

Bogotá D.C., 23 MAY 2019

Señores
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
E.S.D.

REF: Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 9 del artículo 411 del Código Civil.

Actores: Liz Gil Campillo y Daniel Montoya Hurtado

Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Expediente No. D-13136

Concepto No: 906576

De conformidad con lo previsto en los artículos 242, numeral 2, y 278, numeral 5 de la Constitución Política, rindo concepto en relación con la demanda instaurada por los ciudadanos Liz Gil Campillo y Daniel Montoya Hurtado quienes en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40, numeral 6, y 242, numeral 1 *ibídem*, solicitan que se declare la inexequibilidad del numeral 9° del Art. 411 del Código Civil, cuyo texto se transcribe a continuación y se subraya lo demandado:

CÓDIGO CIVIL

(...)

TÍTULO XXI

DE LOS ALIMENTOS QUE SE DEBEN POR LEY A CIERTAS PERSONAS

"ARTICULO 411. <TITULARES DEL DERECHO DE ALIMENTOS>. Se deben alimentos:

- 1o) Al cónyuge.
- 2o) A los descendientes.
- 3o) A los ascendientes.
- 4o) A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.
- 5o) A los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales.
- 6o) A los Ascendientes Naturales.
- 7o) A los hijos adoptivos.
- 8o) A los padres adoptantes.
- 9o) A los hermanos legítimos.
- 10) Al que hizo una donación cuantiosa si, no hubiere sido rescindida o revocada. La acción del donante se dirigirá contra el donatario. No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley se los niegue".

1. Planteamientos de la demanda

Los demandantes solicitan que se declare la inexequibilidad del numeral 9° del artículo 411 del Código Civil porque consideran que desconoce los principios del Estado social de derecho (art. 1 C.P.), la protección constitucional de la familia (arts. 5 y 42 C.P), la igualdad y la no discriminación de todos los tipos de familia (art. 13 C.P.), y los artículos 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 17

de la Convención Americana de Derechos Humanos, que se integran al bloque de constitucionalidad (art. 93 C.P.). Para sustentar el concepto de violación exponen, en síntesis, las siguientes razones.

Aducen que la disposición acusada desconoce el artículo primero de la Constitución, porque atenta contra los principios de pluralidad y solidaridad en relación con el concepto de familia, pues el Estado ampara no solamente a aquellas que tengan origen en la institución del matrimonio, sino que ha consagrado otras formas de filiación que hoy son una realidad como la familia de crianza. Señalan que existe una clara referencia a varios tipos de familia, y a modo de ejemplo mencionan la familia tradicional, la familia monoparental, la familia reestructurada, la familia agregada, la familia colectiva y la familia de crianza.

A su vez consideran transgredido el principio de supremacía de la Constitución, en la medida en que el artículo 5º establece la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad, de manera que el Estado debe protegerla sin discriminación alguna de forma independiente al tipo de filiación.

El argumento principal que estructura el concepto de violación se circunscribe al desconocimiento del derecho a la igualdad, por cuanto la norma demandada establece una discriminación entre hermanos, pues la obligación de alimentos se circunscribe solo a los hermanos legítimos.

A su juicio, esta norma excluye de la protección de alimentos a los hermanos que no tienen una filiación matrimonial, por ejemplo, aquellos de doble conjunción que han sido legitimados o los que han nacido en el seno de una unión marital de hecho. Sin embargo, infiere que quienes se encuentran en este último supuesto, se entenderían equiparados en derechos a quienes gozan de una filiación matrimonial en virtud de la Ley 1060 de 2006, que modificó el artículo 213 del Código Civil.

No obstante lo anterior, consideran evidente la discriminación entre los hermanos extramatrimoniales o hermanos de crianza, que aunque se les reconoce como familia se les excluye del derecho a exigir alimentos solo porque su filiación es diferente a la matrimonial. Señalan que hoy no es aceptable hablar de un criterio de desigualdad basado en el origen de la filiación familiar, puesto que la doctrina constitucional en múltiples pronunciamientos ha excluido del ordenamiento jurídico este criterio de diferenciación.

Asimismo, estiman que la expresión acusada también vulnera el artículo 42 de la Constitución, por cuanto en su inciso 6º reconoce que los hijos tienen iguales



Concepto No. 006576

derechos indistintamente de su filiación, tal y como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-451 de 2016.

2. Análisis constitucional

2.1 Cuestión previa: análisis de la configuración de la cosa juzgada en el presente caso

En la sentencia C-105 de 1994¹, la Corte Constitucional conoció de una demanda, entre otros, contra el artículo 411 (parcial) del Código Civil por violación del derecho a la igualdad. La Corte consideró que en Colombia existe igualdad entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, en lo relativo a los derechos y obligaciones, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 29 de 1982, criterio de igualdad que fue ratificado por el inciso sexto del artículo 42 de la Constitución razón por la cual concluyó que *“toda norma que establezca una discriminación basada en el origen familiar, es contraria a la Constitución.”* Bajo ese presupuesto revisó la constitucionalidad del numeral 9º del artículo 411 y sostuvo lo siguiente:

“...sería opuesto a la equidad extender el derecho a todos los hermanos eliminando la calidad de legítimos exigida por el numeral 9 del artículo 411. Téngase en cuenta que los hermanos extramatrimoniales que únicamente son hijos del mismo padre, es posible que ni siquiera se conozcan entre sí, y no serían parte de la misma familia. Además, hay que tener presente que el inciso sexto del artículo 42 de la Constitución consagra la igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos, no entre los hermanos. En esta materia solamente la ley, si se considera conveniente, podrá establecer los alimentos legales a favor y a cargo de los hermanos extramatrimoniales”.

Así las cosas, la Sala Plena declaró exequible la expresión *“legítimos”* contenida en el numeral 9º del artículo 411. Posteriormente, en la sentencia C-156 de 2003, la Corte determinó estarse a lo resuelto en la sentencia C-105 de 1994 porque consideró que operaba la cosa juzgada constitucional.

En este sentido, el Ministerio Público constata que en este caso se configura la cosa juzgada formal, pues se trata del mismo **objeto de control**, esto es, el numeral 9º del artículo 411 del Código Civil, y del mismo **parámetro de control**, esto es, el derecho a la igualdad (art. 13 C.P.).

¹ M.P. Jorge Arango Mejía.

Sin embargo, el Ministerio Público considera que hay razones para proferir un nuevo pronunciamiento. La jurisprudencia ha sostenido que existen tres hipótesis que permitirían apartarse de la cosa juzgada constitucional: "(i)[la] modificación del parámetro de control, (ii) [el] cambio en la significación material de la Constitución y (iii) [la] variación del contexto normativo del objeto de control"².

Para el Ministerio Público se configura la tercera hipótesis, esto es, la variación del contexto normativo del objeto de control, pues "puede ser que no se modifique la disposición juzgada pero que el ordenamiento en el que se inscribe haya sufrido modificaciones"³.

En el presente caso, el Ministerio Público advierte que la disposición acusada no se ha modificado, pero se inscribe en un contexto normativo diferente, tales como el Código de Infancia y Adolescencia y la Ley 1060 de 2006. Estas leyes se caracterizan por ampliar el marco de protección de los hijos adoptivos y de aquellos nacidos en el seno de una unión marital de hecho declarada, y los equiparan en derechos sin importar el origen de la filiación.

Específicamente, el Código de Infancia y Adolescencia extiende las líneas de parentesco de los hijos adoptivos a todos los miembros de la familia. Del mismo modo, la Ley 1060 de 2006 incorpora la ampliación de la presunción de paternidad propia del matrimonio a las uniones maritales de hecho declaradas, lo que significa que los hijos nacidos dentro de una unión marital de hecho se presumen hijos del compañero permanente.

Estos desarrollos legales son posteriores al pronunciamiento de exequibilidad de la norma demandada en 1994. Esto es relevante porque la Corte solo juzgó uno de los varios supuestos fácticos posibles en relación con la obligación de alimentos entre hermanos, pues hizo referencia al caso de los hermanos de simple conjunción que no se conocen y por ello no integran un mismo núcleo familiar. Sin embargo, existen otras hipótesis que deben ser consideradas, como se explica enseguida.

En consecuencia, el cambio normativo introducido por el Código de Infancia y Adolescencia y la Ley 1060 de 2006 justifica, para el Ministerio Público, una nueva revisión de la norma en cuestión.

² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

³ *Ibid.*



Concepto No. 005576

2.2. Problema Jurídico

El Ministerio Público al revisar los cargos de la demanda encuentra que el principal es la violación del derecho a la igualdad y su desarrollo directo en relación con la igualdad de los hijos. En consecuencia, considera que los demás cargos son argumentos que refuerzan esta primera tesis, y se articulan para evidenciar cómo la presunta discriminación que mantiene la norma demandada tiene impacto en otras disposiciones constitucionales.

Así las cosas, y de conformidad con los planteamientos de la demanda, el Ministerio Público considera que en este caso le corresponde a la Corte Constitucional resolver el siguiente problema jurídico:

- ¿El numeral 9° del artículo 411 del Código Civil, que establece como titulares del derecho de alimentos a los hermanos legítimos, viola los principios de pluralidad y solidaridad (art. 1° C.P.), la primacía de los derechos inalienables de la persona, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad (art. 5° C.P.), el derecho a la igualdad (art. 13 C.P.) y su aplicación en el ámbito de la familia (art. 42 C.P.), en la medida en que establece la titularidad del derecho a pedir alimentos entre hermanos con base en la filiación matrimonial?

2.3. Inexequibilidad del numeral 9° del artículo 411 del Código Civil y el remedio adecuado en el presente caso

El Ministerio Público considera que el mantenimiento de la expresión “*legítimos*” en la norma que establece el derecho y deber de alimentos es muy problemático, pues después de la Constitución de 1991 quedó erradicada del ordenamiento esa clasificación, razón por la cual mantenerla en el ámbito de las relaciones filiales, trae como consecuencia la permanencia de dicha distinción. Lo anterior teniendo en cuenta que al decir que hay “hermanos legítimos” significa que hay “hermanos ilegítimos” y considerando que quien es hermano es hijo también, querría decir implícitamente que hay hijos legítimos e ilegítimos, pues no es posible dissociar esas dos condiciones del individuo, así que resulta contradictorio el argumento, y desde luego atenta contra el derecho a la igualdad.

Se debe mencionar también que otro de los supuestos que aún no se resuelve es el de los “hermanos de crianza”, principal interés de los demandantes. Sin embargo, al respecto el Ministerio Público considera que debe la Corte estarse a lo resuelto en la sentencia C-085 de 2019 donde se declaró la existencia de una omisión legislativa absoluta frente a este tema, argumento que propuso el Ministerio Público en la

sentencia antes citada y que fue de recibo por la Corte en dicha decisión. Por lo anterior, el Procurador General solicitará la inhibición sobre este punto, pues la Corte carece de competencia para controlar omisiones legislativas absolutas⁴.

Así las cosas, el Ministerio Público considera que existe un problema de indeterminación normativa, el cual debe resolverse en aras de garantizar el derecho a la igualdad y de afianzar la coherencia del sistema jurídico, pues existe una contraposición de normas y principios que está generando una interferencia desproporcionada en la garantía del derecho a la igualdad por cuenta de la permanencia en el sistema jurídico de la norma demandada.

Para sustentar esta postura, el Ministerio Público analizará el enunciado normativo acusado a la luz de un test de proporcionalidad y razonabilidad en sentido estricto, como herramienta metodológica para evaluar el impacto de una medida legislativa en los derechos fundamentales. En este caso, la intensidad del test debe ser estricta, porque la norma establece una restricción por el origen familiar, y porque la disposición crea un privilegio en favor de los hijos legítimos para solicitar alimentos de sus hermanos⁵.

Una vez identificado el grado de intensidad del test de proporcionalidad, que para este caso es el mayor posible, es decir, el test de proporcionalidad en sentido estricto, se procede a aplicarlo a la expresión hermanos legítimos en el numeral 9° del Art. 411 del Código Civil, la cual deberá superar los siguientes criterios para alcanzar la declaratoria de exequibilidad: *i) perseguir un fin constitucionalmente imperioso o legítimo; (ii) constituir un medio adecuado e idóneo para alcanzarlo; (iii) ser necesaria, por no existir otro medio menos lesivo con igual o similar eficacia para alcanzar el fin propuesto; y (iv) debe existir proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la aplicación de la medida*".

La norma en cuestión persigue un **fin constitucionalmente legítimo** en la medida en que pretende definir la titularidad del derecho de alimentos entre hermanos, entendido este como: *"una prestación económica de carácter civil que, en virtud del principio de solidaridad que rige las relaciones entre los particulares, se debe entre dos personas naturales. Ello, pues, en virtud del estado de necesidad en que una de estas se encuentra y por el vínculo jurídico que los une, la parte que se halla en capacidad de velar por el sostenimiento económico de ambos, está en la obligación de permitirle a la primera satisfacer sus necesidades básicas de manutención"*⁶.

⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 2012, M.P. Adriana Guillén Arango.

⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶ Sentencia t-559 de 2017.



Concepto No. 906576

Es así como la totalidad del texto del artículo 411 del Código Civil establece la titularidad del derecho de alimentos en cada una de las líneas de parentesco, para dar claridad sobre el alcance de este derecho, en el caso particular el numeral 9° señala cómo opera entre hermanos.

La norma, sin embargo, no constituye un medio idóneo para el fin que se propone, pues la expresión "*hermanos legítimos*" del numeral 9° del artículo 411 excluye de su ámbito de aplicación varios supuestos fácticos que razonablemente deben incluirse en virtud del fundamento de la propia institución jurídica del derecho de alimentos dentro del actual marco de protección constitucional y legal a la familia. De este modo, la norma demandada viola el derecho a la igualdad, así como su directa aplicación en el ámbito familiar, puesto que establece una discriminación injustificada que afecta a los hijos de doble conjunción, es decir, quienes comparten padre y madre, ya sean aquellos legitimados, nacidos dentro de una unión marital de hecho, o adoptivos. Igualmente excluye a los de simple conjunción, entendidos como los que comparten padre o madre, que se conocen y han formado parte de la misma familia.

Como la norma demandada **no es idónea para el fin propuesto**, en la medida en que introduce un criterio de discriminación injustificado tampoco es **necesaria**. Y no lo es por cuanto el criterio que fundamenta la obligación de alimentos entre hermanos desborda el marco constitucional, y se constituye en norma defectuosa, ya que alcanza un nivel de injusticia insostenible a la luz de los derechos fundamentales, en particular, del derecho a la igualdad, y del marco de protección constitucional a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

En efecto, la distinción de hermanos legítimos en relación con la titularidad del derecho de alimentos no es necesaria, máxime cuando la discriminación fundada en el origen de la filiación fue excluida del ordenamiento jurídico a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y las normas del sistema jurídico que aún mantenían ese tipo de diferenciaciones como herencia de la antigua concepción de la familia han sido categóricamente declaradas inexecutable en reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Respecto al último requisito del test de proporcionalidad que tiene que ver con la existencia de la proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la aplicación de la medida, el Procurador General considera que la norma supone un costo mayor al beneficio obtenido desde el punto de vista constitucional. Lo anterior si se tiene en cuenta que la discriminación que introduce es injustificada al excluir de su ámbito de aplicación cuatro supuestos

fácticos en los que la norma sería justa, a saber: a los hijos de doble conjunción, bien sean (i) a los legitimados, (ii) a los nacidos en unión marital de hecho, y (iii) a los adoptivos. De igual manera excluye a los hijos de simple conjunción que forman parte de un mismo núcleo familiar, por evitar el único supuesto en el que resultaría injusta la obligación de alimentos, es decir, el de los hijos de simple conjunción que no se conocen.

En estricto análisis de proporcionalidad los principios contrapuestos son de un lado el derecho a la igualdad y de otro el privilegio de filiación matrimonial como incentivo y protección a la institución del matrimonio.

En este caso se puede concluir que la interferencia que produce en el derecho a la igualdad el mantenimiento en el ordenamiento jurídico del privilegio de los hermanos legítimos como titulares del derecho de alimentos es grave e injustificada. Lo anterior por cuanto, tanto el peso abstracto, como concreto del derecho a la igualdad son superiores al peso abstracto y concreto del privilegio fundado en la filiación matrimonial.

Conclusión que se sustenta en la medida en que el peso abstracto de la igualdad es muy alto, valor que se fundamenta en su carácter de derecho fundamental y principio orientador del ordenamiento jurídico. Contrario sensu, el valor abstracto del privilegio fundado en la filiación matrimonial es prácticamente nulo en la medida en que esta distinción se excluyó de la Constitución, razón por la cual se proscribió toda discriminación fundada en el origen de la filiación familiar.

Ahora bien, en cuanto a los pesos concretos, también tiene una relación de precedencia el derecho a la igualdad frente al privilegio fundado en la filiación matrimonial. Lo que se explica al considerar que el factor epistémico del derecho a la igualdad se fundamenta en un grado alto de fiabilidad, tanto en su premisa empírica como en la normativa.

Respecto a la premisa empírica que es aquella referida al contenido fáctico, hay nivel de certeza en la medida en que se pudo establecer que existen muchos más supuestos de hecho en los que, en virtud del principio de igualdad, debe extenderse la titularidad del derecho de alimentos, que aquellos supuestos considerados en la norma demandada. La proporción es 4 a 1 como antes se expuso.

En cuanto a la premisa normativa, que es la que contiene el fundamento axiológico o valorativo, hay certeza también. Lo anterior como consecuencia de un sistema de fuentes coherente y fuerte que da origen y sostiene un concepto de familia igualitario y su correspondiente protección constitucional y legal. Mientras que en el caso del



Concepto No. 876576

principio o bien jurídico contrapuesto, esto es, el privilegio de filiación matrimonial, no hay ese nivel de certeza, pues la premisa normativa que sostiene la distinción con origen en la filiación se basa en una concepción antigua de la familia heredada del Código Civil, que privilegiaba la institución del matrimonio y los hijos nacidos en él frente a otras formas de filiación consideradas espurias. Concepción discriminatoria de la familia que ha sido superada con la Constitución de 1991, de manera que la premisa normativa que subyace este principio tiene el menor valor posible porque es solo aparentemente cierta.

Del análisis de proporcionalidad antes descrito se puede concluir que el derecho a la igualdad goza de plena precedencia frente al privilegio basado en la filiación matrimonial que introduce la norma demandada para beneficio de los "hermanos legítimos" en relación con el derecho de alimentos. Y, en consecuencia, su permanencia en el ordenamiento jurídico es una interferencia desproporcionada al derecho a la igualdad.

En otras palabras, la norma no es proporcional en sentido estricto, su declaratoria de exequibilidad constituiría un escenario de desbalance constitucional que trae como consecuencia un altísimo costo en la garantía del derecho a la igualdad y al marco de protección constitucional a la familia en los términos de los artículos 13 y 42 de la Constitución.

Por lo anterior, se debe buscar una solución normativa que permita resolver el problema jurídico planteado, para lo cual el Ministerio Público solicitará la expedición de una sentencia integradora sustitutiva, solución que se adecua a la competencia de la Corte en los términos de la doctrina constitucional vigente aplicable, que contempla su viabilidad especialmente cuando se trata de casos en los que el derecho a la igualdad se encuentra en riesgo. La Corte Constitucional ha sostenido que estas sentencias son necesarias en los casos en que "(...) la Corte retira del ordenamiento jurídico la disposición acusada o un aparte de la misma, y procede a llenar el vacío de regulación generado por la decisión con un nuevo texto que se ajuste a la Constitución Política"⁷.

De acuerdo a lo antes citado, es de plena aplicación la expedición de una sentencia integradora en el presente caso, pues la declaratoria simple de inexecutable traería como resultado una omisión legislativa contraria a la Constitución, por ello, resulta más eficiente mantener la norma en el ordenamiento pero, suprimiendo su contenido inconstitucional y ampliando su ámbito de aplicación a aquellos supuestos fácticos

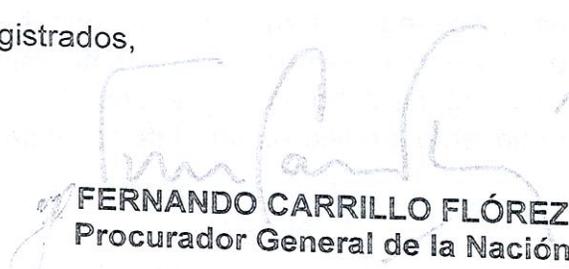
⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-325 de 2009, M.P. Gabriel Mendoza Martelo.

excluidos de forma injustificada, atendiendo además el principio de conservación del derecho.

3. Solicitud

Por las razones expuestas, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional que declare **INEXEQUIBLE** el numeral 9° del Artículo 411 del Código Civil y que la sustituya por las expresiones “hermanos de doble conjunción”, y “hermanos de simple conjunción integrantes de un mismo núcleo familiar”. En cuanto a los hermanos de crianza, el Ministerio Público le solicita que se **INHIBA** de emitir fallo de fondo por tratarse de una omisión legislativa absoluta.

De los señores Magistrados,



FERNANDO CARRILLO FLÓREZ
Procurador General de la Nación

DYM/MCQD