

**DAÑOS Y PERJUICIOS PARA EL PROYECTO DE VIDA DE LOS
INTEGRANTES DE LA FAMILIA ANTE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO Y
LAS UNIONES MARITALES DE HECHO EN COLOMBIA ENTRE LOS AÑOS
2000-2017**

ADRIANA MARCELA BOJACÁ HERNÁNDEZ

JESUS DAVID GARCÍA LÓPEZ

**FUNDACIÓN UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES
FACULTAD DE DERECHO CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES
INTERNACIONALES
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS
BOGOTÁ D.C.
2019**

**DAÑO Y PERJUICIOS PARA EL PROYECTO DE VIDA DE LOS INTEGRANTES
DE LA FAMILIA ANTE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO Y LAS UNIONES
MARITALES DE HECHO EN COLOMBIA ENTRE LOS AÑOS 2000-2017**

ADRIANA MARCELA BOJACÁ HERNÁNDEZ

JESUS DAVID GARCÍA LÓPEZ

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADOS

ASESORA: NANCY ANDREA FORERO CASTILLO

**FUNDACIÓN UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES
FACULTAD DE DERECHO CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES
INTERNACIONALES**

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2019

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Dedicatoria

A Dios que es fuente de vida y sabiduría.

A mis padres, Graciela y Jairo, por hacer de mí una persona íntegra, soñadora y perseverante, por el apoyo, compañía y amor incondicional, que siempre han profesado hacia mí.

A mi Esposo Jaime Andrés Padilla, por ser más que mi compañero de vida, convirtiéndose en el mejor amigo y socio de cada propósito a lograr y sueño a alcanzar.

A mis hijos Nicolás y Sebastián; a ellos mil agradecimientos por llegar a mi vida y llenarla de alegría, retos, conocimientos y pujanza para lograr esta meta.

Adriana Marcela Bojacá Hernández

A mi familia por ser motivación, fuerza e inspiración para surgir ante las adversidades, formando un buen ser humano con principios y valores innegables; perseverante y luchador, para culminar este logro personal.

Al cuerpo docente quienes nos formaron en conocimientos y valores profesionales para servir a la comunidad a través de la interpretación de las leyes.

Jesús David García López

Contenido

RESUMEN.....	7
INTRODUCCIÓN.....	9
1. PROYECTO INVESTIGATIVO SOCIOJURÍDICO	11
1.1. Problema Socio jurídico	11
1.2. OBJETIVOS.....	14
1.2.1. Objetivo general.....	14
1.2.2. Objetivos específicos.....	14
1.3. JUSTIFICACIÓN	14
1.4. HIPÓTESIS.....	15
1.5. ESTRATEGIA METODOLÓGICA	17
CAPITULO I.....	19
1. LA FAMILIA, EVOLUCIÓN HISTORICA, CONFORMACION E IMPORTANCIA DENTRO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO	19
1.1. La familia.....	19
1.2. Conformación de la familia, y conceptualización a través de la historia	24
1.3. Reconocimiento de familia en el contexto actual colombiano	27
1.4. La familia como institución jurídica	28
1.5. El matrimonio	35
1.6. Características del sistema matrimonial colombiano	38
1.7. El divorcio.....	40
1.8. Unión marital de hecho.....	45
CAPITULO II.....	49
2. DAÑOS Y PERJUICIOS AL PROYECTO DE VIDA DE LA FAMILIA CON OCASIÓN AL DIVORCIO O SEPARACION DE HECHO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL E INTERDISCIPLINARIO	49
2.1. Daños derivados del divorcio	49
2.2 El impacto psicológico de la separación o el divorcio en los hijos.....	53
2.3. Cambios y comportamientos de los hijos de padres separados por divorcio o disolución de la unión marital de hecho.....	55
2.4. El impacto psicológico de la separación o el divorcio en los padres.....	56
2.5. Quebrantamiento al proyecto de vida de la familia – análisis jurisprudencial	57

2.6. Reparaciones o indemnizaciones en el divorcio por daño al proyecto de vida – Análisis Jurisprudencial	63
2.7. Estructuras familiares cambiantes, con el incremento del divorcio y disolución de la unión marital de hecho.....	67
2.8. Realidad y expectativa socio jurídica, tras la ruptura familiar, en la sociedad colombiana.....	70
CAPITULO III.....	74
3. ALCANCES DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA: ANALISIS JURISPRUDENCIAL Y DERECHO COMPARADO.....	74
3.1. Daño al proyecto de vida – tribunales internacionales.....	74
3.2. Afectación al proyecto de vida de la familia, conceptos jurisprudenciales nacionales y comparados.....	78
CONCLUSIONES.....	86
BIBLIOGRAFÍA.....	90

RESUMEN

En la presente investigación se estudian los daños y perjuicios ocasionados al proyecto de vida del cónyuge o compañero(a) inocente del rompimiento del vínculo jurídico civil o natural, a los hijos y demás miembros de la familia, para ello, fue necesario revisar los antecedentes, el nacimiento y la evolución de la familia; el concepto de familia moderno, para determinar las consecuencias interdisciplinarias que trae el rompimiento o quebranto de las relaciones familiares, cuyas principales afectaciones recaen sobre el proyecto de vida de cada uno de los miembros comprometidos. Si bien tras la disolución de una familia se evidencian afectaciones graves en aspectos propios de cada individuo como físico, psicológico, moral y social, se establece que el daño al proyecto de vida es el más afectado y poco tratado o restablecido en nuestra sociedad. Por ello, se resuelve también a través del análisis de sentencias e interpretación en la legislación de diferentes países, la viabilidad de una reparación e indemnización económica y simbólica cuando afecta gravemente el proyecto de vida. Aunque, se requiere dejar claridad que nadie está obligado a convivir con alguien, teniendo en cuenta que existe una nueva reestructuración de las familias, familias reorganizadas o modernas, parejas que se unen con fines de solidaridad, ayuda mutua, socorro, entre otros. Sin importar el tipo de familia, es claro que una vez se decide formar una, cada uno de los cónyuges o compañeros establece una vida futura con sueños, metas y proyectos a conseguir junto a la persona con la que ha decidió convivir.

De tal manera que se pretende contribuir con la recuperación, protección e importancia de la relación familiar a fin de minimizar los daños y perjuicios que se ocasionan con la disolución de la familia (jurídica o de hecho) y que se hace extensiva a los demás miembros que conforman el núcleo familiar afligido.

Palabras clave: proyecto de vida, afectación emocional, daño moral, quebrantamiento, matrimonio, unión marital de hecho, divorcio.

ABSTRACT

In the present investigation we study the damages caused to the life project of the spouse or partner (a) innocent of the breakdown of the civil or natural legal bond, to the children and other members of the family, to this end, it was necessary to revise the Background, birth and evolution of the family; The concept of the Modern Family, in order to determine the interdisciplinary consequences that the break-up or breakdown of the family relations brings, whose main affections fall on the project of life of each one of the committed members. Although after the dissolution of a family there is evidence of serious effects on aspects of each individual as physical, psychological, moral and social, it is established that the damage to the project of life is the most affected and little treated or revived in our society. Therefore, it is also resolved through the analysis of sentences and interpretation in the legislation of different countries, the viability of economic and symbolic reparation and compensation when the life project is severely affected. Although, it is necessary to make clear that no one is obliged to live with someone, taking into account that there is a new restructuring of families, reorganized or modern families, couples who unite for the purpose of solidarity, mutual aid, relief, among Other. Regardless of the type of family, it is clear that once you decide to form one, each of the spouses or partners establishes a future life with dreams, goals and projects to achieve together with the person with whom he has decided to coexist.

In such a way that it is intended to contribute to the recovery, protection and importance of the family relationship in order to minimize the damages caused by the dissolution of the family (legal or indeed) and that is extended to the other Members who confer Rman the afflicted family nucleus.

Keywords: Life project, emotional affectation, moral damage, brokenness, marriage, marital union in fact, divorce.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende dentro de las limitaciones existentes, contribuir al fortalecimiento del derecho de familia, independientemente su origen, ya sea por las instituciones jurídicas del matrimonio y la unión marital de hecho, respondiendo a la protección estatal de la familia y de cada uno de los integrantes que lo solicita, con estudios de conceptos modernos en torno a la familia que requiere de garantías y aplicación inmediata del derecho al proyecto de vida y como este derecho reconocido en tribunales internacionales se ve gravemente afectado y nunca resarcido en nuestro ordenamiento, cuando se afectan las relaciones familiares ya sea por el divorcio u otra razón para el rompimiento de la pareja.

Al respecto el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia de 1991, establece “la familia es el núcleo esencial y fundamental de la sociedad”. En ella se da comienzo a relaciones entre personas que se unen con la intención de convivir, compartir una vida (amor, respeto y entrega mutua entre otros).

La familia clásica se ha formado a través de un vínculo solemne (matrimonio) y las uniones de hecho, como lo instituyó en su momento la ley 54 de 1990 que estableció “el artículo 1 de la Ley 54 de 1990 prescribe: *“a partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular”*

La Unión Marital definida por esta ley, y tras los cambios sociales de la modernidad exigió el avance jurisprudencial, permitiendo y aceptado las uniones entre parejas del mismo sexo (homosexuales); con la sentencia C-075 de 2007

que versa sobre derechos patrimoniales para las parejas del mismo sexo, se declaró: *“las parejas de las personas lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas, LGTB, que cumplan con las condiciones legales para las uniones maritales de hecho, quedan amparadas por la presunción de sociedad patrimonial y por ende por el régimen de protección patrimonial”*

Sentencias posteriores como C-029 del 2008, C-283 del 2011 y C-577 del 2011, reconoce y reitera el reconocimiento de la unión marital de hecho y la posterior constitución de la sociedad patrimonial, es un derecho de las parejas del mismo sexo y constituye una base sólida de igualdad y respeto por las decisiones de los demás, garantizando los derechos fundamentales de la personas sin discriminación alguna.

Por consiguiente toda relación de pareja, no solo la formada por un hombre y una mujer, puede ser origen creador de familia que tutela también la constitución política de 1991 en su artículo 42 inc.1.

Sin importar como nace una familia, una vez conformada se da inicio a un proyecto de vida en pareja que se basa en la permanencia del amor en el tiempo; sin embargo, el proyecto de vida se puede ver afectado cuando la familia se disuelve, es decir, cuando la pareja decide no continuar con la convivencia, entonces los integrantes enfrentan situaciones que causan daños, afectaciones y perjuicios en su diario vivir. Alteración, distorsión y modificación abrupta al proyecto de vida, del cual se investiga y profundiza para entender la importancia de este derecho.

En cuanto al proyecto de vida, este es fundamental en el ser humano, es parte de su naturaleza; pues con él se visualizan fines, metas, proyectos e ideales por los que se trabaja en pareja; utilizando capacidades mentales, físicas y espirituales, en continuo contacto con los elementos proporcionados en cada situación”, en palabras de Sartre: *“son la proyección temporalizante de nuestra libertad”*, la libertad crea, escoge los fines, y, por su elección misma, les confiere una

existencia trascendente”¹, que hace parte de cada individuo y la afectación al mismo ocasiona graves daños y perjuicios invaluable a cada ser humano.

Por consiguiente, su afectación más trascendental se evidencia en la ruptura de las relaciones familiares ya sean solemnes como el divorcio y la disolución o por meras vías de hecho, perturbando no solo a la pareja inocente sino a hijos y demás miembros de la familia que luego de tener cada uno, rutinas personales; estas giran alrededor de la estabilidad, protección y fuerza que emanan naturalmente de la familia y que al no contar con ella como esencia y núcleo de la sociedad cada individuo afronta un drama único y personal con el que muy pocos reciben la ayuda necesaria para empezar de nuevo.

1. PROYECTO INVESTIGATIVO SOCIOJURÍDICO

1.1. Problema Socio jurídico

La familia es el núcleo esencial y fundamental de la sociedad conforme lo expresa el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia de 1991, en ella se da nacimiento a ciertas relaciones entre personas que se unen con diferentes propósitos de vida.

En el transcurrir del tiempo se ha llegado a observar que se han incrementado los divorcios, las liquidaciones y disoluciones de sociedad conyugal o de las uniones maritales de hecho, que para este evento se debe declarar la sociedad patrimonial de hecho, rupturas de las familias modernas que se deben a diferentes causas, como por ejemplo: la violencia intrafamiliar, la infidelidad, la incompreensión, la irresponsabilidad, el desamor, divorcio que se puede dar por voluntad entre cónyuges o separación de compañeros permanentes y de manera forzosa ante el juez competente.

¹ Sartre. Jean Paul. *El ser y la nada*. Editorial Ibero Americana, Buenos Aires, 1948, Tomo III, pág. 24.

Las cifras que se han revisado como evidencias del tema objeto de estudio, muestran que de febrero de 2016 a febrero de 2017 se registraron 64.709 matrimonios y 24.994 divorcios, información aportada por la Superintendencia de Notariado y Registro. Asimismo, las Uniones maritales de hecho que se presentaron de febrero de 2016 a febrero de 2017 fueron 10.037 y 1.133 disoluciones maritales de hecho, es decir, que: “por cada tres parejas que se casan, aproximadamente una se separa. Mientras que en el caso de las parejas de hecho, por cada 9 que se registran, una se separa”².

Como expresa el investigador y jurista Julián Emil, los motivos de amor son insondables que no se encuentran tácitamente en la ley sino que se prevén o presumen al momento de la constitución del matrimonio o las UMH. “Las razones del desamor también son diversas y no responden a una sola concepción moral. Cuando el amor no es más fuerte, se extingue el vínculo matrimonial sin que existan culpables o inocentes. En estos casos, estamos ante dos personas que han dejado de amarse y tienen derecho a constituir una nueva vida con un significado distinto; sin que por esto, deban padecer el estigma de un significativo discursivo que hace del derecho una objetable herramienta de poder”³.

No obstante, ese rompimiento de relaciones que dieron lugar a conformar la familia pueden conllevar a generar perjuicios tanto a las parejas y a los hijos si los hay; y ese es el punto a investigar la afectación al proyecto de vida, los perjuicios que generan psicológicamente y materialmente a quienes conforman una familia.

Al llevar a cabo la presente investigación, se tendrá en cuenta la evaluación tanto psicológica, emocional, económica y patrimonial de las parejas que han terminado

² Dinero. Divorcios en Colombia aumentaron un 39% desde 2014. Consultado el 30 de enero de 2018. Recuperado en la página web <http://www.dinero.com/pais/articulo/matrimonios-y-divorcios-en-colombia-a-2017/244352>

³ Emil, Jail Julián. El daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el Nuevo Código Civil y Comercial. Comisión N° 3 Daños. Daños derivados de las relaciones de familia. Consultado el día 20 de diciembre de 2017. Recuperado en la página web http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Jalil_EL-DA%C3%91O-MORAL.pdf

su relación de cónyuges o compañeros permanentes, también la grave afectación a los hijos al cambio de vida que deben enfrentar al tener padres separados o familias disfuncionales. No es un secreto que en la sociedad se reflejan casos particularmente de la afectación emocional que sufren tanto niños, niñas y adolescentes al observar quebrantado su núcleo familiar, entendiéndose que ese rompimiento se da por alguno de sus padres por circunstancias diferentes a la muerte, sino que se dan por voluntad de alguno de los padres, por voluntad de los dos. Es un tema de actualidad que compromete la estabilidad familiar, el proyecto de vida tanto de los padres o hijos que lo componen, por ello, se requiere estudiar el daño para así establecer los perjuicios que se deben tener en cuenta al tasar el daño para alguna de las partes ya mencionadas.

Es necesario que se tome conciencia del daño o perjuicios que la familia atraviesa ante un proceso de disolución y liquidación de sociedad conyugal y sociedad patrimonial de hecho, cuando a partir de diferentes causas se daña al otro (cónyuge, compañero(a) permanente, hijos), sujetos que deben cambiar su estilo de vida ante el quebrantamiento de relaciones que se comprometen al ejercicio de sus derechos y deberes ante la familia.

Es esencial la protección integral que realizan diferentes legislaciones en el mundo cuando existe afectación directa al proyecto de vida tanto del cónyuge o compañero(a) permanente y a los hijos procreados y criados al interior del seno familiar.

Por lo anterior, es que en este trabajo se va a desarrollar la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son los perjuicios y daños para el proyecto de vida de los integrantes de la familia ante la disolución y liquidación del matrimonio y la Unión Marital de Hecho establecido en la legislación Colombiana?

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. Objetivo general

Comprobar algunos de los daños y perjuicios que se generan para el proyecto de vida de la familia como consecuencia de la disolución y liquidación del matrimonio y la Unión Marital de Hecho.

1.2.2. Objetivos específicos

1.2.2.1. Realizar una genealogía de los conceptos de familia, matrimonio y unión marital de hecho a través de la historia y la aplicación de los mismos en el Estado Colombiano.

1.2.2.2. Socializar a partir de estudios interdisciplinarios y del análisis jurisprudencial, los cambios y consecuencias que debe enfrentar la familia separada respecto al daño en su proyecto de vida.

1.2.2.3. Considerar desde el derecho internacional, los alcances del daño al proyecto de vida, por el rompimiento de la vida en familia.

1.3. JUSTIFICACIÓN

Resulta relevante el presente trabajo de investigación en razón de resaltar la importancia de la familia en el Estado colombiano como núcleo fundamental de la sociedad, identificando que la familia sufre una afectación con la ruptura del matrimonio y las uniones maritales de hecho, haciendo énfasis en que al entablar estas relaciones solemnes y/o de hecho se adquieren obligaciones para con el cónyuge, compañero(a) permanente y los hijos.

Es esencial la realización del presente trabajo porque se requiere revisar si el legislador colombiano ha tomado en cuenta estos daños y perjuicios ocasionados, en qué casos los acepta, cómo se evalúan, y un sin fin de situaciones que se han quedado en la observación y tratamiento psicológico, pero que quizás también necesita un tratamiento jurídico especial para estos casos puntuales. De igual manera, tiene importancia en el mundo del derecho al tomar en cuenta una de las figuras tal vez importantes en el derecho constitucional y derecho civil (familia), de esta manera evidenciándose una constitucionalización del Derecho Privado al tomar en cuenta aspectos esenciales para la formación y conservación de la familia, los derechos y obligaciones de quienes la componen.

Dado el contexto social actual es indispensable generar conciencia de la necesidad de proteger la familia y las relaciones que se surten en medio de un matrimonio o una Unión Marital de Hecho en todas sus diversidades, especialmente, en los hogares con hijos, en los cuales existen diferentes derechos conexos y obligaciones derivadas de la unión de dos personas que deciden compartir un estilo de vida, para acompañarse en las buenas y en las malas, ser fieles, amarse y respetarse para toda la vida y en especial, cuando esas dos personas deciden diseñar y trabajar en torno a un proyecto de vida en pareja, razón por la cual es inevitable reconocer los daños irremediables causados a los miembros de la familia cuando se rompen estos lazos, especialmente, los emocionales y característicos de una vida familiar.

1.4. HIPÓTESIS

Como hipótesis se maneja que los perjuicios para la familia, además del orden económico, resultan quizás de mayor relevancia los de carácter moral y psicológicos, pues estos, afectan la estabilidad emocional y psicológica que afectan de manera directa la continua búsqueda de lograr el proyecto de vida que la pareja se propuso al momento de decidir de manera libre, consciente y voluntaria el conformar una familia, y esto no solo genera un perjuicio para la

pareja sino que se hace extensivo a los hijos y demás miembros que conforman ese conjunto de personas que mancomunadamente deben trabajar en aras de lograr los proyectos que como familia se han propuesto.

Por ello al momento de materializarse esa ruptura familiar ya lo sea de hecho o de derecho, se genera una inestabilidad en todos y cada uno de los miembros de la familia, quienes pierden generalmente de manera transitoria y en algunos otros casos de forma definitiva la perspectiva que se traía como grupo familiar.

En consecuencia, el cónyuge o compañero permanente responsable de la separación (jurídica o de hecho) de la familia, deberá responder como mínimo por los daños causados a los hijos y a la expareja, brindándoles, entre otros, el tratamiento para asimilar la ruptura, o resarcir de manera representativa el daño; situación que es obligación legal en los países quienes han conservado dentro de sus instituciones jurídicas la conservación de la reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio, citando como ejemplo en el Derecho Civil Comparado los siguientes: Código Suizo (1907), Código Civil Griego (1920), Código Matrimonial Sueco (1920), Ley Danesa de Matrimonio, Código de Perú (1984), Código Civil de Francia, Código Civil de México, de Portugal, de Estados Unidos de Norteamérica, California, entre otros⁴.

Si bien es cierto que la demanda por daños y perjuicios no aporta soluciones en pro de la familia, y mucho menos contribuye a subsanar un drama familiar existente, el divorcio o la ruptura de la unión convivencial regulados en la nueva normativa, no representan la solución idónea cuando lo que se persigue es la reparación de un perjuicio ante un “daño injustamente padecido”. Por ello incluso desde los más prístinos pilares de la lógica, no resulta contrario a ellos sostener que quién ha sufrido un perjuicio moral como consecuencia del hecho generador del divorcio solicite la reparación del mismo⁵.

⁴ *Ibíd.* Pág. 15.

⁵ *Ibíd.* Pág. 16.

1.5. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

1.5.1. Enfoque de la Investigación:

Investigación socio jurídica que se encarga de “estudiar el derecho en la vida social, en su práctica social, en el mundo material” (Universidad Libre, 2011, p, 45). Se encuentra orientada a verificar las situaciones relevantes en la sociedad que afectan las relaciones inter partes o individuales, en este caso la familia como núcleo esencial de la sociedad, por lo tanto, es fundamental revisar las instituciones y normas que se encuentran inmersas en el tema objeto de estudio, la influencia del derecho y un conjunto de factores a los cuales debe atender el legislador para comprender las realidades que enfrenta día a día los individuos.

1.5.2. Tipo de Investigación:

Exploratoria y explicativa ya que es un tema poco estudiado, porque solo se centran en la regulación de causales que generan la disolución y liquidación de la sociedad conyugal o de hecho, pero no se preocupa el legislador por las condiciones en que queda la pareja que asume ese dolor moral por la perdida y rompimiento de las relaciones familiares, o la situación de los hijos de padres separados.

De esta situación se podrá concluir a partir de un estado del arte que se basa en investigaciones y publicaciones anteriores al presente proyecto, previo a un proceso de averiguación en bases de datos de diferentes universidades y bibliotecas a nivel nacional e internacional que se encuentran en internet

1.5.3. Método de Investigación:

Se hará uso del método de investigación de análisis y síntesis documental, que servirá para descomponer la situación problemática planteada en la misma, en cada uno de los capítulos mediante los cuales se desarrollará y dará respuesta a los objetivos propuestos, por lo tanto, a través del análisis lógico y mediante el cual además de dar contestación al planteamiento del problema y previo a identificar los derechos y obligaciones de los cónyuges o compañeros permanentes para con la familia, los objetivos que nacen de la unión formal o de hecho, las posibles causas del rompimiento de las mismas, las consecuencias que genera la separación y los presuntos daños y perjuicios que pueden llegar a causarse al proyecto de vida familiar, siendo estos analizados a la luz del derecho internacional, se propondrá una alternativa de solución de carácter socio jurídica.

1.5.4. Fuentes, técnicas e instrumentos de recolección de la información:

Como fuentes, se utilizó la información proveniente de investigaciones de teóricos, historiadores, tesis monografías, artículos científicos, diccionarios, doctrina, jurisprudencia, leyes; información que se analizó y se desarrolló a través de los capítulos que corresponde a los objetivos específicos.

El tipo de investigación es cualitativa, ya que implicó la recolección de diferentes elementos y características recopilados por los expertos del tema, un profundo análisis jurisprudencial sobre la afectación al proyecto de vida de los integrantes de la familia, y las reparaciones que son necesarias para la reconstrucción familiar.

CAPITULO I

1. LA FAMILIA, EVOLUCIÓN HISTORICA, CONFORMACION E IMPORTANCIA DENTRO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO

1.1. La familia

Valencia de Urina⁶ define la familia como aquel elemento fundamental que encarna valores sociales, culturales y religiosos de la Nación, la cual debe ser protegida por el Estado.

En Colombia el concepto de familia se trajo del derecho chileno; don Andrés Bello, lo tomó del francés y este del romano. El tipo de familia en general en toda América Latina es la que trajeron los españoles y portugueses, se funda en bases judeo cristianas de estirpe patriarcal girando la autoridad alrededor del padre, este ostentó un poder casi absoluto, con la facultad en ciertos casos de vender y hasta de empeñar a sus hijos. La familia española en la época de la conquista se conformó según lo estipulaba la legislación de las siete partidas, modificada por las ideas de la casa de Austria que excluía a los extranjeros y a quienes no profesaban el culto católico⁷.

En la Constitución Política de Colombia se instituyó la familia como el núcleo

⁶ Valencia. De Urina. Estructura jurídica de la familia en Colombia, cambios en su conformación y régimen patrimonial. Journal Information. ISSN 2346-0792. Vol. 16. Inciso. Revista de Investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas. 2014. Recuperado en <http://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/268/513>

⁷ *Ibíd.* Pág. 22.

fundamental de la sociedad, aquélla figura que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por un hombre y una mujer que contrae matrimonio, o por voluntad responsable. **Destacando, que actualmente Colombia a través de la Corte Constitucional avala el matrimonio de personas del mismo sexo**, en cuanto al reconocimiento jurídico de las relaciones que entre ellos se establecen, como formadores también de familia; las sentencias más importantes que permitieron este gran avance entre otras son:

- C- 683/15 Parejas del mismo sexo pueden aplicar a proceso de adopción.
- C-071/15 Aprobación de adopción consentida por parejas del mismo sexo cuando sea el hijo/a biológico/a.
- C-075/07 Derechos patrimoniales
- SU-214/16 Sentencia que aprueba el matrimonio igualitario en Colombia.

De esta manera “el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La Ley podrá determinar el patrimonio inalienable e inembargable”⁸ la conformación de la familia se entiende que se realiza a través de una de las formas de matrimonio que se rigen por la Ley civil, así mismo, las relaciones que nacen de la unión marital de hecho que se conforma a partir de la convivencia ininterrumpida y cumplen los mismos fines del -matrimonio, lo que los diferencia es la solemnidad.

La familia es la institución más antigua desde el origen del hombre, en la prehistoria de la humanidad, desde las tres épocas principales (salvajismo, barbarie, civilización), según Federico Engels⁹ las investigaciones de Lewis H. Morgan solo se ocupan de las dos primeras épocas y da paso a la tercera

⁸ Constitución Política de 1991.

⁹ Engels. Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Marxists Internet Archive – mía. 1884. edición digital 2017. www.marxists.org.

subdividiéndola en estadios inferior, medio y superior conforme al progreso de la existencia.

La habilidad en esa producción desempeña un papel decisivo en el grado de superioridad y de dominio del hombre sobre la naturaleza: el hombre es, entre todos los seres, el único que ha logrado un dominio casi absoluto de la producción de alimentos. Todas las grandes épocas del progreso de la humanidad coinciden, de manera más o menos directa, con las épocas en que se extienden las fuentes de existencia¹⁰.

1.1.1. Salvajismo

- a) **Estadio Inferior:** entendido como el de la infancia del género humano. En esta etapa el hombre permanencia en bosques tropicales o subtropicales, en árboles, en medio de fieras salvajes. La alimentación se basaba en frutos, nueces y raíces; hubo progreso en el lenguaje articulado, no obstante, no existían los pueblos conocidos en el periodo histórico.
- b) **Estadio Medio:** la alimentación se centró en el pescado, se incluyó con el uso del fuego. Los hombres se volvieron independientes del clima y lugares, ya que seguían el curso de los ríos y mares para extenderse sobre la mayor parte de la tierra. Se crearon instrumentos pertenecientes a la edad de piedra, conocidos con el nombre de paleolíticos y fueron extendidos por todos los continentes. Gracias al manejo del fuego se obtuvieron nuevos elementos como raíces, tubérculos, la caza, la invención de nuevas armas “la aza y la lanza”, los pueblos no eran salvajes y no se ocupaban exclusivamente a la caza, sin embargo, parece ser que en esta época surgió la antropofagia.
- c) **Estadio Superior:** inicia el uso e invención del arco y la flecha, donde la práctica de la caza es esencial para conseguir el alimento regular. “El arco, la cuerda y la flecha forman ya un instrumento muy complejo, cuya invención supone larga experiencia acumulada y facultades mentales

¹⁰ Ibíd.

desarrolladas, así como el conocimiento simultáneo de otros muchos inventos” (Engels, 1884, p, 3). Se encuentran indicios de residencia fija en aldeas e iniciaron el arte de la alfarería, la creación de vasijas, tejidos a mano con fibras, instrumentos de piedra pulimentada (neolíticos); se encontraron diferentes progresos como la construcción de viviendas con tablas y vigas, utilizadas por los indios del noroeste de América¹¹.

1.1.2. Barbarie

Primeras comunidades que vivían en pro de la cooperación y la ayuda mutua, se domesticaron animales, implementa la agricultura, construcción de pueblos, formación de rebaños y comercialización de productos secundarios primeras escrituras

Los autores Bachofen, Taylor y Morgan en su obra *La sociedad primitiva*, sostienen la teoría llamada matriarcal, aquí nombramos tres de los presupuestos: a) en los orígenes de la humanidad los seres humanos habrían vivido en la promiscuidad, b) La descendencia solo podría contarse a través de la madre. C) la mujer, como madre llegó a gozar de cierta preeminencia absoluta debido a la promiscuidad del hombre.

Con el invento de escritura alfabética y notación literaria se deja de hablar de la prehistoria y se da inicio a la historia, las primeras escrituras pertenecen a los griegos de la época heroica, tribus ítalas poco antes de la fundación de Roma, germanos de Tácito y los normandos del tiempo de los vikingos.¹² Quienes una vez formados en grupos numerosos se inicia la construcción y el labrado de metales elevado a la categoría de arte, la

¹¹ *Ibíd.* Pág. 40.

¹² *Ibíd.* Pág. 5.

carreta y el carro de guerra”¹³; fue el comienzo de la arquitectura, las ciudades amuralladas, la mitología y la religión.

Otro momento importante obedece a la edad media donde el ser humano ya vivía en sociedad es decir regido por normas, un ejemplo de ello es la sociedad romana y la germánica, al considerarse familia el grupo de personas integrada por el núcleo matrimonial -esposos e hijos- y un grupo de parientes lejanos, viudas, jóvenes huérfanos, sobrinos y esclavos.

Durante las diferentes etapas de la edad media se rechaza la promiscuidad primitiva, desde entonces el padre fue el centro de la organización familiar. Como lo afirma Sumner Mainer, para quien el origen de la sociedad se halla en la unión de familias, cuyos miembros se unen bajo la autoridad y protección del varón de más edad. Siendo así el inicio del matrimonio, que fácilmente era disoluble por las partes, una “familia sindiásmica”. “La descendencia de una pareja conyugal de esta especie era patente y reconocida por todo el mundo, ninguna duda podía quedar acerca de a quien debían aplicarse los apelativos de padre, madre, hijo, hija, hermano, hermana”¹⁴.

La institución de la familia ha evolucionado desde los primeros clanes, pasando por la familia romana, basada en el dominio del paterfamilias, pasando por una funcionalidad moderna basada en la procreación y educación de los hijos así como la existencia moral y espiritual de todos los miembros esta última presente con el renacimiento el pensamiento cambia y por lo tanto la familia también.

No obstante, las concepciones religiosas son muy fuertes dando lugar a escenarios donde la familia tradicional es el ejemplo a seguir, como puede evidenciarse desde el arte, con la pintura la sagrada familia 1631, del pintor Carducho Vicente, desde esta perspectiva de familia, la sociedad durante las últimas décadas ha construido la noción y definición masiva de la familia,

¹³ Ibíd. Pág. 6.

¹⁴ Ibíd. Pág. 6.

teniendo su origen en la religión católica, apostólica y romana, cuya concepción e importancia a trascendido en el ámbito social y jurídico en Colombia.

1.2. Conformación de la familia, y conceptualización a través de la historia

La institución de la familia ha evolucionado desde los primeros clanes, pasando por la familia romana, basada en el dominio del paterfamilias, pasando por una funcionalidad moderna basada en la procreación y educación de los hijos así como la existencia moral y espiritual de todos los miembros, el concepto de familia en el siglo XXII ha tenido gran evolución, permitiendo dar una definición única a la familia sea aún muy difícil, ya que la familia es cambiante, variable, hasta alterable, al igual que la sociedad, sin embargo, es claro que la familia cumple una función importante y esencial en la sociedad, sin importar contextos propios de geopolítica, cultura y religión, pues aunque existan diferencias asociadas a las costumbres propias de cada región, toda sociedad reconoce el rol e importancia de la familia.

La palabra familia puede designarse a un grupo indeterminado de personas, que conviven de manera organizada y que se compone por los cónyuges y sus descendientes, incluyendo parientes y consanguíneos.

Los sociólogos Eduardo A. Zannoni y Gustavo A. Bossert manifiestan que es: “una institución permanente que está integrado por personas cuyos vínculos de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco”¹⁵ En este concepto se evidencia la familia nuclear, tradicional integrada por padre, madre e hijos, teniendo como condición el encontrarse bajo la autoridad de los progenitores, en el caso de los hijos ya sea por la edad y por la convivencia bajo el mismo techo.

¹⁵ Monroy Cabra Marco Gerardo (2014). *Derecho de familia infancia y adolescencia*. Librería ediciones del profesional Ltda. pág. 1.

Desde el ámbito del derecho la denominación o concepto de la familia es mucho más amplio y heterogéneo, porque este requiere ir de la mano con los cambios sociales existentes y presenten en el contexto actual.

Por lo anterior, según Morgan el concepto de familia “es un elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical sino cuando se ha modificado radicalmente la familia”¹⁶.

Sin embargo, es necesario en este punto hacer referencia de la familia y sus diferentes formas de conformarla, e integrar a ella individuos de manera permanente ya sea por vínculos naturales o legales o netamente emocionales.

1.2.1. Familia consanguínea: es la primera etapa de la familia, que se divide por grupos conyugales generacionales: los abuelos y abuelas, que en los límites de la familia, son maridos y mujeres entre sí, donde aparece la monogamia, bigamia, esta familia se basa en una relación de sangre, que son la base principal del parentesco. El ejemplo, la familia son los descendientes de una pareja, en cada una de las generaciones sucesivas se consideran parientes los descendientes de un antepasado en común.

1.2.2. Familia Punalúa: es la organización de la familia, que excluyó a los padres e hijos del comercio sexual recíproco, excluyó a los hermanos. Fue una ilustración del principio de selección natural. Se excluyó en primera medida a los hermanos uterinos (por parte de madre), se prohibió en Hawái el matrimonio entre hermanos colaterales (primos carnales, primos segundos y primos terceros).

1.2.3. La familia sindiásmica: se formaban parejas conyugales, el hombre tenía una mujer principal entre sus numerosas mujeres. Una confusión quienes en el

¹⁶ Ibíd. Pág. 7.

matrimonio por grupos se desarrollaba una comunidad promiscua de mujeres, un adulterio arbitrario. “pero conforme se desarrollaba la gens e iban haciéndose más numerosas las clases de hermanos y hermanas, entre quienes ahora era imposible el matrimonio, esta uno conyugal por parejas, basada en la costumbre, debió ir consolidándose”¹⁷.

El matrimonio entre gens no consanguíneas engendra una raza más fuerte, tanto en el aspecto físico como en el mental; mezclándose dos tribus avanzadas, y los nuevos cráneos y cerebros crecían naturalmente hasta que comprendían las capacidades de ambas tribus¹⁸.

Siendo un derecho la poligamia y la infidelidad de los hombres, pero si se exigía la estricta fidelidad de las mujeres mientras dure su vida en común, su incumplimiento se castigaba fuertemente, pero el vínculo conyugal se podía disolver fácilmente, quedando los hijos con su madre.

No obstante en Colombia esta práctica, no es del todo desconocida puesto que se despenalizó la bigamia y su práctica ha ganado normalidad social, como costumbre permitida por las mujeres, la bigamia y poligamia existen sobre todo en las regiones Caribe y Pacífico, tal vez por los rezagos Tribales o premodernas de su población “*la familia no es una unidad de producción económica ni un contrato social, sino un débil tejido de parentescos que estimulan la procreación incontrolada*”¹⁹.

Por consiguiente el cuidado y garantías de la familia se pueden ver vulneradas toda vez que, en culturas donde se practica la poligamia y la bigamia los problemas sociales son mayores en cuanto al desarrollo armonioso y eficiente del

¹⁷ Ibíd. Pág. 16.

¹⁸ Ibíd. Pág. 30.

¹⁹ Oscar Collazos, bigamia, poligamia y otras miserias, de junio 2001- 12:00 a.m. recuperado en www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-43508228, marzo 23 de 2019 11:30 pm

proyecto de vida de los integrantes, así lo plasma el columnista del periódico el tiempo Oscar Collazos.

“A mayor pobreza, mayor promiscuidad, incluyendo el incesto. El condón es para muchos un impermeable inglés inaceptable e incómodo, es sexo encarcelado. Los resultados se verán en pocos meses. El crecimiento de la natalidad indeseada se convierte así en multiplicador de las miserias.

Estas son las circunstancias que rodean la aceptación de la bigamia, que no se produce en derecho sino en hecho. No estaría en discusión su despenalización sino la penalización de la irresponsabilidad. ¿A quién penalizar? ¿A hombres que no han conocido otra cultura que la del instinto? ¿A padres irresponsables que no han recibido el beneficio constitucional del trabajo y la educación?”²⁰.

1.3. Reconocimiento de familia en el contexto actual colombiano

En la actualidad conocemos más tipos de familia, que, a pesar de la diversidad existente, siguen cumpliendo la función originaria de la familia, la procreación, apoyo, socorro y cuidado mutuo.

1.3.1. Familia nuclear: está integrada por una pareja adulta, con o sin hijos o por uno de los miembros de la pareja y sus hijos. La familia nuclear se divide en tres tipos de familias:

1.3.1.1. Familia nuclear simple: integrada por una pareja sin hijos

1.3.1.2. Familia nuclear biparental: integrada por el padre y la madre, con uno o más hijos (familia tradicional)

1.3.1.3. Familia nuclear monoparental: integrada por uno de los padres y uno o más hijos.

²⁰ Ibíd. Pág. 1.

1.3.2. Familia extensa o extendida: es una estructura que excede a la de la familia nuclear, incorpora a tíos, primos, etc., es decir la conforma miembros parentales de diferentes generaciones, varias ramificaciones familiares provenientes de un ascendiente en común.

1.3.3. Familia Reconstituida (o ensambladas): se forma por una pareja, con lo menos un hijo de una relación anterior, una familia formada por tus hijos, los míos y los que tendremos.

1.3.4. La Familia adoptiva: es aquella que acoge a un menor por medio del proceso de adopción, estableciendo con este o estos una relación estable y duradera basada en los principios del amor.

Con lo anterior se puede concluir que, en virtud a la existencia del divorcio, y la denominada separación en nuestro contexto colombiano, la conformación de la familia haya trasmutado de la concepción de familia contemporánea, permitiendo el ingreso de nuevos modelos y conceptos aptos para las familias como es la unión maritales de hecho, la unión transexual, y homosexual generadores también de familia.

1.4. La familia como institución jurídica

1.4.1 La Familia

La familia debe ser reconocida como núcleo social anterior al Estado, este solo debe garantizar la protección de la familia y de los derechos de cada uno de los integrantes de la misma, derechos normados y reconocidos por el Estado.

Valencia de Urina (2014), define la familia como aquel elemento fundamental que encarna valores sociales, culturales y religiosos de la Nación, la cual debe ser protegida por el Estado.

En la Colombia moderna la familia se forma bajo el modelo del patriarcado o del paterfamilias, (de origen romano). Este tipo de familia en general en toda América Latina es impartida desde la colonización por los españoles y portugueses, en contextos más actuales es decir del siglo XX. Se funda bajo bases judío cristianas de estirpe patriarcal girando la autoridad alrededor del padre, este ostentó un poder casi absoluto, con la facultad en ciertos casos de vender y hasta de empeñar a sus hijos. La familia española en la época de la conquista se conformó según lo estipulaba la legislación de las siete partidas, modificada por las ideas de la casa de Austria que excluía a los extranjeros y a quienes no profesaban el culto católico (Valencia, 2014)²¹.

En cuanto al derecho colombiano nuestro Código Civil no define el concepto de familia, pero normalizó algunas características relevantes para la época respecto a la familia; como se puede evidenciar en el tercer párrafo del artículo 874 del Código civil, referente a los derechos reales de uso y habitación, alude a ella considerando que la familia comprende la mujer y los hijos, tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después. Y eso aun cuando el usuario o habitador no esté casado ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución, comprendiendo así mismo, el número de sirvientes necesarios para la familia, también a las personas que a la misma fecha vivan con el habitador o usuario y a quienes se les deba alimentos, determinado en este artículo las personas beneficiarias de los derechos reales referidos, sin existir claramente en el código civil un concepto de familia.

Sin embargo, en el Código Civil siempre se habla de la unión de un hombre y una mujer que contraen matrimonio y de los hijos, los avances en cuanto a la conceptualización de la familia en Colombia inician a finales del siglo XX, específicamente con la Constitución de 1991.

“Antes de la promulgación del año 1990, el ordenamiento jurídico no protegía los derechos patrimoniales de los compañeros permanentes surgidos por el solo

²¹ Valencia. De Urina. (2014). Estructura jurídica de la familia en Colombia, cambios en su conformación y régimen patrimonial. Journal Information. ISSN 2346-0792. Vol. 16. Inciso. Revista de Investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas. Recuperado en <http://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/268/513> Marzo 15 de 2018 2:00 pm.

hecho de la convivencia ni ningún tipo de sociedad de bienes entre ellos, cuya razón de ser fuera única y exclusivamente la mera cohabitación, situación que reflejó la jurisprudencia al precisar que ni *«a la concubina ni al concubinario, por el solo hecho de ser tales, les confiere la ley derecho alguno sobre los bienes que su amante haya adquirido durante el tiempo en que la unión natural se haya desarrollado. El concubinato, pues, no genera por sí ningún tipo de sociedad o de comunidad de bienes entre concubinarios. La cohabitación, per se, no da nacimiento a la compañía patrimonial»* (CSJ SC, 18 Oct. 1973)²².

En la Constitución Política de Colombia 1991 en el artículo 42 se instituyó la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, aquella figura que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, o por voluntad responsable de conformarla.

Con la Ley 54 de 1990 y modificada por la ley 979 de 2005 *“por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”* Se aprobó la regulación y amparo jurídico a las uniones nacidas bajo las circunstancias de hecho, formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular, vínculo que genera efectos patrimoniales ante la existencia de la unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes.

Es necesario precisar, que actualmente Colombia a través de la Corte Constitucional avala el matrimonio de personas del mismo sexo es decir que no requiere que la unión se efectuó entre un hombre y una mujer para constituir y

²² Corte Suprema de Justicia , sala de Casación Civil, Radicación n° 68001-31-10-007-2011-00047-0 <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2016/11/SC14428.pdf> marzo 23 de 2019 11:58 pm

disfrutar de los derechos y obligaciones de un núcleo familiar, como se establece en el código civil: artículos 113, 140 1781,1820, en virtud de la ley 54 de 1990, Ley 25 de 1992 en los términos de la Ley 962 de 2005 y 979 de 2005, “el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La Ley podrá determinar el patrimonio inalienable e inembargable”²³, la conformación de la familia se entiende que se realiza a través de una de las formas de matrimonio que se rigen por la Ley civil, así mismo, las relaciones que nacen de la unión marital de hecho que se conforma a partir de la convivencia ininterrumpida y cumplen los mismos fines del matrimonio, lo que los diferencia es la solemnidad.

Encontrando aquí dos principios esenciales por parte del Estado hacia la familia, a) Que la familia es el núcleo fundamental de sociedad y b) que el Estado y la sociedad garantizan la protección de la familia.

La Corte Constitucional en sentencias C-814/01 que trato el tema de la adopción y la establece como “una institución concebida en beneficio del menor adoptable y para su protección. La adopción si bien permite que personas que no son padres o madres por naturaleza lleguen a serlo en virtud del parentesco civil, posibilitándoles a ellos el ejercicio de varios derechos como el conformar una familia”²⁴ con posterioridad las sentencias C-683/15 (Parejas del mismo sexo pueden aplicar a proceso de adopción) y C-071/ 15 (Aprobación de adopción consentida por parejas del mismo sexo cuando sea el hijo/a biológico/a.) y C-105/07 permitieron entre otras , que el concepto de familia en Colombia, fuera extendido a la realidad social, a la necesidad de adecuar y ajustar las leyes y normas del Derecho Civil a los cambios sociales, actualizando, progresando y evolucionando el Derecho mediante la revisión de constitucionalidad de las mismas, logrado de esta manera constitucionalizar el Derecho Civil. “la Constitución pone en un plano de igualdad, la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos”, es decir la que surge de la voluntad responsable de formarla sin distinguir sexos. El estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia independiente de su formación ya sea por vínculos

²³ Constitución Política de Colombia. 1991. Art. 42.

²⁴ Sentencia C-814 -2001

naturales o jurídicos, lo cual es efecto racional de la igualdad de trato de las parejas heterosexuales y homosexuales.

Es así que en nuestro ordenamiento jurídico, las parejas del mismo sexo tienen derecho a constituir una sociedad patrimonial, conforme a los términos de la ley sobre las uniones maritales de hecho, esto gracias a la constitucionalización del Derecho Civil, permitiendo ampliar el concepto de familia del artículo 42 de la constitución política, y otorgando la armonía de este, con los principios fundamentales constitucionales, esencialmente con el principio de igualdad y libertad, garantizando plenamente la formación y protección de la familia, puesto que en la Constitución refiere la familia y no coarta que sea “hombre o mujer”, se refiere a los vínculos naturales o jurídicos y a la voluntad responsable, por lo tanto “al concepto de familia se llega por caminos diferentes, distintos, y no simplemente a partir del vínculo entre un hombre y una mujer”²⁵.

En sentencia C-29/2009 “declara exequibilidad de las expresiones relativas al cónyuge y al de compañero permanente, en el entendido de que le incluye igualdad de condiciones a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

La Corte en diversas sentencias ha extendido la protección a la familia sin importar su conformación, en cuanto a la protección de los principios de la familia de los derechos adquiridos y derivados de la misma, de los cuales en la actualidad gozan tanto las parejas heterosexuales y homosexuales. Así como otro tipo de familia formada con ayuda de la ciencia, ya que la familia a proteger no se limita a la pareja sino a todo vínculo anteriormente estudiado, como la familiar que se conforma por la mera permanencia y existencia de sentimiento de protección y amor (familias constituidas sin vinculo sanguíneo pero si por lazos de amistad, como puede ser el de los padrinos con sus ahijados, o el de los amigos incondicionales, porque aun así sigue siendo la familia el núcleo de la sociedad.

²⁵ Corte Constitucional. sentencia C-075 del 2007. www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm#_ftnref73. Marzo 25 de 2019, 11:20 pm

En el artículo 42 de la Constitución de 1991 se encuentran los principios fundamentales de la familia los cuales son:

- 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 los derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre sus integrantes.
- Se rechaza cualquier forma de violencia en la familia que se considera destructiva en su armonía y unidad
- Igualdad entre los hijos, los hijos habidos en el matrimonio y fuera del, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes

Y por último, los derechos y deberes de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso.

Además de los avances en cuanto al derecho interno colombiano en los últimos años es necesario relacionar algunos tratados internacionales y convenciones que se han firmado en cuanto a la protección de la familia.

La convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, en el artículo 18 establece: los estados parte pondrán, el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño.

De otra parte, existe una nutrida jurisprudencia en el derecho internacional encaminada hacia el reconocimiento de los derechos de las parejas de homosexuales, no sólo en el ámbito patrimonial, sino en el ámbito civil, laboral, pensional, matrimonial, de adopción, etc.

Sin embargo solo se mencionaran algunos ejemplos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y del Tribunal Europeo, que versan sobre la protección a la familia y a las parejas homosexuales:

- Ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) los casos contra Finlandia en 1982 y caso Toonen vs. Australia provincia de Tasmania en 1994 estableciendo que la orientación sexual constituye un estatus protegido contra la discriminación, en la que se garantizó el derecho a la igualdad y la no discriminación de las personas homosexuales.
- Caso Young vs. Australia, del 2003 del el Comité se pronunció “sobre la igualdad de derechos de las parejas homosexuales en el marco del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)”, “y determinó que constituía una discriminación contraria a los derechos humanos el hecho de que en las parejas heterosexuales el sobreviviente pudiese acceder a los beneficios pensionales, mientras que tal situación no podía ser reclamada por las personas homosexuales, lo cual, había sido calificado como una discriminación por razón del sexo, que no se encontraba justificada por el derecho internacional”²⁶, en Colombia la sentencia C-075/07 y SU-214/16 Sentencia que aprueba el matrimonio igualitario en Colombia abarcaron el tema.
- El caso Dudgeon Vs. Reino Unido –United kingdom-, se estableció que la ley en Irlanda violaba el derecho a la privacidad del señor Dudgeon. “Este fallo ha tenido influencia en fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y de la Corte Constitucional Colombiana respecto al derecho a la privacidad de la conducta entre homosexuales”²⁷.

La jurisprudencia internacional y de la Corte Constitucional Colombiana han abordado de manera efectiva el tema de la homosexualidad, desde el año

²⁶ *Ibíd.* Pág. 39.

²⁷ *Ibíd.* Pág. 40.

2001, se ha dado aplicación y garantía de los derechos de la población homosexual, de manera progresista, imparcial y efectiva, encontrando que Colombia está actualizada con los avances internacionales como son en relación con los derechos de los transexuales; entre otros: cambio de nombre y de género en papeles oficiales, derechos de propiedad (en Bélgica y Brasil), en correlación a beneficios médicos (en Canadá), en pensión de viudez (por ejemplo en Argentina 1997), universalidad del sistema de seguridad social, estos entre muchos casos que protegen sin ningún tipo de discriminación las familias constituidas por personas del mismo sexo.

Con lo anterior se puede afirmar que la familia “no ha desaparecido y continuará porque es la mejor manera de realización personal, espiritual y moral de sus integrantes y lo que se requiere es el fortalecimiento, por parte de las autoridades del estado”²⁸.

1.5. El matrimonio

El Código Civil de Colombia denominado bajo la Ley 57 de 1887, define el matrimonio como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer, se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente. (Art. 113), no obstante, la Corte Constitucional ha avalado el matrimonio entre parejas del mismo sexo, mediante sentencia SU-24/16 Sentencia que aprueba el matrimonio igualitario en Colombia, reconociendo que al igual que las parejas heterosexuales, las homosexuales se unen con el fin de establecerse como familia. Instituye entonces, el legislador que el matrimonio es un contrato solemne, es decir, que se adquieren derechos y obligaciones de parte y parte, con voluntad propia, objeto y causa lícita para su celebración.

El contrato es una fuente de las obligaciones, que corresponde al artículo 1494 “las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más

²⁸ Monroy Cabra Marco Gerardo (2014). *Derecho de familia infancia y adolescencia*. Librería ediciones del profesional Ltda., pág. 13.

personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”²⁹.

La definición formal que trae el artículo 1495 del Código Civil de contrato es que “es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa”³⁰.

Para el caso del matrimonio, es el contrato celebrado entre dos personas, un contrato bilateral donde los contratantes se obligan recíprocamente, un contrato a título oneroso, aunque puede parecer a título gratuito, sin embargo, en la celebración del contrato matrimonial se debe observar los bienes que entran al haber social, las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos, igualmente, del auxilio mutuo que compromete también la situación y estabilidad económica de la familia. Existen intereses personales e individuales de carácter social, familiar, económico, psicológico, etc.; los cónyuges asumen los mismos riesgos entre sí, deberes de hacer, no hacer y de dar. Es un contrato solemne y consensual, que se caracteriza por cumplir con una serie de formalidades especiales, establecidas por la ley y son necesarias para producir efectos civiles, y es consensual porque se perfecciona con solo el consentimiento.

El artículo 115 del Código Civil ³¹se refiere a la constitución y perfeccionamiento del matrimonio, el cual se da por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, que debe ser expresado ante funcionario competente para que surta los efectos civiles y políticos. La celebración del matrimonio puede hacerse en cualquier religión suscrita en concordatos reconocidos por el Estado colombiano, religiones o iglesias que cuenten con personería jurídica e inscribiéndose ante el

²⁹ Congreso de la República, Ley 57 de 1887, art. 1494.

³⁰ Congreso de la República, Ley 57 de 1887, art. 1495.

³¹ Congreso de la República. Código Civil. Art. 115.

Ministerio de Gobierno, y acrediten que su régimen no es contrario a la Constitución y demás normas que regulan el acto matrimonial.

La Ley 25 de 1992 se adiciona al Código Civil normas que se establecen para tener en claro la competencia, derechos, deberes, causales de divorcio del matrimonio civil o religioso³².

El matrimonio durante años fue reconocido como única, institución creadora de familia, con el pasar del tiempo una de las fuentes creadoras de familia, permitiendo que en la actualidad, ya se reconoce la diversidad entorno a la Familia y como gran muestra de ello se encuentra la sentencia SU-214 de 2016, que indica “la Sala Plena encuentra que la Constitución en ninguna parte excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo. El artículo 42 Superior no puede ser comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad”

“En Colombia, los significados social y jurídico de la palabra “matrimonio” han evolucionado, de la mano de diversas tendencias, influencias, tensiones y oscilaciones. La evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico. Su comprensión desborda el ámbito de lo estrictamente jurídico, llegando inclusive a lo que el antropólogo alemán Arnold Van Gennep denominó el “escenario nupcial” o el “rito de pasaje”, significando con ello la importancia que el simbolismo matrimonial tiene para los individuos, sus familias y la sociedad en general”³³.

³² Congreso de la República. Ley 25 de 1992.

³³ Corte Constitucional. Sentencia SU-214 de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado

1.6. Características del sistema matrimonial colombiano

Quiroz³⁴ explica, que el sistema matrimonial en Colombia contiene una pluralidad de estatutos sometidos a confesiones religiosas, no obstante, en Colombia existen dos formas de matrimonio:

- El matrimonio civil (matrimonio del Estado)
- El matrimonio religioso (libertad religiosa)

Del matrimonio Civil, Acorde a los tratados internacionales y nuestra Constitución por el cual se reconoció que las parejas del mismo sexo tienen derecho a formalizar su unión a través de un vínculo solemne, derecho aceptado en muchos países de Europa como, Alemania, Austria, Croacia, Italia, Hungría, Suiza y República Checa. Y que no obliga a los Estados a reconocer al matrimonio civil como única figura que puede otorgar reconocimiento formal, a las parejas del mismo sexo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aseguró que: “las parejas del mismo sexo tienen un interés particular en obtener la opción a una forma de unión civil o unión registrada, ya que sería la más apropiada de las formas a través de la cual ellas pudieran tener sus relaciones legalmente reconocidas y con ello garantizarían sus relaciones con las debidas protecciones – en la forma de derechos relevantes en una relación estable y comprometida (...)”³⁵.

³⁴ Quiroz. Monsalvo A. (2014). *Manual civil*. Tomo V. Ediciones doctrina y ley LTDA. Bogotá – Colombia. Pág. 194.

³⁵ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso: Oliari e Altri vs. Italia. 21 de julio de 2015.

Ahora bien, en cuanto al matrimonio Religioso, Existe una exclusión y normatividad del Estado, cuando se trata de regirse por cada canon o regla de cualquier confesión religiosa o iglesia, que cumplan con los requisitos de existencia y validez. Por tanto, solo la ley civil regularía efectos personales y económicos.

Existe una dualidad de jurisdicción, donde se encuentran autoridades religiosas, que es plena y excluyente de la jurisdicción de familia, aunque para la disolución de vínculos religiosos la jurisdicción del Estado cumple con un papel auxiliar.

Los efectos civiles los reconoce el Estado según rituales religiosos que cumplan con lo siguiente:

1. La confesión religiosa o Iglesia hayan suscrito para ello concordato, tratado de derecho internacional o convención.
2. La confesión religiosa o Iglesia tengan personería jurídica.
3. La confesión religiosa o Iglesia estén inscritas en el registro de identidades religiosas del Ministerio del Interior.
4. La confesión religiosa o Iglesia garanticen seriedad y continuidad de su organización religiosa.
5. La confesión religiosa o Iglesia acrediten disponer de normas sobre el régimen matrimonial³⁶.

Por lo anterior, entendiéndose generalmente diferentes formalidades y solemnidades de la Ley civil y los cánones de religiones que se rigen bajo el imperio de la Ley y la Constitución, como protección a la familia y todo vínculo que se derive de ella, es esencial dictaminar que los matrimonios sean religiosos o civiles no todos perduran para toda la vida, por ello, nace la figura del divorcio, que consiste en:

³⁶ Ibíd. Pág. 195.

1.7. El divorcio

Barrozo y Álvarez (2009) se refieren al divorcio que se rige en Colombia por la Ley 25 de 1992, que expresa que es el grave e injustificado incumplimiento por parte de uno de los cónyuges (en el caso de la celebración de un matrimonio) de los deberes que impone la ley. Es una de las causales más antiguas que se refería al absoluto incumplimiento de deberes, se empeñó a tratar la norma como un problema de género, ya que si el abandono no era absoluto no encuadraba. Luego fue adicionada agregándole elementos subjetivos por parte de los sujetos conyugales, en tal sentido, se refirió que los deberes fueron gravemente e injustificadamente lesionados, lo que permitió humanizar la situación, no obstante, quienes salían más beneficiados eran los padres/maridos.

La redacción actual considera Barrozo y Álvarez es más justa, al agregarle que “los derechos que la ley les impone”, una disposición más imparcial, con el debido respeto de la dignidad humana. Esos deberes pueden ser abandonados o incumplidos. “Es una causal genérica, porque muchas de las causales de la mencionada ley, independientemente de sí mismas aterrizan en ella”³⁷.

No requiere que se den todas las conductas para solicitar el divorcio, caso contrario que se imponía con la Ley 1 de 1976, la cual requería de poner en peligro la vida del otro cónyuge, pero no dándose esos actos no prosperaba el divorcio. Hoy en día solo basta con la omisión de cualquier deber impuesto por la ley a los cónyuges o padres, normas que establecen obligaciones que se derivan de la unión familiar, del matrimonio, de la moral, espiritual y económicamente hablando, cuando se ponga en peligro el socorro, la ayuda mutua, fidelidad, deber grave de ser padres.

³⁷ Barrozo. Osorio Tulia. Álvarez. *Esperanza. El divorcio en Colombia*. Centro de Investigaciones. Universidad Libre. 2009. Pág. 7.

Entiéndase grave como el hecho que viole lo más elemental de los deberes, y lo injustificado, es aquello que se hace o deja hacer, cuando no hay motivo que disipe o excuse la omisión.

La causal del uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes: una causal que anteriormente implicaba que la conducta fuera compulsiva ante el consumo, pero era muy fácil desvirtuarla por parte del apoderado del cónyuge culpable. Con la Ley 25 de 1992 se reformó dicha causal, de manera que, se valora el uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, no solo implica su consumo, sino su uso, es decir, comercialización, fabricación o expendio de droga. También se refiere a que esa causal de divorcio tenga efecto alguno es necesario que el cónyuge culpable sufra algún cambio en su personalidad, que incite la violencia o peligrosidad, que traiga consecuencias a la comunidad matrimonial y la sociedad³⁸.

La embriaguez habitual es otra causal para el divorcio, apareció en la Ley 84 de 1873, que expresó “la embriaguez habitual de uno de los cónyuges”; no sufrió modificación alguna por lo que en la ley 25 de 1992 se refirió igualmente. Para su estructuración se requiere de la embriaguez propiamente dicha, se entiende como aquella “turbación pasajera de las potencias”, es el resultado de consumir licor en abundancia, habitualmente, de manera regular y continua, que resulta ser una carga intolerable en el cónyuge inocente.

La separación de cuerpos es una causal de divorcio que operaba en el sentido que la separación judicial ocurriera de dos años o más; la ley 25 de 1992 adicionó la separación de hecho, que transcurra el mismo tiempo, “la separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años”³⁹.

³⁸ *Ibíd.*, pág. 9.

³⁹ *Ibíd.* Pág. 12.

En este caso la causal es objetivo, ya que no importa si hay un cónyuge inocente o culpable de la separación, solo importa el transcurso del tiempo. Equivale a que los cónyuges residen en lugares distintos o existe un abandono de los deberes de cónyuges, “cuando siguen viviendo juntos y no hay trato conyugal ni “gateadas nocturnas”⁴⁰.

Para el caso de esta causal, es válido que los cónyuges vivan en residencias separadas, o vivan en el mismo techo separados, lo que se puede comprobar con la declaración de los cónyuges o demás personas que forman el núcleo familiar. Sin embargo, lo único que importa la legislador es que haya transcurrido el tiempo mencionado y no haya existido reconciliación, o cuando se ha acumulado un año de separación de hecho y un año de separación judicial por sentencia ejecutoriada.

La causal de relación sexuales extramatrimoniales establecía que “las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado”, con la Ley 1 de 1976⁴¹ se tipificaba exclusivamente el adulterio de la mujer, y un contentillo con el amancebamiento del varón, una diferencia abismal en cuanto al trato del hombre y la mujer en la unión matrimonial, ya que solo se consideraba culpable a la mujer por adulterio, en cambio, al hombre se consentía la infidelidad y solo se tipificaba la causal cuando se comprobaba que el hombre cónyuge se amancebaba con una amante considerando que era un atentado en contra del honor de su mujer. Por ello, esa expresión fue suprimida.

Ante la expresión relaciones sexuales, se interpretaba como varias relaciones sexuales, no obstante, solo basta que sea una sola relación como requisito para que se dé la causal, con plena conciencia que se realiza faltando a la fidelidad con

⁴⁰ Ibíd. Pág. 12.

⁴¹ Congreso de la República. Ley 1 de 1976. El divorcio en el matrimonio civil. http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/mujer/mujer/Leyes%20Mujer%20PDF/Ley_1_de_1976.pdf

persona distinta del cónyuge. Y cuando se refiere a la expresión “haberlas consentido, perdonado o facilitado” se considera que la familia es la institución básica de la sociedad, donde un hombre y una mujer contraen matrimonio con voluntad responsable, “por ello la decisión íntima de perdonarlas no puede producir para quien padece el agravio, la consecuencia de perder el derecho de intentar restablecer su vida conyugal y familiar manteniendo su vida en común. O sea, perdonarlas, consentirlas o facilitarlas, es cuestión de cada quien, sin dejar de lado el respeto a la dignidad de la persona de los cónyuges”⁴².

La anterior, es una causal difícil de comprobar porque soporta situaciones que pueden violentar la intimidad, podría atacar otro derecho fundamental, por ello, se puede acudir a la utilización de indicio que conduzcan a que el juzgador pueda presumirlas con claridad.

Los ultrajes, trato cruel y maltratamiento de obra en la ley 25 de 1992, en la vigencia de la Ley 1 de 1976 se le agregó que “hiciesen peligrar la salud, la integridad corporal, o la vida de uno de los cónyuges o sus descendientes, o que hicieran imposible la paz y el sosiego domésticos”⁴³.

El cónyuge ofendido debía demostrar que era víctima de golpes graves, insultos que afectaran la psiquis, que la situación fuera insoportable para terminar el vínculo matrimonial. Existe una real afectación a la dignidad no solo del cónyuge afectado, sino también la salud física y psicológica de los hijos. Ahora bien, no hay necesidad de llegar a situaciones extremas para que peligre la vida del cónyuge, los hijos o la paz o sosiego domésticos sean imposibles.

Dice la doctrina que ultraje comprende hechos, escritos, palabras, señas, actitudes, poses, y todo lo que hiere la justa sensibilidad del cónyuge, que vulnere su honor, buen nombre, dignidad y le cause vejamen. Trato Cruel, es el sufrimiento

⁴² Barrozo. Osorio Tulia. Álvarez. Esperanza. El divorcio en Colombia. Centro de Investigaciones. Universidad Libre. 2009. Pág. 7.

⁴³ *Ibíd.* Pág. 17.

moral o síquico, es causar con comportamiento malintencionado, sufrimiento moral, con sevicia y violencia. Maltrato de obra, es toda agresión física, como lesiones personales⁴⁴.

Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o psíquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial, es otra causal de divorcio, que se refiere conforme a la sentencia C-246 de 2002⁴⁵, a esa obligación de socorro y ayuda para con la pareja o cónyuge como un derecho y un deber, donde se protege la dignidad humana, que impide la instrumentalización del otro mediante su abandono en situaciones precarias de salud, cuando ya no sirve a los propósitos del otro cónyuge.

Es un deber y respeto del principio de reciprocidad, deber de solidaridad en las relaciones conyugales.

El hecho de que la persona gravemente afectada de una enfermedad o discapacidad incurable quede expósita luego del divorcio, sin que el otro cónyuge deba prestarle alimentos, atenta contra la autonomía del cónyuge enfermo, así como contra el principio de dignidad humana. Es claro para la Corte, entonces, que se hace necesario condicionar la constitucionalidad de la causal acusada en el sentido de que el cónyuge divorciado que tenga enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o psíquica, que carezca de medios para subsistir autónoma y dignamente, tiene derecho a que el otro cónyuge le suministre los alimentos respectivos, sin que ello excluya la realización voluntaria de prestaciones personales de éste en beneficio del cónyuge enfermo o anormal⁴⁶.

Se reconoce también como causal de divorcio, la conducta que uno de los cónyuges tiende a corromper o pervertir al otro, a un descendiente o personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.

⁴⁴ Ibíd. Pág. 18.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-246 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁶ Ibíd. Pág. 19

Esto quiere decir que, la conducta del cónyuge culpable sea contrarias a las buenas costumbres vigentes en la sociedad. “La incitación que un cónyuge hace al otro para cometer cualquier delito (robar, estafar, herir, matar, etc.) es conducta que faculta al incitado para pedir el divorcio. La incitación que el marido hace a la mujer para que viole su obligación de fidelidad a fin de obtener para sí sumas de dinero o favores especiales del hombre con quien ha de cometer el adulterio, es causal de divorcio que puede impetrar la mujer. La propuesta hecha al otro cónyuge para dedicarse al oficio de contrabando, puede, en ciertas circunstancias, calificarse de conducta tendiente a corromper al otro. Se habla de conducta tendiente a corromper o pervertir al otro cónyuge, lo que indica que la simple tentativa es suficiente: a fortiori, lo es el hecho ya consumado de corrupción o perversión”⁴⁷.

1.8. Unión marital de hecho

Con la Ley 54 de 1990 se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, que se denomina la formada entre un hombre y una mujer, también aplica para parejas del mismo sexo, declarado constitucional y exequible mediante sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional⁴⁸.

Es una unión que tiene los mismos fines del matrimonio, al unirse con otra persona para conformar una familia. La unión marital de hecho existe un contrato que nace del acuerdo de voluntades, dependiendo de la autonomía de la persona en elegir vivir junto con su pareja para construir una familia.

⁴⁷ Uniderecho.com. Derecho de familia parte 9. Divorcio. 2017. Recuperado de la http://www.uniderecho.com/leer_articulo_Derecho-En-general_7_66.html. octubre 15 de 2018. 6:30 pm.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007. MP. Rodrigo Escobar Gil.

En la sentencia C-985 del año 2005⁴⁹:

En la unión marital de hecho existe un contrato que nace del acuerdo de voluntades. Esta declaración de voluntades pertenece al ámbito de la autonomía de la persona cuyo fin primordial se concreta principalmente en la posibilidad de elegir. Se trata de una decisión de una pareja para vivir juntos para construir una familia. En manera alguna se trata de una unión mercantil o patrimonial o de otra índole. Esto es, la declaración de voluntad se dirige a un fin específico⁵⁰.

Se hace precisión del vínculo natural que permite la Constitución Política de Colombia en el artículo, sin la exigencia formal del matrimonio, reconociendo los derechos de las personas que conforman una familia por medio de la unión libre el cumplimiento de los requisitos que exige la Unión Marital de Hecho que serán explicados en el presente trabajo de investigación.

Juan Valero y otros, analiza el artículo 1495 del código civil el cual se refiere al contrato “es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”. Por vía de excepción en el contrato de matrimonio y en la unión marital de hecho, cada parte debe estar conformada por una sola persona⁵¹.

La naturaleza jurídica de la unión marital de hecho es un contrato consensual, solo requiere del acuerdo de voluntades para conformarlo de parte de los compañeros permanentes para poder obligarse y comprometerse con la familia. Para conformarla no requiere del lleno de ninguna solemnidad a diferencia con el matrimonio que es solemne.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-985 de 2005. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-985 de 2005. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵¹ Vallejo. T, Juan Álvaro & Otros. La unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. Parejas del mismo sexo. Biblioteca jurídica. 2011.

Para que la Unión Marital de Hecho tenga efectos jurídicos debe cumplirse con los requisitos de la Ley 54 de 1990, la cual fue modificada por la Ley 979 de 2005⁵²:

ARTÍCULO 2o. El artículo 4o. De la Ley 54 de 1990, quedará así:

Artículo 4o. La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:

1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.
2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.
3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia⁵³.

Entrando al tema de constitución de la Sociedad Patrimonial, es una situación que se da en la declaración y constitución de la Unión Marital de Hechos, es decir, cuando se adquiere el goce de ciertos derechos económicos en base de los bienes que se obtienen dentro de la unión marital de hecho.

Se presume que la constitución de la sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes, se da durante un lapso no inferior a dos años, sin impedimento legal para contraer matrimonio, o cuando haya sido liquidada la sociedad conyugal anteriores por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Esas uniones maritales de hecho y la constitución de la sociedad patrimonial se puede disolver, por mutuo acuerdo entre los compañeros permanentes, mediante procedimiento notarial, mediante acta en centro de conciliación, por sentencia judicial o por muerte de uno o ambos compañeros.

⁵² Congreso de la República. 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

⁵³ Congreso de la República. Ley 54 de 1990. Art. 2.

Situaciones que dan también, una ruptura a la familia, a la unión entre dos personas que se unieron para cumplir con unos derechos y deberes en la vida en común, una comunidad de vida que implica la cohabitación, la aceptación de vivir con su compañero, con respeto y comportamiento los elementos que hacen posible su convivencia, la fidelidad que se deben guardar, el socorro, la ayuda mutua, las obligaciones y deberes que adquieren al conformar su familia por intermedio de la unión marital de hecho. El Estado debe proteger esta comunidad de vida y a cada uno de los que la contraen regulando todo lo que tiene que ver con ella y castigado la irregularidad dentro de la misma.

1.8.1. Cuadro N° 1. Cuadro comparativo matrimonio y unión marital de hecho

MATRIMONIO	UNION MARITAL DE HECHO
<p>Definido en el artículo 113 del Código Civil: <i>“es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”</i>.</p>	<p>Está regida por la Ley 54 de 1990, que fue modificada por la Ley 979 de 2005: <i>“se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”</i>.</p>
<p>Consecuencia patrimonial: es la sociedad conyugal que se forma en el mismo momento en que se perfecciona el matrimonio. Art. 180 Código Civil.</p>	<p>Se presume la sociedad patrimonial solamente cuando se llevan dos años de convivencia. Si hubo matrimonios anteriores, la sociedad conyugal anterior debió haberse disuelto un año antes de la iniciación de la unión. Art. 2 Ley 54 de 1990.</p>
<p>Hay causales de separación. Se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado. Art. 152 C.C.</p>	<p>Termina por la simple voluntad de sus compañeros o la muerte de uno de ellos. Separación física. Si uno de los compañeros fallece y la unión marital de hecho no se ha declarado la existencia de la misma, esta no se presume y deberá iniciarse proceso ordinario para declararla.</p>

El derecho real de herencia en el caso en que uno de los cónyuges muera, el sobreviviente tiene vocación en ciertos órdenes.	Los compañeros permanentes aun no cuentan con esta vocación, pero tienen derechos de los gananciales y para pedir porción conyugal.
--	---

Fuente. Código civil, Ley 54 de 1990, ley 979 de 2005.

Ahora bien, con el análisis de las situaciones que permiten el divorcio, la liquidación y disolución de una sociedad conyugal o patrimonial, la terminación tanto del matrimonio y de la unión marital de hecho, pueden que surjan diferentes daños tanto para el cónyuge inocente, como para el compañero(a) permanente, y los miembros que hacen parte del núcleo familiar.

Es por ello, que se analizarán diferentes aspectos que deben tomarse en cuenta al momento de fallar en una sentencia de divorcio, comprendiendo que el cónyuge culpable debe asumir unas cargas para mantener la estabilidad familia, aun sin obligar a nadie a vivir o compartir una vida con quien ya no se desea, haciendo énfasis especialmente en el daño al proyecto de vida.

CAPITULO II

2. DAÑOS Y PERJUICIOS AL PROYECTO DE VIDA DE LA FAMILIA CON OCASIÓN AL DIVORCIO O SEPARACION DE HECHO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL E INTERDISCIPLINARIO

2.1. Daños derivados del divorcio

Díaz y Quintana⁵⁴ establecen que existen daños derivados del divorcio: “Es importante que la ley no especifica los daños originados del divorcio pero tampoco prohíbe que se demanden, lo único que se encuentra son las sanciones al cónyuge culpable, las cuales se encuentran reguladas en el derecho de familia,

⁵⁴ Díaz. Rueda Paola A. Quintana. Vélez Jenny L. *Daños y perjuicios en derecho de familia. Derivados del divorcio*. Especialización en derecho de familia. Pontificia Universidad Javeriana. 2013. Pág. 8.

pero la reparación de un posible daño causado se hallaría en otro terreno, como por ejemplo en el de responsabilidad civil puesto que el Código Civil colombiano para tal efecto solo se ocupa de las posibles sanciones económicas al cónyuge culpable en el divorcio pero no alude a la reparación del daño producido”.

Josep Miró en su libro “*Consecuencias económicas y sociales de la ruptura del matrimonio*”, considera que las consecuencias de la ruptura o del divorcio en España significan una quiebra grave para la estabilidad del modelo de la institución familiar, la cual es insustituible, socialmente valiosa que conforme a sus funciones sustentan la capacidad económica y su estado de bienestar⁵⁵ .

El conflicto familiar y la ruptura familiar es un fenómeno que se dan frente a las controversias de las parejas en nuestros días. (...) “Así, es posible entender que haya posturas que oscilen entre valorar la ruptura conyugal como un paso más en el crecimiento adaptativo de una familia, como el final de la misma o, más bien, como un episodio degenerativo que dificulta el desarrollo de los miembros que la sufren”⁵⁶.

La separación de una pareja constituye una crisis de transición cuyo resultado suele definir una realidad familiar probablemente más compleja, aunque no por ello necesariamente más perjudicial. Determinadas dosis de conflicto son necesarias para dar este paso, un conflicto que en función de los casos, puede hacer las veces de motor o de freno del proceso. Siguiendo a Milne (1988), "puede ser productivo cuando conduce a una solución creativa que podría haber pasado desapercibida de no existir la disputa. Puede ser funcional cuando provoca la distancia emocional necesaria entre dos individuos dolidos. En cambio, el conflicto es destructivo cuando conlleva tensión prolongada, produce hostilidad crónica,

⁵⁵ Miro, Josep. *Consecuencias económicas y sociales de la ruptura del matrimonio*. Instituto del Capital Social (INCAS). UniversitarAbatOliba CEU. Pág. 14.

⁵⁶ Bolaños. I. *Conflicto familiar y ruptura matrimonial*. Aspectos psicolegales. En Marrero, JL. *Psicología Jurídica de la familia*. Madrid: fundación Universidad Empresa. Retos jurídicos en las Ciencias Sociales. 1998. Pág. 20.

reduce drásticamente el nivel de vida, perjudica el bienestar psicológico o destruye las relaciones familiares"⁵⁷.

Aguillón, Tinojo y Vargas⁵⁸ permiten asegurar que la familia conyugal marca el ideal de diada esposo-esposa para complementarse con la triada madre-padre-hijos. No obstante, se puede pasar por el episodio del divorcio el cual puede ser muy difícil para la familia o la pareja que queda con la expectativa de una familia.

Pero lo cierto de cada divorcio es que pone en peligro la vida afectiva no solamente de los esposos, sino el bien de los hijos, la firmeza de la familia y el bien común de la sociedad entera. Sin lugar a dudas hay que afirmar que el divorcio es un gravísimo mal social⁵⁹.

El estudio de Jiménez y otros sostienen que: "Los conflictos se hacen cada vez más frecuentes y difíciles de solucionar por parte de los cónyuges, siendo el divorcio o la separación de cuerpos una de las principales soluciones que han venido empleando los cónyuges para resolver sus problemas matrimoniales. Según Profamilia, en Colombia los divorcios se han venido incrementado, más específicamente, se han triplicado en los últimos 30 años, lo cual deteriora el bienestar y la calidad de vida del grupo familiar"⁶⁰.

Eva Pilar González⁶¹ también evalúa las dificultades que puede atravesar una familia desestructurada debido al divorcio, es una situación que se vive en un gran número de familias donde encuentran con gran preocupación la estabilidad y

⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 20.

⁵⁸ Aguillón. León Ismael. Tinoco. Tapia Gloria. Vargas. Manzano Emigdia. Consecuencias económicas y psicológicas del divorcio en las mujeres. Un enfoque micro regional en Pachuca, Hidalgo. Derechos reservados UAEH/ICSHU. ISSN-1870-7289. 2010. Pág. 3.

⁵⁹ *Ibíd.* Pág. 3.

⁶⁰ Jiménez. Arrieta M. Amaris. Macías M. Valle. Amaris M. Afrontamiento en crisis familiares: el caso del divorcio cuando se tienen hijos adolescentes. Consultado el día 30 de enero de 2018. Página web <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/salud/article/viewArticle/3900/3702>

⁶¹ González. Sangüesa Eva Pilar. Familias monoparentales: influencia del divorcio en la educación de los hijos. Universidad de la Rioja. Facultad de letras y de la educación. 2014-2015. 2015

seguridad de los menores, frente a la adaptación de la nueva situación que les toca vivir.

Por ello y conforme a la providencia STC10829-2017 emitida por la sala de casación civil y agraria que estipula «(...) *partiendo del supuesto de que el matrimonio o una relación de pareja “(...) es un contrato (...) por el cual [dos personas] se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente (...)*” (art. 113 del Código Civil), *con fines permanentes o estables, su finalización por causas de violencia física o moral o por el menoscabo personal, económico o familiar puede ocasionar perjuicios de diversa índole a quien deba soportar la consecuencia sin haber buscado o querido ese resultado.*

La ruptura del vínculo en una pareja protegida y admitida por el ordenamiento genera una variación diametral en la vida de los sujetos vinculados, infringiendo afectaciones morales y materiales, por ende, si ello acaeció por causas atribuibles a uno de los compañeros o consortes, el otro está plenamente facultado para demandar una indemnización.

Aun cuando en las normas reguladoras de los trámites de divorcio y de cesación de efectos civiles del matrimonio o por la terminación abrupta de la relación de pareja, no existe un capítulo específico dedicado a la indemnización por menoscabos sufridos; para resolver ese vacío meramente aparente se debe acudir al acápite relativo a la responsabilidad civil, régimen compatible y complementario en armonía a las pautas constitucionales atrás referidas, y los principios del régimen convencional vigente (Pacto de San José) aplicables a la materia, siguiendo los principios, valores y derechos que postula la Carta.

En principio, únicamente el canon 148 del Estatuto Sustantivo Civil obliga al “cónyuge de mala fe” cuando dio lugar a la nulidad del matrimonio a “indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado, estimados con juramento”, no obstante, debe efectuarse el análisis integral y sistemático con el plexo jurídico

atrás referido en aras de lograr la reparación en la clase de juicios familiares de hondo contenido social y ético.

Por otro lado, diversas disciplinas de ámbito social nos permiten reconocer los daños derivados de la ruptura de los lazos familiares de una manera más extensa, palpable y fácilmente probable, son bastantes los estudios psicológicos que proporcionan una visión más amplia de los daños y consecuencias que afrontan los integrantes de una familia cuando se atraviesa por el divorcio o la disolución de la unión marital de hecho, entre estos tenemos:

2.2 El impacto psicológico de la separación o el divorcio en los hijos

“La provisión de estabilidad afectiva y emocional que requiere el desarrollo infantil puede verse seriamente amenazada por la separación o el divorcio de los padres, especialmente cuando el apego aún no está suficientemente afianzado”⁶².

Por consiguiente, todo niño sin importar la edad, tiende a sufrir daños y alteraciones psicológicas posteriores a la ruptura, las cuales les acompañara a lo largo de su vida, afectando sus relaciones personales y sociales, características de hijos de hogares separado, “ si bien tales desajustes no siempre alcanzan niveles clínicos, las conexiones existentes entre la separación o el divorcio de los padres y las anomalías conductuales o caracteriales del niño han sido propuestas desde una amplia variedad de trabajos de investigación, a partir de los cuales se han identificado algunas variables que pueden incidir más significativamente que otras en la aparición de diversos trastornos psicopatológicos infantiles, habiendo permitido también una aproximación a las vivencias infantiles que desarrollan los hijos en este conflicto”⁶³.

Los niños con la separación de sus padres tienen un cambio de vida; “tras el cambio de la composición de la "familia", los efectos negativos de la ausencia de

⁶² Beckwith, L.; Cohen, S.E.; Hamilton, C.E., "Maternal sensitivity during infancy and subsequent life events relate to attachment representation at early adulthood", *Developmental Psychology*, 1999, 35, pp. 693-700.

⁶³ Reyes Vallejo Orellana, Fernando Sánchez Barranto Vallejo, Pablo Sánchez Barranto Vallejo. *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* no.92 Madrid oct. /dic. 2004. Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos.

la figura paterna junto a la típica situación de la custodia de la madre, el incremento del estrés económico en el grupo con las subsiguientes consecuencias en el trato al hijo, los problemas que derivan del cambio que supone pasar de tener dos padres a tener uno solo y lo negativo que trae consigo la existencia de tensión interparental en el hijo”⁶⁴.

Wallerstein y cols ” han considerado que el sexo del niño determina diferencias en el desajuste tras un divorcio o separación, evidenciando que los chicos varones parecen tener mayores dificultades para superar la crisis, tanto en la intensidad de sentimientos negativos como en su duración, presentando más problemas escolares y más irritabilidad que las niñas”⁶⁵.

En conclusión varios estudios a través del tiempo revelan que las principales afectaciones en los niños luego del divorcio de sus padres se materializan por la ausencia de la figura paterna, menor rendimiento escolar, “un bajo nivel de empleo en los varones en la adultez y maternidades precoces cuando se trata de muchachas”⁶⁶.

Así las cosas la presencia del padre en la crianza de los hijos “se sustenta en el ejercicio de una paternidad con autoridad moral y la existencia de estrechos sentimientos de afecto entre padre e hijo, siendo esta ausencia el mejor predictor de los resultados respecto a una inadecuada formación escolar, externalización de conductas problemáticas e internalización de problemas emocionales”⁶⁷. Que se caracterizan por elevados niveles de ansiedad en adultos y jóvenes de "familias" divorciadas o separadas, problemas en sus relaciones con el otro sexo.

⁶⁴ Hetherington, E.M., Bridges, M.; Insabella, G.M., "What matters? What's does no? Five perspectives on the association between marital transition and children's adjustment", *American Psychologist*, 1998, 53, pp. 167-184.

⁶⁵ Reyes Vallejo Orellana, Fernando Sánchez Barranco Vallejo, Pablo Sánchez Barranco Vallejo. *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* no.92 Madrid oct. /dic. 2004. Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos

⁶⁶ McLanahan, S.; Sandefur, G., *Growing up with a single parent: What hurts, what helps*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1994.

⁶⁷ Amato, P.R.; Gilbreth, J.G., "Non-resident fathers and children's well being: A meta-analysis", *Journal of Marriage and the Family*, 1999, 53, pp. 43-58.

Por último, “los grandes cambios en las relaciones con ambos padres se acompañan de una elevada ansiedad en los hijos, especialmente cuando la ruptura los coge por sorpresa, pues, dadas las peculiaridades de la psicología infantil, y teniendo en cuenta que el amor y la dedicación de sus padres han desaparecido, tal sensación de pérdida lleva a los niños de todas las edades a la conclusión de que las relaciones personales armónicas son irrealizables, y, aún en los casos en que esas relaciones sigan siendo relativamente adecuadas, no hay garantías de que se mantengan en el futuro. Estas creencias suelen continuar presentes en la adolescencia y en la adultez, al estar reforzadas por la experiencia personal en los años cercanos al pos-divorcio o pos-separación, debido al interés que los padres mostraron por hacer patente el desafecto que sentían el uno por el otro”⁶⁸.

2.3. Cambios y comportamientos de los hijos de padres separados por divorcio o disolución de la unión marital de hecho.

Los niños experimentan cambios tanto fisiológicos como psicológicos, estos sin importar si sus padres son amorosos o indiferentes con ellos, extrañando mucho al padre que se ha marchado,” Además, debido a las limitaciones cognitivas que los niños aún poseen, al temor de la desaparición de uno de sus padres se une la amenaza de que el otro también pueda irse, lo que hace más frecuente el llanto desconsolado, la intensificación exagerada de conductas de aproximación y contacto físico con la figura parental que ejerce la custodia, la aparición de conductas regresivas en la alimentación, las alteraciones en el control de esfínteres y en el ritmo del sueño, así como la aparición de conductas rituales

⁶⁸ Reyes Vallejo Orellana, Fernando Sánchez Barranco Vallejo, Pablo Sánchez Barranco Vallejo. Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq. no.92 Madrid oct. /dic. 2004. Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos.

todas ellas como medidas de control mágico de las separaciones del progenitor”

⁶⁹.

Situaciones de violencia, abuso del alcohol u otras sustancias dentro del hogar continúan presentes en el recuerdo del niño con todo lujo de detalles, o bien se convierten en temas recurrentes en los sueños. “Esto significa que el niño tendrá “genuinos traumas psicológicos, creando la habitual sintomatología del trastorno por estrés postraumático, síntomas que permanecen a lo largo de mucho tiempo, a veces toda la vida”.⁷⁰

Hay varias evidencias, y estudios realizados que exponen que tras el divorcio o la separación, se marca emocionalmente a los hijos de forma definitiva. Ya que el sufrimiento no suele olvidarse nunca de forma total, ya que afecta el desarrollo social de los niños, generalmente hay cambio de rutinas, reubicaciones de vivienda y colegios, cambio de actividades habituales, generando esfuerzo de adaptación, perdiendo la noción de estabilidad, seguridad y protección, ya que luego de la separación hay hijos que asumen algunas obligaciones dentro del hogar, sin contar que existe un padre o madre emocionalmente necesitado.

2.4. El impacto psicológico de la separación o el divorcio en los padres

Los daños y afectaciones psicológicas también se presentan en los padres o progenitores ya que enfrentan desafíos, cambio de rutina, crisis económicas y emocionales.

“Todo ello se hace más complejo en aquellos casos en los que el progenitor custodio, que generalmente suele ser la madre, tiene que hacer frente no sólo a la sobrecarga de tensiones y tareas propias de su misión, sino también al lógico

⁶⁹ Ibíd. Pág. 5

⁷⁰ Ibíd. Pág. 5

desajuste emocional asociado con la tensa situación que suele conllevar la ruptura con la pareja”⁷¹.

Son numerosas las afectaciones y sensaciones que caracteriza la separación entre ella podemos encontrar que el padre con custodia, desempeña prácticas educativas erráticas, con poco control sobre el comportamiento del hijo, así mismo experimentan reacciones de temor y de una profunda sensación de tristeza y de pérdida, conmoción e infelicidad, como gran soledad una vez se concreta la separación.

Por consiguiente un divorcio conlleva, dada su esencia cierta hostilidad entre los compañeros, y muchos de los sentimientos, emociones y situaciones que dieron origen al divorcio se mantienen aún con el paso del tiempo, se rompe la comunicación asertiva, aqueja la necesidad y dependencia de la pareja siendo el compañero o cónyuge más débil o dependiente tanto en lo económico como en lo emocional, el más afectado quedándose este sin proyecto de vida, enfrentando situaciones emocionales y psicológicas que requieren de asistencia especializada para poder llevar a cabo el duelo y nueva construcción del proyecto de vida.

2.5. Quebrantamiento al proyecto de vida de la familia – análisis jurisprudencial

En sentencia de la Corte Constitucional C-394 de 2017, permite inferir **que el proyecto de vida existe a nivel emocional y familiar, el cual nace a partir de la existencia de vínculos familiares que se dan ya sea por matrimonio (civil o religioso),** o por Unión Marital de Hecho. Vínculos que son protegidos especialmente por la Constitución Política “como cédula básica y núcleo fundamental de la sociedad”⁷².

⁷¹ Reyes Vallejo Orellana, Fernando Sánchez Barranco Vallejo, Pablo Sánchez Barranco Vallejo. Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq. no.92 Madrid oct. /dic. 2004. Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos.

⁷² Corte Constitucional. Sentencia C.394 de 2017. MP. Diana Fajardo Rivera.

No obstante, los proyectos de vida suelen cambiar, e implica que las personas ejerzan su derecho a la libertad, libre personalidad y al restablecimiento de un proyecto de vida, “no se puede obligar a mantener el vínculo matrimonial en contra de su voluntad e interés, por las mismas razones por las cuales resulta imposible coaccionarlos para que lo contraigan, aunadas con el imperativo constitucional de propender por la armonía familiar, necesariamente resquebrajada cuando un conflicto en la pareja conduce a uno de sus integrantes, o a ambos, a invocar su disolución”⁷³.

Advierte la Corte Constitucional que en el divorcio, no se pretende que el cónyuge inocente imponga una sanción cuando incurre el cónyuge culpable en una causal subjetiva prevista en el artículo 154 del Código Civil, sino que es una decisión dirigida al restablecimiento de la vida afectiva y familiar⁷⁴.

Se debe tener en cuenta que el efecto jurídico principal de la declaratoria de divorcio es el surgimiento de un nuevo estado civil, el cual habilita a las personas para formar un nuevo proyecto de vida o incluso volver a contraer matrimonio. Es por esto que las expresiones acusadas y las causales subjetivas que le están inescindiblemente ligadas, comportan medidas legislativas que implican un vaciamiento de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad, al impedir injustificadamente el derecho de los cónyuges a optar en igualdad de condiciones por un nuevo estado civil como proyecto de vida o por la conformación de una nueva relación sentimental e incluso, una nueva familia⁷⁵.

En este sentido, es fundamental establecer que el matrimonio y la terminación del mismo, es observado desde el punto de vista legal y contractual, que se orienta por preceptos clásicos de derecho civil, tales son:

- (i) el contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por mutuo acuerdo o por causas legales;

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia C.394 de 2017. MP. Diana Fajardo Rivera.

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C.394 de 2017. MP. Diana Fajardo Rivera.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C.394 de 2017. MP. Diana Fajardo Rivera.

- (ii) nadie puede alegar su propia culpa para beneficiarse (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*); o
- (iii) todo incumplimiento contractual genera una obligación indemnizatoria a favor de la parte afectada o “*inocente*”. (Corte Constitucional. Sentencia C.394 de 2017. MP. Diana Fajardo Rivera).

El proyecto de vida está ligado al principio de la dignidad humana, que implica en su dimensión el derecho a vivir como uno quiera, ligado al libre desarrollo de la personalidad, en tanto la libertad del individuo le permite realizar automáticamente un proyecto vital, sin coacción, ni control injustificado, siempre y cuando no atente contra la convivencia y la organización social⁷⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se refiere al proyecto de vida, como aquel que se deriva del principio de la dignidad humana, de la plena autonomía de la persona para escoger con quien quiere sostener un vínculo permanente y marital, se de manera natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). “Observó la Corte que esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida”⁷⁷.

Carlos Fernández⁷⁸ Sessarego, se refiere al daño al proyecto de vida como el daño a la persona, una modalidad del daño que surge en la doctrina en el siglo XX, una figura jurídica que nació en Francia y se elaboró en Italia, consecuencia de la concepción del ser humano como un ser de libertad, un aporte que nació de la filosofía.

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C.394 de 2017. MP. Diana Fajardo Rivera.

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva sobre identidad de género, y no discriminación a parejas del mismo sexo. Recuperado en http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_01_18.pdf. Octubre 15 de 2018 15:00.

⁷⁸ Fernández. Sessarego Carlos. El “daño al proyecto de vida” en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas. 1996. Pág. 77. Recuperado en la página <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18545/18785>

La institución surgió en Italia entre los años de 1977 al 1983, el daño a la persona visto como daño biológico, daño a la salud, estudios para adoptar en el ordenamiento jurídico, “la correcta denominación de “daño a la persona”, desarrollando en sus páginas la problemática legislativa que rodea a dicho daño, el que se hallaba restringido en su aplicación por obra del específico artículo 2059° del Código Civil de 1942, el que prescribe que el daño no patrimonial debe ser resarcido en los casos determinados por la ley”⁷⁹.

Es decir, que para la ley el daño a la persona se deriva de lo material y lo inmaterial (lo moral, sentimental), para el caso, que ocupa la presente investigación en el caso de quebrantar el proyecto de vida contrae unas afectaciones a la persona, y a los integrantes de la familia; sin embargo, no se puede obligar a nadie a compartir una vida trazada en el pasado, que cambia con el paso del tiempo por diferentes circunstancias. El individuo tiene derecho a rehacer su vida, a conformar otra familia, sin olvidar o evadir las obligaciones y derechos con el vínculo matrimonial o unión de hecho que está a punto de culminar.

El autor expone el daño al proyecto de vida discutido en Perú, en 1985 se referían a que el daño más grave se puede causar a la persona cuando se repercute de modo radical al proyecto de vida, “aquél acto dañino que impide al ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación”⁸⁰. Un daño no patrimonial que se da a la persona cuando es obligada a cambiar su proyecto de vida.

El “daño al proyecto de vida” es el más grave que se puede causar a la persona en tanto sus consecuencias inciden en la frustración o menoscabo del destino que se

⁷⁹ *Ibíd.* Pág. 77.

⁸⁰ *Ibíd.* Pág. 80.

ha trazado, de la manera de vida que ha escogido, de lo que ha decidido “ser” y “hacer” con su existencia. De ahí que sea un daño radical, en cuanto afecta en su raíz la libertad del ser humano⁸¹.

El proyecto de vida así mismo, no se puede alejar de la libertad, ya que el hombre se proyecta libremente, un proyecto de vida que puede ser dañado, un estudio que es profundizado por los juristas, valorando la proporcionalidad entre la libertad del proyecto de vida y el efecto que trae el daño grave al mismo en el ser humano u afectado.

“El reconocimiento de un daño al proyecto de vida, constituye uno de los avances más significativos en la humanización del derecho, ya que comprende, desde una visión integral del ser humano, cuál es su sentido como individuo en sociedad y por ende, la necesidad de tutelar sus objetivos y proyectos”⁸².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano que interpreta la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y ejerce su competencia sobre la mayoría de los países de América Latina, ha enfatizado que la reparación de daños recae sobre el causante o responsable del mismo, *“El artículo 63 de esta convención señala que cuando la Corte considere que hubo violación de un derecho o libertad protegido, esta dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad vulnerado y se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la violación de esos derecho y el pago de una justa indemnización”*.

Por consiguiente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha referido al daño al proyecto de vida, el cual tiene consecuencias que son irreparables o difícilmente reparables. Puesto la Corte especialmente se refiere al daño al proyecto de vida en sentencias que han lesionado gravemente los derechos

⁸¹ *Ibíd.* Pág. 78.

⁸² Jorge Francisco Calderón Gamboa. Reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a Derechos Humanos, editorial Porrúa México, 2005. pág. 6 Recuperado en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24484-1.pdf> Marzo 26 de 2019. 9:24 am

humanos, pero que, a pesar de dirigirse a esos casos, emite el concepto de reparación material y moral a ese quebrantamiento al **proyecto de vida** de la persona, un ejemplo, para entender que existen diferentes maneras de lesionar algo tan intrínseco en el ser humano.

La Corte Interamericana reconoce, en ciertas ocasiones que un derecho humano afectado, daña una esfera ontológica del ser, que repercute en el denominado daño al proyecto de vida, es así como “la Corte reconoce y define lo que se refiere a este daño y convoca a su análisis y desarrollo.”⁸³ Por lo tanto es este órgano donde se ha logrado el mayor progreso y avance de este concepto mediante variada jurisprudencia, encontrado:

“El denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.”⁸⁴

Así mismo El "proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia”⁸⁵.

Entonces una persona es verdaderamente libre cuando es capaz de decidir, preferir o elegir una opción por decisión propia y no por factores que conllevan a un cambio brusco, o asumir en su vivir, consecuencia de una situación que coaccionó su deseo o planes futuros, “La opción u opciones que el hombre elige para él, representa aquello que decide ser en el futuro constituye el ingrediente de

⁸³ Ibíd. Pág. 25.

⁸⁴ Ibíd. Pág. 25.

⁸⁵ Ibíd. Pág. 25

su proyecto de vida. El proyecto de vida representa la máxima aspiración del ser humano, lo que él decide ser en su vida”⁸⁶

2.6. Reparaciones o indemnizaciones en el divorcio por daño al proyecto de vida – Análisis Jurisprudencial

Actualmente no existe una regulación clara frente al tema del daño al proyecto de vida en el divorcio, pero si existe un daño moral causado a la pareja frente al incumplimiento de los deberes que se tienen entre cónyuges y compañeros(as) permanentes, un ejemplo de ello, lo explica Burgueño Iburguren⁸⁷ cuando se falta al reconocimiento de los hijos, cuando hay responsabilidad por daños causados por violencia contra la mujer.

La opinión de la Comisión Reformadora ha sido otra, según surge de los fundamentos del anteproyecto: “Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños”². Además, hay posiciones doctrinarias que postulan la disociación del matrimonio y el divorcio respecto del derecho de daños; a la par del carácter meramente moral de los deberes clásicos de fidelidad y cohabitación⁸⁸.

Las razones de los jueces de la República deben analizarlas en cada propuesta de divorcio o en la ruptura de las Uniones Maritales de Hecho, en torno de protección a la familia y el núcleo esencial de la misma, analizando tanto las causales subjetivas y objetivas que han permitido la ruptura del vínculo entre cónyuges y compañeros(as) permanentes.

⁸⁶ Ibíd. Pág. 31

⁸⁷ Burgueño. Iburguren Manuel. Indemnización del daño moral causado a la pareja. Comisión n° 3. Daños: “Daños derivados de las relaciones de familia”. 2015. Recuperado de la página http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Burgue%C3%B1o-Iburguren_EL-DA%C3%91O.pdf. Octubre 22 de 2018 4:50 pm.

⁸⁸ Ibíd. Pág. 28.

En Colombia no existe un causal que contemple un resarcimiento o indemnización por la ruptura al proyecto de vida cuando se decide disolver el matrimonio y la unión entre compañeros permanentes, solo se discute cuando existe un cónyuge culpable o compañero(a) culpable que dañan al otro objetiva y subjetivamente de acuerdo a las causales de divorcio establecidas en el Código Civil en Colombia. La protección a la familia es una garantía de la exigencia de los derechos y los deberes que se han generado por la unión y creación del vínculo familiar, pero nadie está obligado a vivir con alguien, o se le impida rehacer un proyecto de vida con otra persona.

Por esta situación y teniendo en cuenta todo el avance jurisprudencial que ha alcanzado el proyecto de vida sus características e implicaciones, se hace necesario que en nuestro ordenamiento se extienda y aplique estos conceptos, se diseñen políticas públicas tendientes a la protección integral de la familia, se optimicen los acompañamientos de las diferentes entidades estatales a los ciudadanos con el fin de evitar que toda situación adversa en los hogares sea causal de disolución de las familias y de ser esta la única alternativa sea un proceso acompañado de manera interdisciplinaria para evitar daños irreparables, como ha sido demostrable en el desarrollo de esta investigación las afectaciones y daños son diversos y se extiende a todos los seres humanos, cuando atraviesan rupturas familiares, por consiguiente si el daño es ocasionado se exija la indemnización y reparación por el daño al proyecto de vida de quienes lo sufren.

En la Convención Do Pará, se protege la reparación de perjuicios cuando dentro del núcleo familiar se ha llevado a cabo algún tipo de violencia, en especial en contra de la mujer, por ello, se declara que es viable la prestación alimentaria periódica. Cuestión adelantada en sede de la Corte Suprema de Justicia, analizando un caso concreto donde el cónyuge inocente pide alimentos a su favor por la violencia y los daños descrito, y se haga cargo el cónyuge culpable de alimentos.

Entonces, la Corte Suprema de Justicia parte por analizar que el matrimonio o la relaciones de pareja es un contrato, por el cual las personas se unen con el fin de vivir juntos, procrear, de ayudarse mutuamente, fines permanentes y estables, donde su finalización puede darse por causas de violencia física o moral, por el menoscabo personal, económico o familiar, que pueden ocasionar perjuicios de diversa índole a quien deba soportar la consecuencia sin haber buscado o querido ese resultado⁸⁹.

Es por ello, que la ruptura del vínculo de una pareja de cónyuges o compañeros(as) permanentes está protegida por el ordenamiento jurídico, porque se genera una variación en la vida “proyecto de vida”, donde aparecen afectaciones morales y materiales que se pueden atribuir a uno de los compañeros o consortes, facultando a demandar para recibir una indemnización.

Hace precisión también en cuanto a las normas reguladoras de los trámites de divorcio y cesación de efectos civiles del matrimonio, o la terminación abrupta de la relación en pareja, las cuales no hacen precisión de la indemnización a la que se hace acreedor el responsable de los daños sufridos, no obstante, para resolver este vacío legal, se acude al pacto de San José siguiendo principios, valores y derechos de responsabilidad civil, constitucional y régimen convencional vigente.

El Estatuto Sustantivo Civil canon 148, establece que se obliga al cónyuge de mala fe, “cuando se dio lugar a la nulidad del matrimonio a indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado, estimados con juramento. Para ello, es esencial se efectuó el análisis integral y sistemático con el plexo jurídico atrás referido en aras de lograr la reparación en la clase de juicios familiares de hondo contenido social y ético, como el puesto ahora a decisión de esta sala”⁹⁰.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicación 2017-01401-00 STC10829-2017. MP. Luis Armando Tolosa Villabona. 25 de julio de 2017.

⁹⁰ *Ibíd.* Pág.38.

También se refiere, a la figura de compensación económica que se maneja en Argentina, Chile, España y Perú, a favor del consorte que no dio lugar a la terminación de la relación jurídica de pareja, permitiendo, con diferentes matices, la aplicación de esa medida a través de un pago de una única suma o pensión periódica⁹¹.

En Colombia la Corte interpreta el artículo 2341 del Código Civil en cuanto a la reparación, la cual debe ser justa y humana en la aplicación de las controversias de la familia, cuando existe un compañero(a) o cónyuge víctima de la ruptura arbitraria del vínculo jurídico que lo ata al otro integrante de la relación causante del finiquito.

Es fundamental que los jueces de la República se den a la tarea de analizar cada una de las causales de divorcio probadas, determinando una medida resarcitoria a favor del consorte que percibió el daño por la ruptura familiar, o vínculo marital ocasionado por su pareja. Adoptar una disposición ultra y extra petita conforme lo avala el parágrafo 1 de la regla 281 del Código General del Proceso.

Es decir, que “en asunto de familia, el juez podrá fallar ultra y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescentes, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole”⁹².

Así también, es fundamental que se cumplan con requisitos legales para acceder al resarcimiento o indemnización, a percibir unos alimentos por parte del cónyuge culpable, uno de ellos, es encontrarse probado que el cónyuge inocente tiene la necesidad de percibir los alimentos, como principio de solidaridad para resguardar el mínimo vital, la dignidad y la integridad física y emocional, de aquéllas que se encuentran en condición de vulnerabilidad.

⁹¹ Ibíd. Pág.55

⁹² Ibíd. Pág.58.

La naturaleza jurídica de la indemnización del daño en el divorcio sanción se trata de una responsabilidad civil extracontractual; mientras que la indemnización del daño en el divorcio remedio tiene el carácter de una obligación legal. Los presupuestos para la indemnización del daño en el divorcio sanción son: antijuricidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución (dolo). En tanto que los presupuestos de la indemnización del daño en el divorcio remedio son: la determinación del cónyuge perjudicado, el daño y la relación de causalidad. El daño resarcible en el divorcio sanción es el daño moral; mientras que en el divorcio remedio constituye el daño a la persona, dentro del cual también está comprendido el daño moral⁹³.

2.7. Estructuras familiares cambiantes, con el incremento del divorcio y disolución de la unión marital de hecho.

No es un secreto que las estructuras familiares han venido cambiando a través del tiempo, permitiendo que cada vez sean mayores la familia “disfuncionales”, es decir, aquellas que sufren por la ausencia del padre o la madre por cuestiones problemáticas, o diferentes razones que dejan un vacío al interior de la familia. Sin embargo, en lo que concierne a la presente investigación se trata de averiguar que esas cuestiones problemáticas ante la ruptura del vínculo entre cónyuges y compañero(a) permanente afecta el proyecto de vida.

Espinar, Carrasco, Martínez y García⁹⁴ (2003), explican las nuevas estructuras familiares como familias reconstituidas, que son consolidadas como resultado de divorcio o separación de parejas, por ejemplo, en España en la década de los

⁹³ Vilca. Ramos Napoleón. Análisis comparativo de la indemnización del daño en el divorcio sanción y divorcio remedio en el código civil peruano. Universidad Nacional del Altiplano: Escuela de Post Grado. Repositorio institucional – UNAP. 2011. Recuperado en la página <http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/237?show=full>. Agosto 25 de 2018 12:00 m.

⁹⁴ Espinar. Fellmann I. Carrasco, Galán M. Martínez, Díaz M. García, Mina A. Familias reconstituidas: un estudio sobre las nuevas estructuras familiares. Colegio oficial de psicólogos de Madrid- España. 2003. Pág. 25.

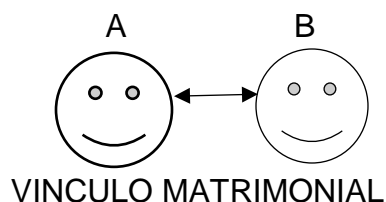
ochenta, se da el fenómeno de los segundos matrimonios y las familias a las que dan lugar, vivencias entre los padrastros y madrastras, los factores que inciden en su bienestar o malestar psicológico en el seno de las nuevas configuraciones familiares” esto con respecto a los hijos, derechos y obligaciones para con ellos.

Pero ¿dónde quedan las exparejas, excompañeros o exesposos?, ¿existe una afectación al proyecto de vida de los consortes inocentes de la ruptura del vínculo?, la respuesta es positiva, muchos de ellos, presentan problemas tanto de salud física y psicológica, lo que en estrados se discute para reparar aquella afectación, es decir, que se logre terminar no solo con una reparación económica, sino también, un tratamiento que mejore su calidad de vida, ya que ha cambiado por decisión del cónyuge o compañero culpable.

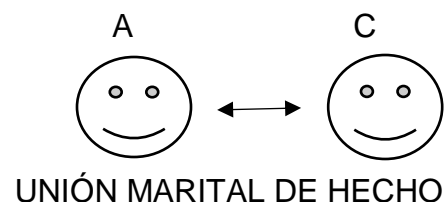
Tampoco, sería justo que se construya un núcleo familiar, con unos fines propuestos que se derivan del contrato solemne o natural, y se termine como si nada, dejando al otro consorte desprotegido. Para el caso donde no existen hijos, la pareja inocente pueda que reaccione conscientemente y rehacer otro proyecto de vida en pareja en el futuro o sola. No obstante, existen personas que se idealizan con una sola persona, y pretenden acabar sus días con la persona con la que conformaron un matrimonio o de hecho.

Adicionalmente, a esta situación la ley debe imponer un límite a aquellas personas que deciden tener numerosas familias en diferentes sedes de la familia consolidada principalmente. Para ello, servirá de ejemplo el siguiente esquema:

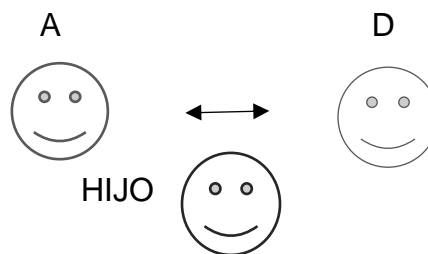
Familia 1:



Familia 2:



Familia 3: UNIÓN MARITAL DE HECHO



Evidentemente se observa que A tiene 3 familias con (B, C y D), la primera es un vínculo solemne matrimonial, y las otras dos son vínculos de hecho, donde existe normalmente actividades en pareja permanentes, pero que su ausencia es dada por cuestiones laborales.

El domicilio de cada uno de los hogares es en diferentes ciudades. No obstante, debido al nacimiento de su hijo con la familia #3, decide terminar con el vínculo matrimonial familia #1, y con el vínculo natural de hecho con la familia #2.

Conforme lo anterior, existe una afectación de dos personas o dos familias, que formaron una familia y cumplían con los derechos y deberes de la misma, existiendo irresponsabilidad e incumplimiento de A (Persona que conformó 3 hogares), por infidelidad, ya que ninguna de las parejas tenía conocimiento de la multiplicidad de parejas y familias que tenía A, es decir, que ninguna de las relaciones con las otras parejas era consentido porque no tenían conocimiento.

Entonces, existe daño grave a las familias #1,2 y 3, causando afectación al proyecto de vida de las mismas, debido al engaño por parte de A, quien se encargó de engañar a sus consortes, incumpliendo con los derechos y obligaciones para cada familia. Es fundamental que el Estado, en estos temas sea más claro y pueda proteger a las parejas que han sido engañadas (inocentes), que han lesionado derechos fundamentales, como por ejemplo, la dignidad humana, la salud física y psicológica, etc., a través de una reparación e indemnización material e inmaterial (económica, tratamiento psicológico, acompañamiento terapéutico, entre otros).

2.8. Realidad y expectativa socio jurídica, tras la ruptura familiar, en la sociedad colombiana

En la mayoría de los casos en Colombia, las parejas se divorcian en malos términos o como lo expresa Florence Thomas se divorcia a “las patadas”, y que las relaciones cordiales son más bien, una excepción a la regla general. Álvaro Pinilla abogado de familia, con su experiencia dicta que las parejas que se divorcian tienen resentimientos recíprocos debido al deterioro de la relación: “un obstáculo que hace más dolorosa la partida es la arraigada creencia de que el matrimonio es para toda la vida. Por eso muchas personas identifican el divorcio con el fracaso” (Semana, 2003). Noviembre 30 de 2003 12:00 m.

Es fundamental, que la sociedad colombiana adopte una concepción distinta del divorcio y la disolución de la unión marital, a pesar de las razones que conlleven a la ruptura del vínculo jurídico, matrimonial o unión entre parejas, sin olvidar que en ocasiones sigue existiendo obligaciones y derechos de parte y parte; entender que las relaciones no son para toda la vida, que pueden llegar a terminar en buenos términos sin secuelas para las partes, ni afectación grave del proyecto de vida de los consortes.

Así mismo, con la sanción y repercusión al cónyuge culpable las relaciones entre parejas y vínculos matrimoniales, serían más responsables, poniéndoles un límite a los individuos que acostumbran a tener vida multifamiliar, y desatender las obligaciones que se derivan del vínculo jurídico. Por ello, el aspecto resarcible del cónyuge culpable, debe servir de precedente para que la conformación de familia sea responsable, con debido respeto y cumplimiento de los derechos y deberes que de las relaciones maritales nacen.

El Estado así mismo, debe propender a promocionar la estabilidad del grupo familiar, sin olvidar que los tiempos cambian y la ley debe habituarse a esas

transiciones sociales, en cuando a la familia, su protección y garantía debe perdurar, así las costumbres ambiente y propongan, diversos proyectos de vida con diferentes personas.

De esta manera la protección estaría en consonancia con la aplicación de tratados internacionales y principios constitucionales, conectado las dos principales fuentes del Derecho en Colombia, (Bloque de Constitucionalidad y la Constitución Política) que defienden y garantizan la integridad. Derechos y deberes de quienes conforman un núcleo familiar.

La promoción de la estabilidad del grupo familiar busca garantizar la existencia de un ambiente propicio para el desarrollo de todas las personas, especialmente de los niños. No obstante, el matrimonio, como forma de familia, deja de ser ese lugar propicio cuando la convivencia se torna intolerable. En estos casos, para los niños y cónyuges puede resultar más benéfico la separación de sus padres y no crecer en un ambiente hostil⁹⁵.

Ahora bien, conforme a las diferentes causas del divorcio son aquéllas que transforman las estructuras de las familias, Tamez y Ribeiro⁹⁶, el divorcio constituye un proceso de ruptura y transformación familiar que principalmente forma familias reconstruidas y de tipo monoparental. Esto es un indicador del incremento de tensiones y desigualdad al interior de las parejas, donde cambian las expectativas del matrimonio.

El divorcio es un fenómeno social y demográfico, que registra un aumento en la cohabitación o la unión libre, una transición estadística, especialmente en los

⁹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-985 de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹⁶ Tamez. Valdez B. Ribeiro. Ferreira M. El divorcio, indicador de transformación social y familiar con impacto diferencial entre los sexos: estudio realizado en Nuevo León. Universidad Autónoma de Nuevo León- México. 2016. Pág. 230. Recuperado de la página web <http://www.scielo.org.mx/pdf/pp/v22n90/2448-7147-pp-22-90-00229.pdf>. Octubre 03 de 2018 6:00 pm.

cambios de formación y disolución familiar, que consiste en el aumento de las separaciones y divorcios ante la disminución de los matrimonios⁹⁷.

El análisis del incremento en las rupturas conyugales, está asociado a la disminución de los matrimonios, lo que permite que se de transformación en las familias, según índices en Colombia se registran tres matrimonios y hay un divorcio, la Superintendencia de Notariado y Registro expone que los matrimonios disminuyeron en un 3, 3 % desde el año 2014⁹⁸.

Año	Matrimonios	UMH	DISOLUCIÓN UMH	Divorcios
Febrero 2016 – feb 2017	64.709	10.037	1.133	24.994
2015	64.091			20.093
2014	66.981			17.991

Fuente. Elaboración propia (2017).

Es decir, que implica un aumento de divorcios de un 39%, y una disminución de matrimonios en un 3,3% entre el año 2014 al 2016.

El Valle del Cauca, con 9.275 matrimonios y 4.327 divorcios, es el departamento donde más casos se registraron, seguido de Antioquia con 8.465 y 2.984 y Atlántico con 4.358 y 1.382.

En los departamentos de Atlántico y Antioquia las cifras indican que por cada tres matrimonios una pareja se divorcia aproximadamente. **En Valle del Cauca la relación es de dos matrimonios por un divorcio.** El mismo informe resalta a Chocó donde la diferencia es de diez parejas que contraen nupcias por una que se separa.

⁹⁷ Ariza, Marina. Orlandina, De Oliveira. (2004). “Universo familiar y procesos demográficos”, en Imágenes de la familia en el cambio de siglo, Instituto de Investigaciones Sociales y Universidad Nacional Autónoma de México. El Colegio de México. México.

⁹⁸ Dinero. (2018). Divorcios en Colombia aumentaron un 39% desde 2014. Consultado el 30 de enero de 2018. Recuperado en la página web. Noviembre 2 de 2018 4:30 pm

Para **disoluciones maritales de hecho, Antioquia, con 132, es el departamento con más casos**, seguido de Valle del Cauca 125 y Santander 116. El informe indica que en Bogotá la cifra es de 156, en Bucaramanga de 73 y en Cali de 52⁹⁹.

Ese aumento en los divorcios y disoluciones de UMH, refleja en primera instancia que las relaciones no son para toda la vida, que nadie está obligado a vivir con nadie, pero que día a día crecen las razones y circunstancias para quebrantar ese vínculo familiar, ya sea entre parejas heterosexuales u homosexuales. Disimiles causales que al observar la realidad, se resaltan las más concurrentes, como el maltrato, violencia doméstica, relaciones extramatrimoniales, infidelidad, adicciones a sustancias adictivas, alcoholismo, y diferentes actividades que son dañinas para el cónyuge, el compañero(a) permanente.

Tanzi y Papillu¹⁰⁰ sostienen que esos daños graves al cónyuge inocente y la familia hacen parte del derecho de familia, y tanto la doctrina y la jurisprudencia admite la reparación de los daños que se produce en este ámbito. Aunque muchos piensan que, no se deben aplicar las normas del derecho de daños a las relaciones de familia, y otros consideran, que existe una clara supremacía del deber de reparar sobre el principio de especialidad del derecho de familia.

Es fundamental encontrar equilibrio entre la estabilidad de la familia y la reparación de los daños que se pueden causar al interior de la familia, admitiendo que existen daños derivados del divorcio, pero, que cada uno debe ser interpretado justamente, encontrando factores de imputación de responsabilidad.

Se cree, que el divorcio es también una solución o alternativa cuando no es posible vivir en común, existiendo límites a la persistencia y estabilidad de la familia, la solidaridad, libertad y dignidad humana.

⁹⁹ *Ibíd.* Pág. 50.

¹⁰⁰ Tanzi, Silvia. Papillu Juan. Daños y perjuicios derivados del divorcio. Revista chilena de derecho privado. N° 16. 2011. p. 159.

Reyes¹⁰¹ se refiere a la separación interpretando la legislación y jurisprudencia en Argentina, “aquella consiste en el cese efectivo de hacer vida en común de los cónyuges, es un alejamiento, no solo físico, por voluntad unilateral de uno de los cónyuges o de ambos, originando el incumplimiento de uno de los pilares básicos del matrimonio, hacer vida en común en el hogar conyugal. Esta causal está configurada por tres elementos: objetivo o material, subjetivo o psíquico y el temporal. El elemento objetivo se configura cuando se quiebra el deber de hacer vida en común, en cuanto al elemento subjetivo o psíquico, este será la falta de intención de los consortes para hacer vida en común o retomar la vida conyugal por decisión propia, sin que medie alguna causa de fuerza mayor o caso fortuito, y el elemento temporal, se presenta con el transcurso ininterrumpido de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y, de cuatro años, a los que tuvieran”.

CAPITULO III

3. ALCANCES DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DERECHO COMPARADO.

3.1. Daño al proyecto de vida – Tribunales Internacionales

El Proyecto de vida puede ser destruido a raíz de la impunidad y la falta de reparación del daño en las instancias nacionales. El proyecto de vida significa un cambio radical en la vida cotidiana, provocando una ruptura en su personalidad y

¹⁰¹ Reyes. Chero E. Sentencia del Tribunal Constitucional. expediente N° 00782-2013-PA/TC de 25 de marzo del 2015. 2016. Pág. 55. Facultad de derecho. PIRHUA. Recuperado de la página. Octubre 20 de 2018. 5:00 pm.

la pérdida de sus lazos familiares. Es decir que con el acontecimiento de la ruptura matrimonial se impide la realización de las expectativas en cuanto al desarrollo personal y vocacional se refiere, sin tener en cuenta el gran daño a los proyectos, sueños y metas que se plantearon entorno a una sociedad de pareja, y con el rompimiento de esa relación causan daños irreparables a su vida, obligando así a truncar sus lazos familiares y los de los hijos habidos en el hogar de esta manera la ruptura del hogar afecta la autoestima asociada a la capacidad de realizar y gozar de relaciones afectivas íntimas, entre otras¹⁰².

El Tribunal de Derechos Humanos reconoce el daño al proyecto de vida, pero considera que no es posible cuantificarlo en términos económicos. Estima que, por tratarse de un daño de naturaleza compleja e íntegra, requiere como respuesta medidas de satisfacción y garantía de no repetición, que sobrepasan la esfera de lo estrictamente pecuniario. El Tribunal considera que “ninguna forma de reparación podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privado¹⁰³”.

El concepto de proyecto de vida tiene, así, un valor esencialmente existencial, atendiéndose a la idea de realización personal integral. Es decir, en el marco transitorio de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de la plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales. La búsqueda de la realización del proyecto de vida desvela, pues, un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno”. Así lo expone el catedrático Enrique Varsi en la obra: *Los derechos de la persona, el proyecto de vida y el deporte en el pensamiento del maestro peruano Carlos Fernández Sessarego*; publicado en el año 2007 en la ciudad de Lima.

Así mismo en jurisprudencia de la Corte Interamericana se afirma que cuando se produce una ruptura forzada, por factores ajenos a la voluntad del hombre, que

¹⁰² Cárdenas, J. (2015). La reparación del daño evento en Colombia. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(123), pp. 317-363.

¹⁰³ Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia (2005), voto razonado concurrente juez Oliver Jackman, párrafo 4.

destruyen su proyecto de vida de manera injusta y arbitraria, el Derecho no puede guardar silencio, más aún cuando este daño suele ser irreparable.

La Convención Interamericana, con el claro objetivo de garantizar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, (...) Considerando los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional”¹⁰⁴.

Por consiguiente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), En cumplimiento de sus competencias ha permitido implementar mediante el Bloque constitucional teorías y conceptos de obligatorio cumplimiento para los estados parte de esta convención, siendo el derecho al proyecto de vida y la indemnización para el menoscabo de este, un tema muy abordado.

En cumplimiento al artículo 1.1 de la Convención Interamericana corresponde al Estado respetar y asegurar a todas las personas sujetas a su jurisdicción “la plena vigencia de los derechos protegidos, esencial para la realización del proyecto de vida de cada uno”.

Considerando que las sentencia emitidas por la Corte, suministran medida de satisfacción adicional para reparar el daño al proyecto de vida y honra de la víctima y sus familiares, logrando la adopción de nuevas medidas que implicaran “un avance del concepto de derecho al proyecto de vida”, cuyo daño “coexiste con el daño moral”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ *Ibíd.* Preámbulo.

¹⁰⁵ Galdámez Zelada Liliana. Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. En: Revista chilena de Derecho, vol. 34 N° 3, pp. 439-455.

La principal discusión acerca del daño al proyecto de vida, se centra en la actualidad en las medidas de reparación, las que proceden una vez que el daño se ha verificado, la Corte ha reiterado en diversos fallos su reconocimiento como categoría autónoma y por lo tanto, susceptible de ser verificada.

A partir del 15 de agosto de 2007 (Expediente AG 2003-385), se optó por el nombre "alteración grave a las condiciones de existencia", para indemnizar no solo las lesiones a la integridad psicofísica sino cualquier lesión de bienes, derechos o intereses legítimos diversos a la unidad corporal del sujeto como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, etc., con la condición de que el impacto ha de ser grave, drástico y extraordinario. Este nuevo concepto engloba las afectaciones a la salud y las consecuencias en el ámbito interno y externo del individuo. En este sentido, se busca la reparación integral del individuo "dado que la nueva noción recoge no sólo los daños causados en la integridad psicofísica del ser humano (perjuicio fisiológico), o las limitaciones que se puedan producir con el mundo exterior (daño a la vida de relación), sino, además, todos los cambios bruscos y relevantes en las condiciones de existencia de una persona"¹⁰⁶.

No obstante, en la sentencia del 4 de junio de 2008 (Expediente 15.657) el Consejo de Estado volvió a usar el nombre simple de "alteración de condiciones de existencia" para indemnizar todas las situaciones que alteran las condiciones que rebasan el ámbito interno del individuo y producen efectos en la vida cotidiana, social, familiar, laboral, placentera, etc., sean o no producto de lesiones físicas.

La Corte Interamericana de derechos humanos abandona definitivamente la tesis de que solo se ha de indemnizar lo que constituya una alteración grave de las condiciones de existencia. En efecto, dado que no es razonable suponer que alguien tenga el deber de soportar la alteración psicofísica de menor entidad, no

¹⁰⁶ Ibíd. pág. 3.

existe razón para desestimar su antijuridicidad y, por tanto, su mérito indemnizatorio¹⁰⁷.

Desde sus aclaraciones de voto en el año 2007 y desde la doctrina, el magistrado Enrique Gil, con fundamento del principio de reparación integral, sostuvo que en el momento de determinar las indemnizaciones debe tenerse en cuenta la multiplicidad de derechos y bienes jurídicos que pueden resultar trasgredidos con el hecho dañoso, motivo por el que se debe reparar la vulneración del derecho en sí mismo y no concentrarse solamente en las consecuencias del daño en este marco entonces es claro que: “Las decisiones de la persona están dirigidas a vivir su vida, dentro enmarcado en un proyecto de vida, por lo tanto toda persona, consciente o inconscientemente, tiene un «proyecto de vida», por elemental que él sea, el mismo que responde a una decisión libre y radical, dentro del marco de los condicionamientos que le son inherentes a cada ser humano.

3.2. Afectación al proyecto de vida de la familia, conceptos jurisprudenciales nacionales y comparados

Aun cuando en las normas reguladoras de los trámites de divorcio y de cesación de efectos civiles del matrimonio o por la terminación abrupta de la relación de pareja, no existe un capítulo específico dedicado a la indemnización por menoscabos sufridos; para resolver ese vacío meramente aparente se debe acudir al acápite relativo a la responsabilidad civil, régimen compatible y complementario en armonía constitucional, y los principios del régimen convencional vigente (Pacto de San José) aplicables a la materia, siguiendo los principios, valores y derechos que postula la Carta¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Cárdenas, J. (2015). La reparación del daño evento en Colombia. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas pp. 317-363.

¹⁰⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil y agraria STC10829-2017 M.P Luis armando Tolosa villabona. pág.10.

En principio, únicamente el canon 148 del Estatuto Sustantivo Civil obliga al “cónyuge de mala fe” cuando dio lugar a la nulidad del matrimonio a “indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado, estimados con juramento”, no obstante, debe efectuarse el análisis integral y sistemático con el plexo jurídico atrás referido en aras de lograr la reparación en la clase de juicios familiares de hondo contenido social y ético¹⁰⁹.

Para dimensionar la necesidad de incluir el daño al proyecto de vida como elemento esencial al momento de terminar la unión principal de la familia, (pareja) y conexo a otros daños y perjuicios reconocidos por el ordenamiento interno como los daños que sufren los integrantes de una familia por la ruptura de lazos familiares es importante incluir conceptos jurisprudenciales que tratan sobre el tema sin que en la actualidad se ocupe del daño al proyecto de vida.

Debido a que la sanción para el cónyuge culpable es la obligación de responder con alimentos únicamente, y solo si se demuestra la capacidad económica de cónyuge culpable y la necesidad del cónyuge víctima.

La indemnización y condena por alimentos en nuestro ordenamiento, por motivos de divorcio no es reconocida en todos los eventos y respecto a ello se encontró lo siguiente:

“El en parágrafo 1o del artículo 281 del código general del proceso se establece que "En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole".

Pero la norma en ningún momento excluye la obligación de fallar con fundamento en las pruebas legal y oportunamente allegas al proceso, por lo que la protección

¹⁰⁹ Ibíd. Pág. 10.

a esos sujetos especialmente protegidos puede ir más allá de lo pedido pero no más allá de lo probado” como ejemplo se encuentra:

Derecho Civil / Familia - Matrimonio - Disolución: la declaración de culpabilidad es suficiente castigo para el cónyuge culpable y suficiente protección para el cónyuge, víctima de maltrato¹¹⁰.

Derecho Civil / Familia - Indemnización en caso de disolución: el argumento de que el tribunal no estudió las circunstancias que daban lugar a la reparación de la cónyuge inocente, parte de un hecho falso, por cuanto actualmente existe la obligación indemnizatoria, pero no se puede concretar porque no se reúnen los elementos de la obligación alimentaria¹¹¹.

Derecho Civil / Familia - Matrimonio - Indemnización en caso de disolución: posibilidad de solicitarla como responsabilidad civil extracontractual del cónyuge culpable, cuyo procedimiento está contemplado para el proceso de nulidad, pero no para el del divorcio¹¹²

Derecho de alimentos - el derecho de alimentos del cónyuge no culpable divorciado o separado de cuerpos no se pierde si al momento del divorcio no se tienen las pruebas relacionadas con la capacidad y necesidad¹¹³.

Derecho Civil / familia - Matrimonio - Indemnización en caso de disolución: posibilidad de acumular las pretensiones declarativas bajo un mismo procedimiento oral, siempre y cuando exista la petición de parte y la formulación de pruebas.

Por lo anterior se evidencia que la indemnización que nuestro ordenamiento establece, no es absoluta, ni aplicable en todos los divorcios y disolución de la unión marital de hecho, puesto que se debe demostrar, un estado de debilidad,

¹¹⁰ Ibíd. Pág. 11.

¹¹¹ Ibíd. Pág. 11.

¹¹² Ibíd. Pág. 11.

¹¹³ Ibíd. Pág. 11.

una condición le genera una desigualdad o déficit de protección o de representación que obligan al juez a actuar en su favor, por ejemplo por sus condiciones de inferioridad, o por otras que la agraven como su etnia, condiciones de pobreza, de desplazamiento, de ignorancia, u otra cualquiera que la hagan inferior en el proceso¹¹⁴.

Por otro lado, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia radicación N° 54001-31-10-003-2009-00585-01 reconoce la diversidad de familia en cuanto a:

“Los efectos jurídicos sobre el estado civil son iguales para todas las relaciones de filiación, independiente de la forma en que se produzcan, o si son matrimoniales o extramatrimoniales. Así lo reconoce el inciso 6º del artículo 42 de la Constitución Política: «Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados y procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable».

(...) Dicho precepto consagra el principio de «unidad de filiación», conforme al cual los hijos deben recibir idéntico trato jurídico, independientemente del origen diverso que pueda tener la familia.

(...) El distinto origen de la familia determina las formas de adquisición del estado civil de las personas, el cual «deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos». (Art. 2º Decreto 1260 de 1970) Radicación n° 54001-31-10-003-2009-00585-01 9 El vínculo paterno-materno-filial generalmente se origina por reproducción biológica y, en un menor número de casos, por adopción o inseminación artificial consentida, que son hechos con relevancia jurídica que dan origen a situaciones de estado civil que el ordenamiento legal atribuye a las personas, como lo dispone el precitado estatuto.

(...) Las fuentes jurídicas de la filiación son, entonces, el artículo 42 de la Constitución Política, las disposiciones del Libro I del Código Civil que regulan el régimen de las personas y el Decreto 1260 de 1970. De conformidad con lo

¹¹⁴ Ibíd. Pág. 12.

estipulado por el artículo 213 del Código Civil, «el hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad»¹¹⁵ por lo tanto, se ha reconocido la diversidad de la constitución de la familia de las responsabilidades existentes y de los daños extendidos a todos los miembros de la familia.

En cuanto a la doctrina y jurisprudencia argentina si bien no existe una regulación específica sobre la materia, por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil se abrió paso a una jurisprudencia que concede la reparación de los daños derivados del divorcio. Como en su momento lo hiciera el proyecto del Código Civil de 1998, que aplicó y reguló particularidades de las relaciones de familia.

Argentina ha progresado en la aplicación de la reparación de los daños derivados del divorcio, jurisprudencialmente ha contemplado específicamente esa problemática.

“Sin embargo, debe destacarse que la doctrina y jurisprudencia no es uniforme en torno a la cuestión, y se advierten diversas opiniones no sólo en cuanto a la reparación o no de los daños derivados de las relaciones de familia sino, también, que se discrepa — entre quienes admiten estas indemnizaciones— respecto del factor de atribución (por ejemplo: culpa, culpa grave o dolo, equidad), la extensión del resarcimiento (por ejemplo: daños derivados de los hechos que motivaron el divorcio, daños derivados del divorcio en sí mismo o ambos), el ámbito de la responsabilidad — por ejemplo, contractual o extracontractual— , etcétera”¹¹⁶.

La responsabilidad civil ya no es concebida como una sanción que se aplica al autor de un daño, sino como un mecanismo de reparación del daño injustamente

115 Corte Suprema de Justicia. Radicación N° 54001-31-10-003-2009-00585-01.mp Ariel Salazar Ramírez. 10 de mayo de 2017.

¹¹⁶ Revista Chilena de derecho privado, N 16, pp.135-161, julio de 2011. Pág. 4

sufrido, el derecho de daños es parte integrante del derecho civil al cual también pertenece el derecho de familia”¹¹⁷ ya que este no se basta a sí mismo, siendo viable la aplicación de las normas del derecho de daños, que tienen jerarquía constitucional (v.gr.: art. 19 CM). Destacándose el principio general de no dañar por sobre la estabilidad familiar y su estructura vertical y jerárquica.

Durante años se ha considerado que el derecho de Familia tiene una regulación autónoma, siendo inaplicable las normas de la responsabilidad civil a los daños derivados de las relaciones de familia. Así la cosas, el matrimonio resultaba inmerso en la impunidad de los daños causados entre sus integrantes.

Por ello “Era un sitio donde se podía herir e injuriar de manera gratuita”¹¹⁸.

Entre quienes aceptan la indemnización por los daños derivados del divorcio se discrepa respecto de la órbita de reparación (contractual o extracontractual), la extensión de la misma (indemnización de los hechos que motivaron el divorcio, o también las consecuencias dañosas que produce el divorcio), el factor de atribución (culpa, culpa grave o dolo) entre otras cuestiones.¹¹⁹

En Argentina la jurista Elena Highton defiende que la responsabilidad derivada del matrimonio y de otras relaciones familiares son de naturaleza contractual, la autora afirma que “las normas de la responsabilidad contractual no sólo se aplican a los casos de incumplimientos de contratos, sino que, también, abarca todos aquellos casos en que hay una obligación preexistente nacida de un acto lícito.

¹¹⁷ Cámara Primera Civil y Comercial de La Plata, sala 2a, 7 de abril de 1983, en JA, tomo III, Buenos Aires, 1983, p. 623 (con el voto de Juan C. Rezzonico).

¹¹⁸ Medina (n. 6), p. 46.

¹¹⁹ Revista Chilena de derecho privado, N 16, pp.135-161, julio de 2011. Pág. 5

De este modo, la responsabilidad contractual no sólo deriva del incumplimiento de un contrato sino, también, de la inobservancia de una obligación legal, como en el caso, del matrimonio¹²⁰.

Los presupuestos de la responsabilidad civil son en el ordenamiento argentino; la conducta antijurídica o incumplimiento objetivo, el factor de atribución, el daño y la relación de causalidad, entonces para que proceda la indemnización de los daños y perjuicios derivados del divorcio es necesario que concurren los presupuestos de la responsabilidad civil. No basta la mera declaración de culpabilidad en el divorcio¹²¹. Sin embargo, para algunos autores cualquier conducta culposa es generadora del deber de reparar.

Para otros autores, solo en los casos en que existe dolo procede la indemnización. Ello por cuanto las causas que llevan al divorcio son comportamientos queridos por su autor y, por ende, son conductas dolosas y no culposas. Son acciones u omisiones que persiguen un resultado a sabiendas y con intención de dañar¹²².

El proyecto de Código Civil para Argentina de 1998 se ha ocupado de este tema y estableció que en su art. 525:

“Si la separación se decreta por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste puede ser condenado a reparar los daños materiales y morales que la separación causó al cónyuge inocente. La demanda por daños y perjuicios es procedente en el mismo proceso de separación. Los daños provenientes de los hechos ilícitos que constituyen causales de separación son indemnizables. En todos los casos se aplica el art. 1686”.

Por su parte, el art. 1686 determina:

¹²⁰ CM Civil, en pleno, 20 de septiembre de 1994, "G., G.G. c/ B. de G., S.", en JA, tomo IV, Buenos Aires, 1994, p. 549.

¹²¹ C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 12 de septiembre de 2000, "M., P. c/ O., J.M.F. s/ Divorcio vincular", Lexis N° 14/127454; C. Civ. y Com. Quilmes, 18 de noviembre de 1997, "Acosta Leonardo c/ Rodríguez Melitona s/ Divorcio Vincular Contradictorio", Lexis N° 14/40560.

¹²² Mosset Iturraspe (n. 20), p. 348.

Si la separación se decreta por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste puede ser condenado a reparar los daños materiales y morales que la separación causó al cónyuge inocente. La demanda por daños y perjuicios es procedente en el mismo proceso de separación. Los daños provenientes de los hechos ilícitos que constituyen causales de separación son indemnizables. En todos los casos se aplica el art. 1686¹²³.

¹²³ C. Civ. y Com. de La Matanza, sala 2a, 27 de septiembre de 2006, "Caletari Julio Carlos c/ Gallardo Rosana Adriana s/ Daños y perjuicios", Lexis N° 14/112838.

CONCLUSIONES

Como queda demostrado durante el desarrollo de esta investigación que en primera medida existe una afectación al proyecto de vida cuando se incurre en alguna de las causales objetivas y subjetivas de divorcio, o disolución de la unión marital de hecho, cuando se ha ejercido algún tipo de violencia al interior de la familia o para con el cónyuge o compañeros permanentes, cuando se está inmerso en la falta e irresponsabilidad en el cumplimiento de los derechos y obligaciones que se derivan tanto del matrimonio y de la Unión Marital de Hecho.

No obstante, existe un vacío legal en cuanto a la indemnización o reparación al daño grave ocasionado al cónyuge o compañero(a) inocente, por lo tanto, cada caso debe ser discutido en sede del derecho de familia, para valorar e interpretar según las circunstancias, el grado de afectación y perjuicios que se establecen por la ruptura del vínculo jurídico solemne o natural de la familia.

El legislador y juez, en la ley y jurisprudencia debe poner límites a esa afectación individual al interior de la familia por parte del cónyuge culpable, a través de decisiones que creen precedente para evitar aún daños más graves del que acompaña esencialmente una ruptura del hogar. Probado, debe ser resarcido no solo económicamente sino simbólicamente, esto llevaría a cabo una protección real de la institución considerada como el núcleo de la sociedad "la familia". Evitaría así mismo, se conformen familias restructuradas o las familias sigan cada día en decaimiento en la sociedad.

Ese decaimiento en la familia se evidencia en los resultados que la Registraduría emite, el incremento de divorcios y disolución de UMH, y la disminución en la celebración de matrimonio e incremento de relaciones de hecho que son más

informales en el compromiso y responsabilidad generándose separaciones que no se registran pero que si generan daños a sus integrantes, pues la formación actual de familias se inicia con la mera convivencia y la dan por terminada con la separación de cuerpos, muchas familias son establecidas por parejas con uniones anteriores y con hijos previamente procreados, hijos propios que sufren de la inestabilidad dada por sus progenitores los cuales no tienen en cuenta los daños que ocasionan y sufren los menores con la nueva separación ya que según el tiempo de convivencia se forman lazos más fuertes que los existentes por factores sanguíneos.

Esta situación es muy común y aplica para las parejas del mismo sexo. Puesto que en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico, se reconocen derechos de pareja y familiares a individuos del mismo sexo, en cumplimiento y garantía de los pilares que establecen las relaciones familiares (derechos y deberes) por ello se requiere que las personas tomen conciencia que la familia es un conjunto de factores individuales que unidos con otro ser forman un complemento misceláneo homogéneo que no debía ser separado tan fácilmente y menos cuando ello afecta tanto a los miembros de la familia.

Así como en la construcción y desarrollo de un proyecto de vida, de las responsabilidades que ello implica, y que su ruptura puede traer consecuencias para la pareja inocente, los hijos, y demás integrantes de la familia (familia compuesta), ya que el quebrantamiento del vínculo familiar, legal, judicial, civil y natural, afecta gravemente el proyecto de vida.

De la misma manera ocasionando lesiones materiales, morales difíciles de reparar las cuales en si son afectadas deben contar con una asistencia , apoyo profesional interdisciplinario y reparación integral Esto no traduce que las personas se encuentren obligadas a compartir y vivir con la persona que no desea, porque está visto que esos planes de vida pueden cambiar, no obstante,

las obligaciones contractuales no quedan extintas cuando existen hijos, cuando hay un cónyuge, o compañero(a) afectada y no puede sostenerse por sí misma.

Es por esta razón que debe el juez interpretar en conjunto con las pruebas a él allegadas, para determinar una reparación justa para las partes afectadas, ya que es "Innegable que toda separación o divorcio implica un final, un duelo, la muerte de un sentimiento y la frustración de expectativas de realización de proyectos comunes, sea por culpa de uno de los cónyuges o de ambos, todo lo cual, indudablemente, produce en cada uno de ellos un sentimiento de dolor que frecuentemente, en el decir de la doctrina, trata de encontrar sosiego en el escarmiento del que aparece como productor de la ruptura matrimonial.

Sin embargo, no todo dolor es posible de resarcimiento, sino únicamente cuando el hecho dañoso inflige un grave perjuicio en la dignidad del cónyuge inocente, en virtud de habersele conculcado sus derechos subjetivos, resultado lesivo generalmente traducido en la incursión del cónyuge en falta pública y notoria durante la convivencia matrimonial, sea por comportamientos impropios con su estado civil o incompatibles con esa condición, que colocan al otro frente a la comunidad en que vive, en situaciones ridículas o disvaliosas de las que se genera un daño"¹²⁴

En cuanto a la indemnización del daño moral en el juicio sobre divorcio se ciñe a los sufrimientos padecidos por la cónyuge (inocente) a raíz de la forma en que el marido o compañero llevó a cabo el alejamiento del hogar conyugal y a las actitudes asumidas poco tiempo después, que configuraran no solo la violación del deber de cohabitación, sino del de asistencia a su familia, y que repercuten los sentimientos y en el espíritu de la cónyuge, he hijos, estos daños no pueden ser subsanados con la obligación alimentaria que pesa sobre el demandado respecto de su hija, Para determinar el monto indemnizatorio del daño moral en el divorcio

¹²⁴ C. Civ. y Com. San Micolás, 21 de abril de 2005, "Carbajal Gómez María Lylian c/ Rodríguez, Artigas Lincoln s/ Daño moral", Lexis N° 14/136098.

resulta relevante la repercusión que ha tenido el comportamiento del marido o culpable del rompimiento.

Se hace necesario resaltar que surge no solo del abandono sorpresivo del hogar sino de la actitud injuriosa subsiguiente que toma la persona culpable, desprendiéndose completamente del entorno familiar, social entre otros, afectando derechos fundamentales en ocasiones de los menores como el de cobertura médica, recreación, tiempo de calidad con su progenitor entre otros, la indemnización al proyecto de vida debe cuantificarse también el en lapso de convivencia de la pareja.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguillón. León Ismael. Tinoco. Tapia Gloria. Vargas. Manzano Emigdia. (2010). Consecuencias económicas y psicológicas del divorcio en las mujeres. Un enfoque micro regional en Pachuca, Hidalgo. Derechos reservados UAEH/ICSHU. ISSN-1870-7289.
- Ariza, Marina. Orlandina, De Oliveira. (2004). “Universo familiar y procesos demográficos”, en Imágenes de la familia en el cambio de siglo, Instituto de Investigaciones Sociales y Universidad Nacional Autónoma de México. El Colegio de México. México.
- Barrozo. Osorio Tulia. Álvarez. Esperanza. (2009). El divorcio en Colombia. Centro de Investigaciones. Universidad Libre. 2009.
- Bolaños. I. (1998). Conflicto familiar y ruptura matrimonial. Aspectos psicolegales. En Marrero, JL. Psicología Jurídica de la familia. Madrid: fundación Universidad Empresa. Retos jurídicos en las Ciencias Sociales.
- Burgueño. Ibarguren Manuel. (2015). Indemnización del daño moral causado a la pareja. Comisión n° 3. Daños: “Daños derivados de las relaciones de familia”. Recuperado de la página http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Burgue%C3%B1o-Ibarguren_EL-DA%C3%91O.pdf

(Sumario 15361 de la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil — Boletín Mo 10/2003)", CM Civ., sala C, 8 de abril de 2003, "G. de S.A., C.M. c/ S.A., J.F. s/ Divorcio", Lexis N° 10/9377.

Cárdenas, J. (2015). La reparación del daño evento en Colombia. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 45(123), pp. 317-363

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Consulta. San José de Costa Rica. 9 de enero de 2018. Recuperado en http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_01_18.pdf

Díaz. Rueda Paola A. Quintana. Vélez Jenny L. (2013). Daños y perjuicios en derecho de familia. Derivados del divorcio. Especialización en derecho de familia. Pontificia Universidad Javeriana.

Dinero. (2018). Divorcios en Colombia aumentaron un 39% desde 2014. Consultado el 30 de enero de 2018. Recuperado en la página web <http://www.dinero.com/pais/articulo/matrimonios-y-divorcios-en-colombia-a-2017/244352>

Cámara Primera Civil y Comercial de La Plata, sala 2a, 7 de abril de 1983, en JA, tomo III, Buenos Aires, 1983, p. 623 (con el voto de Juan C. Rezzonico).

Makianich de Basset, Lidia M., "Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable del divorcio", en ED, N° 115, p. 844.

Emil, Jail Julián. (2017). El daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el Nuevo Código Civil y Comercial. Comisión N° 3 Daños. Daños derivados de las relaciones de familia. Consultado el día 20 de diciembre de 2017. Recuperado en la página web

http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Jalil_EL-DA%C3%91O-MORAL.pdf

Engels. Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Marxists Internet Archive – mia. 1884. edición digital 2017. www.marxists.org.

Espinar. Fellmann I. Carrasco, Galán M. Martínez, Díaz M. García, Mina A. (2003). Familias reconstituidas: un estudio sobre las nuevas estructuras familiares. Colegio oficial de psicólogos de Madrid- España.

Fernández. Sessarego Carlos. (1996). El “daño al proyecto de vida” en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas. Pág. 77. Recuperado en la página <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18545/18785>

Galdámez Zelada Liliana. Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 3, pp. 439-455

González. Sangüesa Eva Pilar. (2015). Familias monoparentales: influencia del divorcio en la educación de los hijos. Universidad de la Rioja. Facultad de letras y de la educación. 2014-2015.

Jiménez. Arrieta M. Amaris. Macías M. Valle. Amaris M. (s.f.). Afrontamiento en crisis familiares: el caso del divorcio cuando se tienen hijos adolescentes. Consultado el día 30 de enero de 2018. Página web <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/salud/article/viewArticle/3900/3702>

Miro. Josep. (s.f.) Consecuencias económicas y sociales de la ruptura del matrimonio. Instituto del Capital Social (INCAS). UniversitarAbatOliba CEU.

Quiroz. Monsalvo A. (2014). Manual civil. Tomo V. Ediciones doctrina y ley LTDA. Bogotá – Colombia.

Reyes. Chero E. (2016). Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 00782-2013-PA/TC de 25 de marzo del 2015. Facultad de derecho. PIRHUA. Recuperado de la página https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2484/DER_058.pdf?sequence=1

Semana. (2003). El amor después del amor. Consultado el día 4 de febrero de 2018. <http://www.semana.com/vida-moderna/articulo/el-amor-despues-del-amor/62214-3>

Tamez. Valdez B. Ribeiro. Ferreira M. (2016). El divorcio, indicador de transformación social y familiar con impacto diferencial entre los sexos: estudio realizado en Nuevo León. Universidad Autónoma de Nuevo León-México. Recuperado de la página web <http://www.scielo.org.mx/pdf/pp/v22n90/2448-7147-pp-22-90-00229.pdf>

Tanzi, Silvia. Papillu Juan. (2011). Daños y perjuicios derivados del divorcio. Revista chilena de derecho privado. N° 16.

Uniderecho.com. (2017). Derecho de familia parte 9. Divorcio. Recuperado de la http://www.uniderecho.com/leer_articulo_Derecho-En-general_7_66.html

Universidad Libre. (2011). Guía para la elaboración de proyectos de investigación. Tercera edición. 2011.

Valencia. De Urina. (2014). Estructura jurídica de la familia en Colombia, cambios en su conformación y régimen patrimonial. Journal Information. ISSN 2346-0792. Vol. 16. Inciso. Revista de Investigaciones en Derecho y Ciencias

Políticas. Recuperado en
<http://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/268/513>

Méndez Costa, María J., "Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos", en Félix Trigo Represas y Rubén Stiglitz (dirs.), *Derecho de Daños, en Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1991, primera parte.

Vallejo. T, Juan Álvaro & Otros. (2011). La unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. Parejas del mismo sexo. Biblioteca jurídica.

Zannoni , Eduardo. A., "Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio", en JA, tomo II, 1994, p. 822.

Vilca. Ramos Napoleon. (2011). Análisis comparativo de la indemnización del daño en el divorcio sanción y divorcio remedio en el código civil peruano. Universidad Nacional del Altiplano: Escuela de Post Grado. Repositorio institucional – UNAP. Recuperado en la página <http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/237?show=full>.

Cifuentes, Santos, "El divorcio y la responsabilidad por daño extrapatrimonial", en LL, 1990-B-805. [Links]

Colombo, Leonardo, "Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa", en LL, N° 89, p. 708. [Links]

Mariani de Vidal (n. 6); CMCiv., Sala C, 17 de mayo de 1988, "L. de P., M.S. c/ P., J.C.O.", en JA, tomo III, Buenos Aires, 1988, p. 376.

Normatividad

Constitución Política de 1991. Leyes. Edición 2013.

Congreso de la República. Ley 57 de 1887. Código Civil. Artículo 1494.

Colombia. Congreso de la República. Ley 25 de 1992. “Por la cual se desarrollan los incisos 9, 10, 11, 12 y 13 del artículo 42 de la Constitución Política”.

Congreso de la República. Ley 54 de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.
Diario oficial 39615 de 31 de diciembre de 1990

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia C-246 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional. Sentencia C-985 de 2005. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C.394 de 2017. MP. Diana Fajardo Rivera

Corte Constitucional. Sentencia C-985 de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicación 2017-01401-00
STC10829-2017. MP. Luis Armand

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia (2005), voto razonado concurrente juez Oliver Jackman, párrafo 4.

Código civil y comercial mar de plata.