.

entre un cónyuge y un compañero permanente, el beneficiario de la pensión de sobreviviente serán tanto del cónyuge como del compañero permanente y la prestación que se dividirá entre ellos, en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido; pero si no existe simultaneidad, la porción será dividida en partes iguales siempre que el causante no haya disuelto o liquidado su sociedad conyugal y el cónyuge compruebe haber convivido por más de 5 años durante cualquier tiempo.

El paso del tiempo no implica la pérdida de la posibilidad de reclamar, ni de recibir la pensión, porque esta prestación nunca prescribe, distinto a lo que sucede con las mesadas que no sean cobradas en el término de tres años, frente a las cuales sí aplica la norma general de pérdida de vigencia.

Más recientemente, la Corte Constitucional⁴³ expresó que la pensión de sobrevivientes se diferencia de la sustitución pensional, en el hecho de que, si bien ambas comparten, desde un punto de vista teleológico, una misma finalidad, cubren contingencias o situaciones de hecho disímiles:

- i. La pensión de sobrevivientes se configura en los eventos en los que un trabajador activo, es decir, que no está pensionado, ni cumple con los requisitos legales para serlo, fallece, en cuyo caso previa verificación del cumplimiento de determinados requisitos previstos por la ley, se asegura que su núcleo familiar no se vea irrazonablemente afectado por dicha situación.
- ii. La sustitución pensional se materializa cuando, contrario a la situación expuesta con anterioridad, el afiliado ya ostenta la condición de pensionado o cumple los requisitos legalmente exigibles para ello, por lo que no se reconoce un nuevo derecho del que ya son titulares los familiares del pensionado, sino que transfiere o sustituye aquel que este disfruta.

Ello así, el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y a la sustitución pensional son unos de los medios como se materializa el

⁴³ Sent. N° T-266, del 28-04-17.

derecho fundamental e irrenunciable a la seguridad social y a través de los mismos se asegura que el núcleo familiar del afiliado pueda disfrutar de los beneficios de una prestación económica, que les garantice a estos el efectivo ejercicio de sus derechos subjetivos una vez ocurrido el fallecimiento de aquel miembro que se constituía en su sostén económico, de forma que no vean disminuidas sus condiciones de vida, todo ello con fundamento en los principios de justicia retributiva, equidad, reciprocidad y solidaridad.

En lo atinente concretamente a la pensión de sobrevivientes, la Corte ha indicado que esta solo se constituye en una prestación en beneficio del cotizante, que ha cumplido con los requisitos para hacerse acreedor a alguna otra modalidad pensional y al igual que la sustitución pensional, tiene por finalidad la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad y la manutención de sus miembros, en el mismo grado de seguridad social y económica con el que contaban en vida de quien era su sustento económico. Ello, en cuanto el desconocimiento de dicha garantía puede implicar dejarlos en un evidente estado de absoluta desprotección e incluso llevarlos a una situación de miseria.

Con respecto a la sustitución pensional, que presupone el disfrute de la pensión por la persona que luego fallece y deja para su núcleo familiar una pensión que supla sus necesidades básicas, por lo que los familiares que pretendan ser beneficiarios deben probar que su causante tenía una pensión y la condición de parentesco con el fallecido.

Cabe destacar que el legislador reconoce dos modalidades de pensión, a que son acreedores los cónyuges o compañeros permanentes del causante: La pensión vitalicia y la pensión temporal.

La pensión vitalicia se otorga al sobreviviente, siempre que al momento del fallecimiento del causante se hayan cumplido los siguientes requisitos: i. Que tengan más de 30 años de edad; ii. que tenga una convivencia de no menos de 5 años continuos, iii. que hayan procreado hijos como producto de dicha convivencia. Siendo el primero de los nombrados necesario y los dos últimos alternativos.

La pensión temporal se otorga al sobreviviente por un término de hasta 20 años, siempre que al momento del fallecimiento del causante se hayan cumplido los siguientes requisitos: i. Que el solicitante cuente con menos de 30 años de edad; ii. que no tenga hijos con el causante.

No se puede soslayar que el legislador estableció un trato diferenciado respecto del reconocimiento de una sustitución pensional, cuando quienes pretenden el beneficio son los reclamantes unidos por el vínculo del matrimonio o por la unión marital de hecho.

En efecto, el legislador impone el cumplimiento de unos requisitos a quienes aspiran a ser los beneficiarios, como lo son la vigencia del vínculo y la temporalidad de la convivencia, durante un período mayor a 5 años. Conforme a estas premisas, cuando se trata del reconocimiento de la sustitución pensional de un cónyuge, se requiere únicamente que este demuestre que el vínculo no se ha disuelto formalmente y que la convivencia se dio en algún momento durante la vigencia del matrimonio; mientras que si se trata de una unión marital de hecho, se exige del solicitante demostrar la pervivencia material de la unión y que existió convivencia del solicitante con el causante en los 5 años anteriores a su fallecimiento.

2.7. El derecho a la adopción del hijo biológico de la pareja

Un asunto no menos complejo resuelto por la Corte Constitucional⁴⁴, reconoce que las disposiciones sobre adopción consentida o complementaria son constitucionales, en cuanto comprenden dentro de su ámbito de aplicación a las parejas del mismo sexo, cuando la solicitud de adopción recae en el hijo biológico de su compañero permanente. No obstante, aclara que esto no implica la existencia de un imperativo constitucional de reconocer de manera inexorable y automática este vínculo de filiación, porque ello exige un análisis de cada caso, en la que se evalúen las circunstancias que rodean a un menor y su familia.

⁴⁴ Sent. N° C-071, del 18-02-15.

Tampoco supone el condicionamiento de la adopción consecutiva o sucesiva, esto es, la que se da en relación con el hijo adoptivo del compañero permanente, por cuanto esta modalidad de adopción reviste particularidades que exigen un análisis independiente.

Por último, en lo atinente a la adopción complementaria o por consentimiento, en principio, tampoco existe obstáculo para que el legislador haya autorizado que una persona pueda adoptar el hijo biológico de su compañero permanente. Sin embargo, la Corte precisa que esta modalidad tiene lugar cuando se adopta al hijo biológico del compañero permanente, quien brinda su aquiescencia. En este caso, a diferencia de la adopción conjunta, donde el menor carece de vínculos filiales, estos lazos ya existen con el consanguíneo directo y a menudo también se han construido vínculos de crianza entre el menor y el compañero permanente del padre biológico.

2.8. El derecho a destinar un inmueble a vivienda familiar y a su inembargabilidad

La Corte Constitucional⁴⁵ considera que las previsiones sobre patrimonio de familia inembargable o afectación a vivienda familiar se aplican a los compañeros permanentes y dichas previsiones atienden a la necesidad de proteger un patrimonio o la vivienda de quienes han decidido realizar un proyecto de vida en común en calidad de pareja, sin que exista razón para justificar una diferencia de trato entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen patrimonial de la unión marital de hecho, encontrando asimismo que la sujeción al término de dos años de convivencia para que se haga efectiva la protección prevista en la norma, constituye una medida razonable que busca armonizar la seguridad jurídica y la necesidad de proteger el patrimonio o la vivienda de las familias o de las parejas.

2.9. El derecho al subsidio familiar

Con respecto al derecho al subsidio familiar, la Corte Constitucional⁴⁶ ha señalado que este constituye una prestación social pagada en dinero, especie

⁴⁵ Sent. N° C-029, del 28-01-09.

⁴⁶ Ídem.

y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo. Su objetivo fundamental es mitigar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad. El legislador ha dispuesto que, además de las personas que dan derecho al subsidio, el cónyuge o compañero permanente podrán utilizar las obras y programas organizados con el objeto de reconocer el subsidio en servicios, reconociendo así el vínculo de solidaridad y la relación especial que existe entre los cónyuges o compañeros permanentes, para disponer que, si bien en relación con ellos no se causa el subsidio en dinero, sí resultan admitidos al goce de las obras y programas que se ofrecen en la modalidad de servicios del subsidio, resultando en ese escenario que los integrantes de una pareja homosexual que tengan esa misma vocación de permanencia, resultan asimilables a los compañeros permanentes.

La Ley tiene como objetivo el desarrollo de un sistema de vivienda de interés social, orientado a brindar soluciones de vivienda a personas de escasos recursos, y, si bien establece un subsidio de vivienda, que se denomina «familiar», su implementación ha llevado a excluir a los integrantes de parejas del mismo sexo de los beneficios que allí se han previsto, lo que conduce a la Corte a considerar que, en atención a la condición de pobreza y que demuestren la condición de compañeros permanentes, debe reconocer este beneficio a quienes conforman parejas del mismo sexo, porque, de no hacerlo, se contraviene la Constitución.

2.10. El derecho a disfrutar del sistema de salud

Particularmente relevante, es la decisión de la Corte Constitucional⁴⁷, en la que señala que la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para afiliarse como beneficiario del «Plan Obligatorio de Salud» al compañero permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para

⁴⁷ Sent. N° C-521, del 11-07-07.

las establecidas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas. La Corte considera que no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge, a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que al compañero permanente no puede ser afiliado al Plan Obligatorio de Salud, si la unión es inferior a dos años. Esta distinción temporal, a tenor de la Constitución, genera una clara discriminación respecto de los cónyuges, quienes son beneficiarios del sistema de seguridad social en salud, desde el momento mismo en que adquieren el mencionado estatus. Es así como considera que la disposición establecida por el legislador no prevé una diferencia de tratamiento, sino una discriminación en contra de quienes, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, optan por constituir una familia mediante vínculos naturales, personas que al amparo del artículo 42 de la Carta Política, gozan de la misma protección dispensada a quienes deciden constituirla por vínculos jurídicos.

Posteriormente, la Corte Constitucional⁴⁸ se ha pronunciado respecto al hecho de la exclusión de los integrantes de parejas del mismo sexo, de la condición de beneficiarios en el sistema de seguridad social en salud y en pensiones, señalando que ello es contrario a la Constitución, puesto que no existe un fundamento razonable y objetivo que explique la exclusión de los integrantes de las parejas del mismo sexo de la condición de beneficiarios en el régimen de seguridad social en pensiones y en salud, y en el caso concreto del régimen especial de la fuerza pública tampoco se aprecia tal explicación o justificación, razón por la cual la diferencia de trato que se deriva de las mismas resulta contraria al principio de igualdad.

En lo referente al término de dos años de convivencia para que los compañeros permanentes puedan tenerse como beneficiarios del sistema de salud, ratifica la Corte que tal término para que el compañero permanente del afiliado al sistema de salud pudiera ser incluido como beneficiario, no se encontraba justificado por criterios objetivos y razonables.

⁴⁸ Sent. N° C-029, del 28-01-09.

2.11. El derecho a la obligación de alimentación y el delito de inasistencia alimentaria

En lo que concierne a la obligación de alimentación, la Corte Constitucional⁴⁹ señaló que el derecho de alimentos es aquel que asiste a una persona para reclamar, de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando el reclamante no está en capacidad de procurárselos por sus propios medios.

Esta obligación alimentaria se impone por ley a 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.

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.

La obligación de asistencia alimentaria tiene su fundamento en el deber de solidaridad que existe entre el obligado y sus beneficiarios, y no cabe establecer una diferencia entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo que hayan optado por realizar un proyecto de vida común, mediante la constitución de una unión marital de hecho, pues, en tal caso, puede surgir la posibilidad de que uno de los integrantes de la pareja se encuentre necesitado de alimentos, en cuya situación estos deberán ser suministrados por el integrante de la pareja que esté en capacidad de hacerlo. Concluye la Corte señalando que la inasistencia alimentaria es merecedora de reproche penal.

La tipificación penal de la inasistencia alimentaria encuentra justificación para la Corte Constitucional⁵⁰, al considerar que la ampliación del marco de

⁴⁹ Sent. N° C-029, del 28-01-09.

⁵⁰ Sent. N° C-577, del 10-01-11.

protección referente al delito de inasistencia alimentaria, que incluye a las parejas del mismo sexo, tiene como antecedente el hecho de que, al prever la obligación alimentaria únicamente para los cónyuges, se discriminaba a las parejas no casadas y que, por lo tanto, debía extenderse a los compañeros permanentes, que forman una unión marital de hecho.

Más recientemente, la Corte Constitucional⁵¹ vuelve sobre la naturaleza de la obligación alimentaria señalando que se trata de una prestación económica de carácter civil, que, en virtud del principio de solidaridad que rige las relaciones entre los particulares, se debe entre dos personas naturales.

Esta obligación es producto del estado de necesidad en que una de estas se encuentra y por el vínculo jurídico que los une, con aquella parte que se encuentra en capacidad de velar por el sostenimiento económico de ambos, quien está en la obligación de garantizar a la otra, la satisfacción de sus necesidades básicas de manutención. La reclamación del derecho de alimentos constituye una prerrogativa de carácter irrenunciable, inembargable y, a excepción de las mesadas causadas y no pagadas, intransmisible por causa de muerte.

La obligación alimentaria se constituye en la fuente jurídica de un derecho de carácter civil, que requiere para su exigibilidad de la materialización de tres requisitos esenciales: i. La necesidad del alimentario; ii. la capacidad económica del alimentante, y iii. un título a partir del cual pueda ser reclamada, esto es, por disposición legal, convención o por testamento.

En relación con la extinción de la obligación alimentaria, el Código Civil establece algunos de los motivos por los cuales puede entenderse extinguida, entre ellos, el cambio de las condiciones que dieron origen a ella, como lo constituye la superación de la situación de necesidad del alimentado; el fallecimiento de este o la incapacidad económica del alimentante para seguirlos asumiendo; no obstante, en el evento en que el alimentante sea quien fallece, el ordenamiento jurídico ha previsto que dicha situación no siempre extingue

⁵¹ Sent. N° T-266, del 28-04-17.

la obligación, pues, si a pesar del fallecimiento persiste la necesidad del acreedor de dicha obligación alimentaria, este podrá reclamarla a los herederos del alimentante y se debe garantizar su pago con los bienes dejados por este.

Ello así, resulta concluyente que la obligación alimentaria no desaparece tras el fallecimiento del alimentante y puede ser garantizada en principio, con los bienes que conforman la masa sucesoral.

Ahora bien, la Corte ha reconocido la posibilidad de que una obligación alimentaria que se encontraba garantizada en su cumplimiento mediante una prestación pensional, trascienda al proceso de la sustitución pensional y se traslade al nuevo beneficiario de esta, así se trate de un tercero que en principio, no tendría relación alguna con el alimentado, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la jurisprudencia⁵².

2.12. El derecho a la protección contra la violencia intrafamiliar

Finalmente, la Corte Constitucional⁵³ reconoció que el legislador, dentro de su libertad de configuración, ha establecido un tipo penal cuando ocurren actos de violencia física o psicológica dentro del núcleo familiar, diferenciados de los

⁵² Sent. N° T-203, del 12-04-13, estableció los requisitos que deben acreditarse para que un tercero asuma la obligación alimentaria: «1. Se trate de un sujeto de especial protección constitucional que amerite un tratamiento diferenciado y preferente con el objetivo de garantizar la efectividad de sus derechos; 2. Exista una sentencia judicial en la cual: 2.1. Se reconozca una acreencia alimentaria a favor del accionante, 2.2. Se asegure su pago con un porcentaje de una pensión de vejez o de invalidez; 3. Se encuentre probado en el expediente que persiste la necesidad de alimentado; 4. Exista una sustitución pensional de la prestación con la que se aseguraba la cuota alimentaria, esto es, la pensión de la que gozaba el alimentante, pues en caso contrario no podría ordenarse la continuación de su pago por no existir una mesada a la cual imponerle el gravamen; 5. En el evento de autorizarse el descuento de la cuota alimentaria, no pueden verse afectados los derechos fundamentales de la persona beneficiaria de la prestación sustituida. Presupuesto que se materializa en la mayoría de los casos en cuanto, el ahora beneficiario de la pensión del causante, no recibiría menores ingresos a los que percibía en su vida, pues de dicha pensión se cubría el valor correspondiente a la obligación alimentaria que actualmente se pretende satisfacer».

⁵³ Sent. N° C-029, del 28-01-09.

demás tipos penales contemplados en el Código Penal para proteger bienes jurídicos, como la vida, la integridad personal, la libertad, la integridad y la formación sexuales, o la autonomía personal, pues este especial tipo penal, persigue la protección integral a la familia, previniéndola de esa especial forma de violencia que puede producirse entre las personas que, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o de quienes se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia, en virtud de la relación de confianza que mantienen con otra persona, que, al tratarse de parejas, se presume que tienen un proyecto de vida en común, situación que también se presenta en el ámbito de las parejas homosexuales y que debe dar lugar a una protección equivalente a la que se brinda a los integrantes de la familia.

Conclusiones

La Corte Constitucional, orientada a garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana, ha interpretado y aplicado los derechos a la protección de la familia, la integridad del matrimonio, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, el mínimo vital, la salud y la asociación para ampliar el espectro de protección jurídica de las personas que integran las uniones maritales de hecho, con independencia de quienes las conformen.

Este largo camino jurisprudencial ha permitido elaborar el catálogo de derechos que asisten a las uniones maritales de hecho, lo que no quiere decir, que todo se encuentre resuelto, pues quedan temas pendientes de pronunciamiento, como la reproducción asistida, la gestación subrogada, la doble maternidad o doble paternidad, la adopción conjunta de un hijo no biológico, la nacionalidad de los hijos adoptados, el orden de colocación de los apellidos en los hijos e incluso la posibilidad de ser consideradas como familias sustitutas o familias de acogida.

Los temas que se han planteado y los que se tienen pendientes han sido, son y serán polémicos, pues en las sociedades plurales y democráticas, en las que la libertad en general y la libertad de pensamiento, ideológica, de expresión, opinión e información, se encuentran plenamente reconocidas, se permite que se debatan ideas, conceptos y posiciones, se den discusiones, se planteen

puntos de vista distintos, sin incurrir en imposiciones, arbitrariedades y tergiversaciones, que permitan resolver las diferencias mediante el diálogo y el consenso social.

Ello conduce a todas las ramas del Poder Público a respetar unas reglas mínimas que exigen llamar a las cosas por su nombre –pues como se atribuye a CONFUCIO «Cuando las palabras pierden su significado, la gente pierde su libertad»–, no se deben utilizar unas categorías jurídicas para nombrar a otras y conforme a la dogmática jurídica es necesario denominar a cada institución por lo que la hace ser ella misma y la define; respetando además los principios de lealtad institucional, interdicción de la arbitrariedad, participación ciudadana y consulta pública que conducen a que, en definitiva, sea a través de los mecanismos de reforma constitucional que se configure el contenido esencial de los derechos fundamentales y que sea el legislador en ejercicio de sus competencias, quien establezca las disposiciones jurídicas que regirán tanto los derechos inherentes a las uniones maritales de hecho, como los deberes que se derivan de las mismas.

De esta manera, se evitan las polémicas, la inseguridad jurídica, las demandas innecesarias y la saturación de los estrados judiciales con asuntos que no lo requieren, por encontrarse todos debidamente regulados en la ley, con sujeción a la Constitución.

Es conforme a tales términos, que corresponde a la Corte Constitucional en su desempeño como juez convencional y constitucional garantizar la paz en la sociedad, lo que le exige en cada caso que le sea propuesto, ponderar los derechos e intereses en conflicto, garantizando el goce y disfrute de los derechos y libertades de todos, en la medida que estos tienen como límites los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico, así como reconociendo aquellos nuevos que así lo requieran, conforme a la cláusula constitucional de progresividad e irrenunciabilidad.

El camino recorrido por la Corte Constitucional brinda importantes lecciones, que podrían ser útiles a los operadores jurídicos de otras latitudes, para

efectuar una evaluación sobre los aciertos y desaciertos en que ha incurrido este órgano jurisdiccional, y su jurisprudencia permite que se puedan extraer las similitudes y diferencias que pueden resultar de interés en realidades nacionales distintas.

* * *

Resumen: El autor estudia la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana relacionada con las uniones estables de hecho. A través de este paseo por diversos fallos, evidencia cuál ha sido la evolución de la referida Corte y cómo la misma se ha esforzado por mantener incólume los preceptos garantistas del texto constitucional que promocionan la igualdad, la solidaridad y el goce y disfrute de las libertades, propias de las sociedades plurales y democráticas. **Palabras clave:** Unión marital de hecho, jurisprudencia constitucional, uniones de hecho de personas heterosexuales y homosexuales. Recibido: 27-12-17. Aprobado: 10-02-18.