

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR E INCESTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS. PROTECCIÓN Y FORMACIÓN INTEGRAL. TRATOS DEGRADANTES Y DERECHO A LA DIGNIDAD. FACULTADES DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

(...)

"El menor presentó en forma verbal su acción de tutela, acompañado de su tío, a los tres días de haber sido "echado" de la casa donde vivía, por el excompañero de su mamá.

El actor en su demanda no señaló cuales derechos fundamentales invoca como vulnerados con la conducta de sus padres. No obstante, es pertinente aplicar lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, inciso 2o., en cuanto dice que tal señalamiento no es indispensable para que el juez de tutela avoque su conocimiento, siempre que sea posible deducir la norma o normas constitucionales infringidas.

En el presente caso, es claro, que el actor, al describir su situación, remite a los artículos de la Carta que se refieren a la familia y a sus derechos como menor y adolescente, artículos 42, 44 y 45, y, especialmente, el artículo 12, sobre el derecho a la dignidad.

Según los documentos que obran en el expediente, los padres están vulnerando los derechos fundamentales del actor, al no brindarle los que como menor tiene, contemplados en los artículos 42 y 44 y desconocer su condición de adolescente para lo concerniente a su protección y a su formación integral (art. 45).

Sobre el derecho a la dignidad y a no ser sometido a tratos degradantes, de que trata el artículo 12 de la Constitución, se advierte:

Según el Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, la palabra "degradar" significa lo siguiente: "Privar a una persona de las dignidades, honores, empleos y privilegios que tiene. 2. Por ext., reducir o desgastar las cualidades inherentes a personas o cosas. 3. Humillar,

rebajar, envilecer".

Es un hecho contrario a la dignidad de un menor, la situación injustificada en la que los padres del actor lo colocaron, una vez el excompañero de la mamá lo sacó de la casa. Al joven no le brindaron alternativa diferente a decirle que buscara a sus tías para que lo recibieran en sus casas. Los papás no negaron que a esta situación se vio avocado el menor, por el contrario, en sus declaraciones reconocen que esa fue la indicación que le dieron.

Estima la Sala que esto es someter a una persona a un trato degradante.

Y, lo que es más grave aún: los padres, en las declaraciones rendidas ante el juez de tutela, reconocen la situación en que se encuentra su hijo, pero justifican su desinterés, aduciendo problemas de comportamiento del joven. El papá dice que el actor no puede vivir en su nuevo hogar al haber sacado de allí algunos bienes muebles, lo que originó la animadversión de su actual compañera. La mamá dice que el menor ha tenido también problemas de comportamiento.

Pero, curiosamente, y a diferencia de lo expresado por los padres, el tío se refiere a su sobrino, así:

"El no tiene ningún problema en especial, es una persona que se maneja muy bien, es muy sumiso, obediente y estudioso no ha perdido ningún examen, por eso estoy contento con él porque rinde en sus estudios".

Así las cosas, comparte la Corte lo dicho por el Juzgado: el menor tiene otros recursos o medios de defensa judicial, acciones penales y civiles, como se analizará más adelante. Pero, se pregunta, en el presente caso, existe la posibilidad de otorgar la tutela como mecanismo transitorio?, cuál sería la orden contra los padres que podría dictar el juez?.

a) Una posibilidad consistiría en ordenarle a la madre que lo tuviera con ella en forma transitoria.

Pero ella vive "arrimada" donde un pariente de su actual excompañero, con su otro hijo menor (se aclara que este menor es hermano materno del actor); depende económicamente del esposo de la citada pariente, pues no tiene trabajo; al parecer, ha presentado problemas mentales recientes, estuvo recluida en una institución al sufrir una depresión que la llevó a tratar de suicidarse, cuatro meses antes de su actual separación. Además, ella reconoce en su declaración que regaña al menor y le da "jete". Es decir, la posibilidad de ordenar que lo tenga la mamá en forma transitoria, con los elementos que obran en el expediente, no la podría adoptar el juez de tutela, sin que a su vez se le cree un mayor problema al actor, por su especial relación con la madre.

b) Otra posibilidad sería ordenarle al papá recibirlo inmediatamente en su nuevo hogar. Sin embargo, con esta orden, según las declaraciones del expediente, no se garantizaría tampoco que cesara la vulneración de los derechos del actor, pues no existe, al parecer, ningún ánimo de acogerlo de

la manera digna a que tiene derecho. Es más, podría ser una medida contraproducente, pues sería una forma violenta de imposición sobre los sentimientos.

c) Una tercera posibilidad sería ordenarle al tío que actualmente lo tiene en forma temporal, que lo mantuviera allí mientras se adelantan las acciones judiciales. Pero, con base sólo en los elementos que obran en el expediente, en principio, no podría darse tal orden, pues, este pariente manifestó su intención de no abandonar al menor, pero sólo mientras no se resolviera la acción de tutela, ya que vive en un inquilinato con su esposa y dos hijos de 16 y 18 años, ocupan dos piezas, y tiene una situación económica difícil. Advirtió que está dispuesto a brindarle apoyo "sentimental, afectivo y alimenticio", y hasta pagarle el estudio, pero no puede alojarlo donde vive.

No tendría sentido, y sería contraproducente para el propio menor, ordenar a uno cualquiera de sus padres tenerlo consigo. La ley no puede imponer a las personas determinados sentimientos, en especial los afectuosos o altruistas, pero sí les impone deberes y obligaciones, cuyo incumplimiento se sanciona hasta penalmente. Por eso, en su momento, puede acudir a mecanismos como el juicio de alimentos o la denuncia por el delito de inasistencia alimentaria, si se considera que se ha faltado a la obligación de sostener material y moralmente a su hijo, como sucede en este caso.

Además, se deben considerar los precarios elementos de que dispone el juez de tutela para esta clase de situaciones, pues, carece del tiempo necesario (son 10 días para resolver la acción) y de los procedimientos e infraestructura correspondientes, para investigar en forma directa, tales hechos.

La Corte reconoció estas limitaciones, la competencia que no tiene el juez de tutela y las atribuciones del Defensor de Familia, en sentencia T-290 del 28 de julio de 1993, en la que dijo:

“Corresponde al Defensor de Familia declarar las situaciones de abandono o de peligro previo el correspondiente proceso investigativo; en la resolución en que se declare a un menor abandonado o en peligro se podrá ordenar, entre las medidas de protección, la de atribuir la custodia o cuidado personal al pariente más cercano en condiciones de ejercerlos. Esta es una medida provisional que deberá ser decidida en forma definitiva por el juez de familia, quien tiene la competencia plena para resolver lo relativo a la custodia y cuidado de los menores.

"Es entonces la custodia y cuidado un derecho-deber de índole legal, que escapa al control por vía de la acción de tutela por cuanto, según se observa, tiene asignados unos procedimientos especiales y unos jueces competentes para resolver sobre su determinación, ejercicio y regulación".

Además, la situación objeto de la presente demanda, no reúne las características que debe tener el perjuicio irremediable, según sentencia de esta Corte, T-225 de 1993. Estas características son: que el perjuicio sea

inminente, las medidas a adoptar sean urgentes, y el perjuicio grave, lo que determina que la acción de tutela sea impostergradable.

Por lo tanto, en concepto de la Corte, al no proceder en este caso la tutela, ni siquiera como mecanismo transitorio, lo pertinente es dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 70. del Decreto 2591 de 1991. Dice el inciso 4o. del artículo citado:

"Artículo 70.- Medidas provisionales para proteger un derecho.

" ...

"El Juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso".

Por consiguiente, solicitará la intervención inmediata del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que adopte las medidas conducentes a la protección del menor e informe de ellas a la Corte.

Los otros medios de defensa judicial y cómo puede ponerlos en movimiento el actor. En el presente caso, una vez puesto en conocimiento de los hechos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través del Defensor de Familia, no sólo puede declarar las situaciones de abandono o de peligro en que se encuentre el menor, y ordenar las medidas de protección correspondientes, sino que por medio del citado Defensor, podrá formular, si a ello hubiere lugar, denuncia penal por el posible delito de inasistencia alimentaria. Es de observar que como esta clase de delitos requiere querrela, se hace importante la intervención del Defensor de Familia (art. 267 del Código Penal).

El delito de inasistencia alimentaria está contemplado en el artículo 263 del Código Penal. Dice la norma:

"Artículo 263.- Inasistencia alimentaria.- El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos debidamente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en arresto de seis (6) meses a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos.

"Cuando se trate de un parentesco natural de consanguinidad, la acción penal se limitará a padres e hijos".

Además, el Código Civil, en el artículo 411, establece a quiénes se deben alimentos; el Código de Procedimiento Civil, señala el procedimiento a seguir, y los jueces de familia conocen de los procesos de alimentos, de la ejecución de los mismos y de su oferta (decreto 2272 de 1989).

Vale la pena señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 3 de abril de 1990, manifestó que no es necesario en la configuración del delito de inasistencia alimentaria, la previa declaración judicial de alimentos. Dice la sentencia en lo pertinente: "... A partir de uno cualquiera de los momentos precedentemente señalados puede iniciarse el

incumplimiento de la obligación alimentaria y, por ende, el reconocimiento judicial por la vía civil del débito económico en el monto que corresponda a la respectiva situación; la no cancelación de las mesadas, provisional o definitivamente decretadas por el juez civil o de menores, ubica al incumplidor en el marco de este tipo penal; lo que no significa que la configuración del hecho punible dependa de la declaración judicial de alimentos o del no pago de las mesadas decretadas, pues él surge realmente desde el mismo día en que existiendo para el agente la obligación alimentaria deja de satisfacerla, independientemente de que una decisión judicial haya reconocido la existencia de aquel deber y haya decretado el monto de las mesadas. Necesario es entonces distinguir el momento en que nace para el agente la obligación de suministrar alimentos y aquel en que tal obligación es judicialmente declarada; si bien la exigibilidad civil de aquella nace a partir del segundo momento, la configuración material del hecho punible emerge desde el primero, porque es el que naturalísticamente corresponde a la omisión del deber legal de asistencia económica o que el legislador quiso penalmente sancionar...".

Facultades del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Sobre las medidas que puede adoptar las autoridades competentes, en casos como el de la presente tutela, es pertinente remitirse a algunas normas del Código del Menor, Decreto 2737 de 1989.

"Artículo 10.- El Código del Menor, tiene por objeto:

"1. Consagrar los derechos fundamentales del menor.

"2. Determinar los principios rectores que orientan las normas de protección al menor, tanto para prevenir situaciones irregulares como para corregirlas.

"3. Definir las situaciones irregulares bajo las cuales pueda encontrarse un menor, origen características y consecuencias de cada una de tales situaciones.

"4. Determinar las medidas que deben adoptarse con el fin de proteger al menor que se encuentra en situación irregular.

"5. Señalar la competencia y los procedimientos para garantizar los derechos del menor.

"6. Establecer y reestructurar los servicios encargados de proteger al menor que se encuentre en situación irregular, sin perjuicios de las normas orgánicas de funcionamiento que regulan el Sistema Nacional de Bienestar Familiar".

En relación con la definición de situaciones irregulares en que se puede encontrar un menor y las medidas que pueden adoptarse, el Código citado contempla:

"Artículo 30.- Un menor se haya en situación irregular cuando:

"1. Se encuentre en situación de abandono o peligro.

"2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas.

"...

"9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o integridad".

"Artículo 31.- Un menor se encuentra en situación de abandono o de peligro cuando:

"...

"2. Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor.

"..."

"Artículo 36.- Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia del lugar donde se encuentre el menor, declarar las situaciones de abandono o de peligro, de acuerdo con la gravedad de las circunstancias, con el fin de brindarle protección debida. Para este propósito, actuará de oficio o a petición de cualquier persona que denuncie la posible existencia de una de tales situaciones".

El Defensor de Familia antes de su decisión, practicará pruebas, y podrá adoptar las medidas provisionales de protección. También oirá el concepto de los profesionales que hacen parte del cuerpo especializado de Bienestar Familiar, y entrevistará al menor. (artículos 37 y 38).

Sobre las medidas de protección, dice el artículo 57:

"Artículo 57.- En la resolución por medio de la cual se declare a un menor abandonado o en peligro, se podrá ordenar una o varias de las siguientes medidas de protección:

"1. La prevención o amonestación a los padres o personas de quienes dependa.

"2. La atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condición de ejercerlo.

"3. La colocación familiar.

"4. La atención integral en un Centro de Protección Especial.

"5. La iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono.

"6. Cualesquiera otras cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral.

"..."

Conclusión: La vía para la protección de los derechos del actor, en este caso concreto, dadas las condiciones personales de los padres, no es la acción de tutela. Pero, como el juez no puede desconocer la situación de peligro en que se encuentra el menor, deberá poner en conocimiento de las autoridades competentes el caso, para que se adopten las medidas pertinentes, según dispone el inciso 4o. del artículo 7o. del Decreto 2591 de 1991.

La función propia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es la de atender casos como este, en el cual los padres, por fallas de conducta, posiblemente originadas en las circunstancias del medio en que viven, incumplen sus deberes, y privan a sus hijos del sustento material y moral que deben darles.

En este sentido se modificará el numeral 2o. de la parte resolutive de la sentencia del Juzgado, pues, en lugar de RECOMENDAR al actor acudir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Corte SOLICITARA su intervención inmediata". (Corte Constitucional, sentencia: Abril 26 de 1994, Magistrado ponente: Dr. Jorge Arango Mejía, Referencia: Expediente T-27643 (S-205)

COMENTARIOS

La violencia al interior de la familia es concepto que desde el punto de vista sociológico adquiere connotaciones paradójicas; se manifiesta dentro de una asociación humana con características personalísimas cuya esencia está radicada en la comunidad armónica de vida, que debe pretender el desarrollo integral de la personalidad de sus miembros y la solidaridad entre los mismos, pero sin embargo se manifiesta en violencia y maltrato que ejecuta alguno de sus miembros hacia otro u otros. En este sentido esta forma de comportamiento es la antítesis de la finalidad familiar y contradice la esencia misma de la institución. La acción incriminada al producirse en el seno de la familia adquiere dicho significado especial en cuanto lesión a la unidad de la familia entendida como un reducto de paz, socialización y educación incompatible con la agresión y el uso de la fuerza. La Constitución de 1991 incorpora el concepto de familia como reducto de amor y pacífica convivencia, aspectos imputados a título de deber frente a los padres.

El comportamiento de maltrato en el seno del núcleo familiar parece ser tan añejo como la historia misma de la institución. Se cita la frase de Aristóteles en "La Retórica" al examinar las causas de la delincuencia: "aquellas cosas de las que a la víctima le da vergüenza hablar, como ultrajes a las mujeres de la casa, a sí mismo o a sus hijos" (Cit.

CARBAJAL, Adolfo Alonso, Violencia intrafamiliar, una reflexión profesional, Asociación española de abogados de familia, Madrid, 1988, p. 21).

Los orígenes del fenómeno de maltrato físico y síquico al interior de la familia se pueden encontrar en las ideas tradicionales sobre el rol femenino y masculino en la sociedad y en el propio seno del núcleo familiar, de una parte, y en el absoluto respeto estatal, fruto del individualismo radical, por los conceptos de privacidad e intimidad familiar comprendidos de manera absoluta; esta última razón mas que suficiente para que solo hasta el año 1996, hubiese llegado a la órbita punitiva de manera autónoma, específica e independiente esta inhumana forma de violencia, consideración que se reafirma al observar que el comportamiento, también en análisis tradicional, ha afectado estadísticamente en un mayor nivel a la mujer y al menor, este último, en la mayoría de los casos, hijo del sujeto activo de la acción.

La violencia intrafamiliar no es exclusivamente padecida por la mujer, pues es innegable que la violencia contra el hombre -varón- también existe, claro está que a nivel internacional los niveles estadísticos de comisión son absolutamente menores y las causas de comisión están perfectamente diferenciadas.

Además en la violencia ejercida sobre el varón se aprecian dos circunstancias especiales; la primera que cuando la mujer, que tradicionalmente y por el rol de la maternidad, por lo general es mas respetuosa de la ley y del hogar, únicamente llega a extremos de violencia física en hipótesis prácticas de legítima defensa y luego de soportar maltrato reiterado y continuo durante largos periodos; de otra parte si bien es innegable el maltrato físico o síquico hacia el hombre, también se debe aceptar que tales hechos son menos conocidos, dado el rol social masculino, frente al cual el hombre prefiere callar para no ser objeto de estigma o desmerecimiento social.

Así mismo no solo los padres -hombre y mujer- son los sujetos activos de la violencia intrafamiliar; el maltrato también puede ser ejecutado por los hijos hacia sus padres o hacia otros miembros del grupo -hermanos, abuelos- o bajo especiales circunstancias de gravedad hacia miembros enfermos o discapacitados del grupo. La violencia al interior de la familia ha llegado a comprender en análisis sociológico el maltrato ejercido sobre

trabajadores o trabajadoras del hogar, en ampliación del bien jurídico objeto de tutela, de los sujetos pasivos eventuales y del objeto material de la infracción, cuya factibilidad tendremos ocasión de reseñar al realizar el análisis dogmático del tipo penal específico (Cfr. CARBAJAL, Adolfo Alonso, ob. cit., p. 23)

El fenómeno de la violencia intrafamiliar se caracteriza sociológicamente por su invisibilidad, por lo que el estudio de sus múltiples hipótesis de comisión, se ha contraído a los casos que han llegado a la investigación judicial o de aquellos que se hacen evidentes o públicos, es decir que han sobrepasado el mundo privado de los intervinientes.

La violencia intrafamiliar tiene otra determinante de naturaleza sociológica y psicológica, muy característica del maltrato a que es sometida la mujer en el seno del hogar, que hace adquirir al fenómeno especiales características de complejidad; la mujer víctima y denunciante del maltrato físico cotidiano, que se encuentra en peligro de padecer futuras agresiones de mayor entidad, es la que precisamente, con insólita frecuencia, se presenta ante la autoridad a pedir la exculpación o justificación de su pareja, o sencillamente no colabora con la investigación, siendo testigo de excepción, actitud determinada por circunstancias de las más variada índole, tales como la necesidad económica, afectiva y aun sexual, no del todo comprensibles desde el análisis dogmático riguroso de la situación.

TEMA II. Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Tutela contra particulares. Procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio. Situación de abandono y peligro de menores, custodia y protección

“En el presente asunto, la acción de tutela es presentada por la menor contra sus padres biológicos, en procura de que se le proteja su derecho constitucional fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella.

Teniendo en cuenta que la demanda se dirige contra unos particulares, debe examinar la Corte la procedencia de la acción de tutela, en los términos del artículo 86 de la Carta Política y de acuerdo con la jurisprudencia emanada de esta Corporación.

El artículo 86 de la Constitución Nacional establece que la acción de tutela procederá para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad

pública. Así mismo, señala la norma superior que la ley deberá establecer los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares "encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o **respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión**".

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 ibídem, el legislador al expedir el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, estableció en su artículo 42, las causales de procedencia de esta acción contra particulares, dentro de las cuales consagra en el numeral 90., que:

"Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

(...)

9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela".

De acuerdo con la sentencia No. C-134 de 17 de marzo de 1994, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró en relación con la norma transcrita, la inexequibilidad de las expresiones "la vida o la integridad de", por cuanto:

"no era atribución de la ley, so pretexto de dar cumplimiento a un mandato constitucional, determinar los derechos fundamentales que pueden ser invocados por el solicitante cuando el sujeto pasivo de la tutela es un particular, pues, conviene señalarlo, los derechos fundamentales son la base, el sustento de toda legislación, y no su efecto".

Para los efectos del asunto sometido a revisión, el mismo artículo establece la presunción de indefensión (que se produce cuando una persona, sin culpa de su parte, no ha podido defenderse o defender sus derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio) cuando se trata de un menor de edad.

En razón a lo anterior, como se dá el requisito de la indefensión para la procedencia de la acción de tutela contra particulares, la Corte entra a examinar si en este caso es viable la solicitud de la tutela en los términos formulados por la menor accionante y por el Defensor del Pueblo.

1.LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

La familia ha sido considerada siempre como la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre. En su núcleo esencial esta visión no ha cambiado ni siquiera en nuestros días. Sin embargo, actualmente se prefiere poner de relieve todo lo que en la familia representa la aportación personal del hombre y de la mujer.

En efecto, la familia es una comunidad de personas, para las cuales el propio modo de existir y vivir juntos es la comunión: *"communio*

personarum" (la cual se refiere a la relación personal entre el "yo" y el "tu"). La familia, comunidad de personas, es por consiguiente la primera "sociedad". Surge cuando se realiza la alianza del matrimonio (en cualquiera de sus formas) que abre a los esposos "a una perenne comunión de amor y de vida" y se completa plenamente y de manera específica al engendrar los hijos.

La familia que nace de esta unión basa su solidez interior en la alianza entre los esposos. La familia recibe su propia naturaleza comunitaria -aún sus características de "*comunidad*" de aquella comunión fundamental de los esposos que se prolonga en los hijos. Mediante esa unión de dos personas, el hombre y la mujer dan origen a la familia. El nuevo ser humano, igual que sus padres, es llamado a la existencia como persona y a la vida "*en la verdad y en el amor*". Es en el recién nacido, que se realiza el bien común de la familia.

El matrimonio en sus diversas manifestaciones, o propiamente la unión de un hombre y una mujer entraña una singular responsabilidad para el bien común: primero el de los esposos y después el de la familia. Este bien común está representado por el hombre, por el valor de la persona y por todo lo que representa la medida de su dignidad. El hombre lleva consigo esta dimensión en cada sistema social, económico y político. Sin embargo, en el ámbito del matrimonio y de la familia, esa responsabilidad se hace por muchas razones, más exigente aún. En toda cultura, es ante todo un deber de las personas que unidas entre sí, forman una determinada familia. La "paternidad y maternidad responsables" expresan un compromiso concreto para cumplir este deber, que en el mundo actual presenta nuevas características.

Aunque es la mujer la primera que se da cuenta de que es madre, el hombre con el cual se ha unido toma a su vez conciencia, mediante el testimonio de ella, de haberse convertido en padre. Ambos son responsables de la potencial y después efectiva paternidad y maternidad. El hombre debe reconocer y aceptar el resultado de una decisión que también ha sido suya. La unión conyugal conlleva en cualquier caso, la responsabilidad del hombre y de la mujer, responsabilidad potencial que llega a ser efectiva cuando las circunstancias lo imponen. Es necesario, entonces, que ambos, hombre y mujer asuman juntos, ante sí mismos y ante los demás, la responsabilidad de la nueva vida suscitada por ellos.

La vida comienza en el ser humano como fragilidad sujeta a la voluntad y al amor de los padres. Sin el cuidado de la madre en la gestación, en el nacimiento y en los primeros años, la infancia dejaría de ser el primer escalón en la cadena de la vida, para quedar como testimonio de una posibilidad trunca. La madre nutre al niño, despierta la primera sensibilidad y le imprime al ser en estado de inocencia el sello de la primera educación, la menos deliberada y la más arraigada: la de los primeros hábitos e inhibiciones, y junto a ellas, la lengua como umbral que conduce a

la relación social y a la razón.

La vida física, emocional, intelectual y moral del niño, y, por tanto del hombre, se fija en los primeros años en el entorno de la familia. Nada puede suplir en las siguientes fases de la vida lo que en esta etapa decisiva se omite. Bajo la guía de la institución familiar, en la niñez se educan la sensibilidad, el amor, la inteligencia y la razón, se forman el ser moral y el ser social. Las virtudes públicas se ejercitan y gestan antes en la familia que en la sociedad o en el Estado.

Así, la familia es la primera institución social, que concilia las exigencias de la naturaleza con los imperativos de la razón social. La familia es anterior a la sociedad y al Estado, entidades que están instituidas en primer lugar para servir al bienestar de la familia, del cual dependen las condiciones de la sociedad y del Estado. Nadie puede reemplazar a los padres en el cumplimiento del primer deber ante los hijos, deber que dicta antes el amor que la obligación. Pero a la sociedad y al Estado les competen deberes no menos sagrados, como son velar por la integridad de la familia, tutelar a los padres en el cumplimiento de sus obligaciones y cooperar con la familia en la supervivencia y formación primera de la infancia.

En el ser humano, la dependencia familiar se prolonga más allá del momento en el cual el infante o el lactante se elevan a la condición de niño, condición marcada por la propia locomoción, el habla y una confusa certidumbre sobre la propia existencia.

Hasta la etapa de la culminación de la educación básica se prolongan la infancia y la niñez. Más allá de ellas, la adolescencia y la juventud del menor de edad sellan la formación de una personalidad independiente, estos es, con una propia orientación hacia la vida en el trabajo, la educación, la ciudadanía y con una libertad para el inicio de una nueva familia. Estas nuevas fases de la vida para el individuo y la sociedad no son tan decisivas como la infancia y la niñez, etapas en las cuales se predetermina el destino del individuo y se retrata la cultura de la sociedad en su proyección hacia el futuro.

jjj En relación con la institución de la familia, el artículo 42 del ordenamiento constitucional vigente, señala:

"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

(...)

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

(...)".

Expresamente el constituyente de 1991, consagró el derecho que le asiste a toda persona a tener una familia y la protección constitucional que ésta merece como núcleo esencial de la sociedad. Especial énfasis se dá a la necesidad de mantener la armonía y la unidad familiar, fundamento de la convivencia social y de la paz.

De gran importancia dentro del ordenamiento constitucional, es el principio según el cual como núcleo fundamental de la sociedad, la familia tiene que cumplir junto con la sociedad y el Estado, deberes como los de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico integral y el ejercicio pleno de todos sus derechos fundamentales prevalentes, consagrados en el inciso 10. del artículo 44 de la Constitución, como los de tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, y la protección contra toda forma de abandono y violencia.

De acuerdo a ello, la unidad familiar es y debe ser presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes de los niños.

El papel dignificante de la familia, permite la formación de las personas como ciudadanos útiles, concientes de sus deberes frente a la sociedad, como células vivas de un organismo pensante, complejo y poderoso, que se manifiesta a través de cada uno de sus miembros.

El poder dignificante de la familia es anterior a toda influencia que pueda ejercerse sobre la sociedad. Es de la familia misma de donde surgen los comportamientos que van a determinar la sociedad, puesto que estos comportamientos se dan en personas concretas y estas se reconocen, se identifican y se estructuran en una familia: su familia.

La familia como poder dignificante, tiene la capacidad de formar la conciencia de los individuos en los verdaderos alcances de los que constituye la inmensa fuerza de su naturaleza humana. Es pues, en el ámbito familiar en el que se reciben las bases de la realización y por ende la futura felicidad del ser humano.

El día en que las personas se decidan a ser lo que están llamadas a ser, de una manera conciente y decisiva, el ser humano logrará ser digno de su destino. Pero especialísimamente, ese cambio lo deben dar todos los padres y madres de familia, porque en sus manos está la formación de la personalidad de cada uno de sus hijos. De esa manera, los niños y jóvenes serán lo que sus progenitores decidan para ellos: ese es el poder de

formación y de educación que tienen por derecho propio.

Es la educación recibida desde la cuna o del hogar, la que mueve la conciencia de las personas. Los valores que se aprendieron sobre la convivencia humana se manifestarán en forma positiva o negativa, según haya sido la educación. Allí radica la capacidad de identificación de la familia con la fisonomía histórica, en el pasado y en el futuro de un país.

El momento que vive nuestro país y nuestra sociedad, nos pone de presente una total y absoluta crisis de valores en la juventud, en el núcleo familiar, hoy en una grave situación de violencia, falta de unidad y de amor, que ha generado la proliferación de divorcios y conflictos entre los padres, de confusión en las orientaciones sobre las razones mismas de existir, hasta el punto de desatar un verdadero caos al interior de los hogares.

Es necesario que los padres y madres de familia, en cuyas manos está todavía el poder de control y de orientación de las próximas generaciones, recuperen el verdadero sentido de la familia y eduquen a sus hijos con fundamento en los valores y principios esenciales del amor, del respeto y de una moral ética. Mas que nunca, es hora de la familia ante el fracaso de un materialismo despersonalizante y de unos poderes tecnificados que atentan sin descanso contra la estabilidad de los hogares.

Una manera de combatir la desintegración, la desunión y la desesperanza en el ambiente social es volver los ojos hacia la propia familia, reforzarla, enseñarle los alcances de su poder personalizante al igual que su capacidad de inculcar en sus hijos los valores y principios morales fundamentales, necesarios para una sociedad carente de ellos.

Debe recalcarse el derecho inalienable de los esposos de fundar una familia y decidir sobre el intervalo entre los nacimientos y el número de hijos a procrear, teniendo en plena consideración los deberes para consigo mismos, para con los hijos ya nacidos, la familia y la sociedad, dentro de una justa jerarquía de valores.

2.LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 12 de 1991, trata sobre el reconocimiento de la vulnerabilidad de los niños y sobre sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como elementos integrantes de un conjunto, los cuales constituyen el mínimo necesario para la supervivencia y el desarrollo de la infancia. Ellos son, el derecho a la vida, a la identidad, a una relación armónica con los padres, a la libertad de pensamiento, de expresión y de asociación en cuanto sean posibles, a la participación en la toma de decisiones sobre asuntos que lo afecten, a protecciones frente a abusos, circunstancias de desamparo o de conflicto, a un trato especial cuando la condición especial del niño lo requiera, a la vivienda y al abrigo, a la nutrición y a la salud, a la educación, a la

recreación y a la cultura dirigidas al desarrollo de la personalidad, de las aptitudes y de la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.

Dentro de los principios que establece la Convención, está que "un niño puede estar adecuadamente alimentado, pero si no se le educa, se le permite el acceso a la cultura, se le ampara de la explotación laboral y de cualquier forma de abuso, no puede decirse que esté protegido, pues se trata de derechos que conforman un todo integrado". Así mismo, se reconoce que el niño tiene una serie de necesidades que evolucionan y cambian con la edad, por lo que se trata de equilibrar los deberes de los padres, correlativamente con dichas necesidades.

Estos principios fueron recogidos en el artículo 44 de la Carta Política, en el que se otorga al niño una protección especialísima por parte del Constituyente de 1991, tanto así que la norma establece que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás". Dicha norma señala:

"Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás" (negrillas fuera de texto).

De otra parte, debe señalarse que el vínculo afectivo del recién nacido con la madre o persona que lo cuida es indispensable para la adaptación al mundo y vida futura como adulto. Un vínculo implica una relación cercana, amorosa y afectuosa. A través de esa relación inicial, el niño desarrolla su confianza, su seguridad y los sentimientos de autovaloración. La relación que el niño establece con la madre o persona quien lo cuida sirve como modelo para establecer relaciones futuras. Con ella, el niño aprende a querer y a relacionarse con los demás. La falta de una relación fuerte y afectuosa en la infancia puede poner en peligro los impulsos iniciales de curiosidad intelectual y propiciar la presencia de problemas sociales y afectivos posteriores.

Desde el nacimiento, entonces, se establece un intercambio de afecto del

niño hacia la madre o persona quien lo cuida y de estas personas hacia el niño. El niño no sólo responde a las manifestaciones de la madre, sino que frecuentemente inicia la interacción. Un aspecto importante es iniciar y mantener el vínculo afectivo, partiendo de la sensibilidad y respuesta oportuna a las señales del niño, a sus expresiones, sonrisas, llantos, etc.

Por ello, la estabilidad del ambiente físico y familiar es fundamental para el desarrollo intelectual y socio-emocional del niño; un ambiente estable y seguro, facilita la concentración y motivación del niño; un cuidado familiar, permanente y constante, le ayuda a desarrollar sentimientos de confianza hacia el mundo que lo rodea y hacia otros seres humanos.

El niño se siente seguro porque sabe que depende de su ambiente, porque confía en las respuestas coherentes y consistentes de la madre o la persona quien lo cuida, le permiten sentirse libre de explorar su medio ambiente al saber que tiene una base segura en el ambiente familiar. Por lo tanto, a un niño menor de edad no le conviene emocionalmente que le cambien o modifiquen constantemente el ambiente, ni las personas que lo cuidan. El niño requiere identificar con claridad los espacios, objetos y personas con quien interactúa para poder establecer relaciones claras y seguras.

Por su parte, el desarrollo de los niños comprende todas aquellas acciones destinadas a mejorar la calidad de vida en años que son decisivos para la formación del futuro ciudadano. Acciones programáticas en la protección de la familia, destinadas a la estabilidad indispensable para el desarrollo de los niños y al cubrimiento del riesgo del abandono del menor.

En este contexto, la tarea de preservar y enaltecer la vida de la infancia ha de aparecer a la conciencia colectiva como un imperativo de la mayor trascendencia. Corresponde a quienes son líderes de la comunidad y a las entidades comprometidas en la protección de los niños, asumir la defensa de la infancia como una prioridad pública y transformar el sentimiento de las familias favorable a la infancia, en un factor de generación de nuevas solidaridades y de cambio social.

Debe la Sala en el asunto que se examina, hacer referencia a la jurisprudencia que sobre el tema ha emanado de esta Corporación:

"Consecuencia obligada de la importancia que el Constituyente de 1991 atribuyó a la familia, en su carácter de institución fundamental para el normal desarrollo de la personalidad humana, fue la consagración expresa del derecho de todo niño a tener una familia y no ser separado de ella expresamente incorporado hoy en la Carta (Art. 44).

Cuando se revisan los antecedentes de esta norma resulta claro que el Constituyente plasmó en ella su íntima creencia de que:

"La situación perfecta para un hogar es vivir bien, en familia. El ideal de quienes integran en cualquier forma su núcleo familiar es el de vivir unidos para siempre entre sí y con sus hijos. El máximo desarrollo para

un niño es el que puede lograr con sus padres y familia".

Sobre el mismo tema, y en una de las últimas sentencias proferidas por la Corte en relación con el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, se manifestó:

"Lo normal es que el niño nazca en el seno de una familia. Lo excepcional que sea expósito.

El calificativo de EXPOSITO se da al "recién nacido abandonado o expuesto en un paraje público" (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, de Manuel Osorio).

El Código del Menor trata en el título II "Del menor abandonado o en peligro físico o moral". Uno de los casos de abandono es, precisamente, el del menor expósito.

El primer capítulo de tal título se refiere a estas situaciones irregulares o típicas para cuya definición está el procedimiento señalado en el Capítulo II y las medidas de protección fijadas en el Capítulo III.

Esas medidas de protección son:

"Artículo 57. En la resolución por medio de la cual se declare a un menor abandonado o en peligro, se podrá ordenar una o varias de las siguientes medidas de protección:

- 1. La prevención o amonestación a los padres o a las personas de quienes dependa.*
- 2. La atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos.*
- 3. La colocación familiar.*
- 4. La atención integral en un Centro de Protección Especial.*
- 5. La iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono.*
- 6. Cualesquiera otra cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral.*

PAR. 10. El Defensor de Familia podrá, al aplicar alguna de las medidas anteriores y sin perjuicio de las acciones judiciales pertinentes, fijar una cuota mensual con la cual los padres o las personas de quienes el menor dependa contribuirán al sostenimiento de éste mientras se encuentre bajo una medida de protección.

PAR. 20. El Defensor de Familia podrá imponer al menor con cualquiera de las medidas de protección, el cumplimiento de algunas de las reglas de conducta de que trata el artículo 206 del presente Código".

Como se vé una de tales medidas es la colocación familiar, también se llama "Hogar Sustitutivo", hay quienes lo denominan "Hogar Amigo".

La colocación familiar es provisional mientras se adelanta el proceso administrativo (art. 37 del Código del Menor) y luego, temporal (por seis meses prorrogables, art. 74 del citado Código). No es, pues, una situación definitiva.

El artículo 73 del Código del Menor dice:

"La colocación familiar consiste en la entrega de un menor que se encuentre en situación de abandono o de peligro, a una familia que se compromete a brindarle la protección necesaria, en sustitución de la de origen.

La medida de colocación familiar será decretada por el Defensor de Familia mediante resolución motivada o de acuerdo con las normas técnicas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar".

Es decir que, los hogares amigos sustituyen momentáneamente a la que ha sido o debiera ser la familia de origen.

La Corte, obligada a hacer prevalecer el derecho sustancial, no puede ignorar que la COLOCACION FAMILIAR queda incluida dentro de la protección que se le da a la FAMILIA. Protección temporal, mientras el menor es acogido por su familia de origen o por la familia adoptante, y esto se debe a que el niño es el destinatario del derecho consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política. El mismo Código del Menor, artículo 22, enseña que "la interpretación de las normas contenidas en el presente Código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor".

Si la Defensoría de Menores no ha ejecutado la medida administrativa de protección del expósito colocándolo en el Hogar Amigo donde vivía en buenas condiciones, lo cual constituye, en verdad, un hogar de hecho, esta omisión no borra el derecho fundamental del niño a formarse la imagen de una familia que le otorga cuidado y hogar.

Y si no hay una razón válida, justa, sustentada en la ley, que permita sustraer al menor del Hogar que le brinda protección, la amenaza de la separación constituye una violación a los derechos fundamentales del niño.

El derecho del menor a tener una familia, no significa necesariamente que deba ser consanguínea y legítima. Es también el derecho a que provisionalmente el niño tenga su hogar amigo, su familia sustituta, por eso el Código del Menor emplea el término COLOCACIÓN FAMILIAR.

(...)

El artículo 30. del Código del Menor indica: "Todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, moral y social, estos derechos se reconocen desde la concepción".

Cualquier hecho que vulnere ese desarrollo es una violación del art. 16 de la Constitución" (negrillas fuera de texto).

Es claro que a la familia corresponde pues, la responsabilidad fundamental de la asistencia, educación y cuidado de los niños, tarea en la que habrá de contar con la colaboración de la sociedad y del Estado. Este último cumple una función manifiestamente supletoria, cuando los padres no existen o cuando no puedan proporcionar a sus hijos los requisitos indispensables para llevar una vida plena.

Así, la Constitución de 1991 privilegia la condición del niño en todo momento y circunstancia en razón a su especial vulnerabilidad, como un deber del individuo, la sociedad y los poderes públicos y como interés supremo.

Prevalece en las normas constitucionales en materia de los niños, la obligación de que el niño sea ubicado en el ámbito de una familia, como condición fundamental para su desarrollo y protección.

Como se indicó en la sentencia mencionada emanada de esta Corporación, "esta relación es de tal importancia que el Constituyente la elevó a la naturaleza de derecho fundamental que rige por encima de la voluntad de sus progenitores, sobre todo en situaciones típicas de crisis de pareja. Vale decir, el ofrecerle al niño un ambiente familiar es hoy no solo manifestación natural de afecto y generosidad de sus progenitores, sino también derecho exigible por el niño, con todas sus consecuencias y en todas aquellas circunstancias en que así lo demanden su protección y bienestar".

Por su parte, la consagración constitucional del derecho de todo niño a tener una familia y a no ser separado de ella implica que su unidad constituye fundamento esencial para la conservación, estabilidad y supervivencia de la institución familiar como el ambiente más apropiado para el desarrollo de la personalidad humana, pero ante todo, para el normal crecimiento y formación del niño como persona.

Dentro del contexto de la Constitución vigente, los padres biológicos o progenitores tienen el deber y la obligación de ofrecer a sus hijos un ambiente de unidad familiar que permita el desarrollo integral y armónico de su personalidad. No en vano puede hablarse de personas violentas, de temperamento agresivo, con instintos de carácter fuerte, como aquellas formadas o que han crecido en medio de un ambiente de desunión, pelea, donde no se da la existencia de un ambiente familiar propicio para el crecimiento del ser humano.

En consecuencia, procrear un hijo implica la obligación por parte de sus progenitores de brindarle un ambiente familiar, de unidad, amor y concordia adecuado para su formación y desarrollo, aún después de la crisis, ruptura o separación de la pareja. En esos momentos de dificultad,

de crisis, es cuando el niño requiere del mayor apoyo y amor de sus padres para evitar traumas en su desarrollo emocional.

Establece el artículo 86 de la Carta Política en concordancia con el Decreto 2591 de 1991, que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Se pretende con ello que el juez de tutela no sustituya las competencias ordinarias en los diversos campos de la administración de justicia, ni invada esferas que le están reservadas, bien a la jurisdicción ordinaria o a la contencioso administrativa. Por eso se habla de una institución o mecanismo de protección de los derechos de carácter subsidiario: es decir, sólo procede a falta de otro medio de defensa judicial cuando no se disponga de procedimiento judicial idóneo -, para el amparo del afectado en un caso particular, mediante una orden perentoria en cuya virtud cesen los actos violatorios, se ejecuten aquellos necesarios para la efectividad del derecho conculcado, o se impida que se continúen los actos que producen una amenaza. Excepcionalmente, cuando a pesar de existir otros medios de protección, se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio de carácter irremediable, es procedente la acción de tutela, pero su aplicación o efectividad serán transitorios o temporales, mientras el juez o autoridad competente adoptan la decisión de carácter definitivo.

En el presente asunto, debe señalarse que tal como lo reconocen la funcionaria de la Defensoría del Pueblo, quien obra en representación de la menor, acude a la acción de tutela como mecanismo transitorio, por cuanto existe otro medio de defensa judicial, como lo es la iniciación de los trámites del proceso de adopción de la menor declarada en estado de abandono, para que le entreguen o confíen la custodia y cuidado de la niña, de manera que pueda gozar de las garantías que le permitan su desarrollo armónico e integral.

El Código del Menor en su artículo 36 señala que corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.), a través del Defensor de Familia del lugar donde se encuentra el menor -que para el presente caso lo ha sido la Defensora de Familia Alamos, Bogotá-, la atribución y facultad de declarar, si lo estima pertinente, las situaciones de abandono o de peligro, según las circunstancias, para brindarle la protección necesaria. Estas decisiones tienen carácter temporal o transitorio, pues la definición del asunto corresponde al juez de familia -artículo 50. del Decreto 2272 de 1989-.

En este sentido, el artículo 56 del Código del Menor, establece:

"El control jurisdiccional de las decisiones que tome el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se sujetará a las normas del Código Contencioso Administrativo.

No obstante, los actos administrativos que resuelvan acerca de la

aplicación de las medidas de protección preceptuadas en el artículo 57 y las demás que definan, en forma permanente o provisional, la situación de un menor, estarán sujetas al control jurisdiccional de los Jueces de Familia, conforme a lo establecido en el artículo 64 de este Código".

Teniendo en cuenta la voluntad de la señora madre (biológica) de Diana Patricia de recuperar o reasumir la patria potestad y en general, el cuidado y protección de su hija, no puede el Estado a través de los Defensores de Familia, privarlo de este legítimo derecho mediante un procedimiento preferente y sumario, sin la adecuada evaluación de los hechos y la circunstancias particulares que amerite dicha decisión.

No obstante ese interés legítimo que le asiste a los padres biológicos, ello no implica que dicho derecho sea absoluto, ni que ello deba cumplirse en todo caso, pues es la misma Constitución Política, la que en consonancia con las normas contenidas en tratados internacionales, concretamente la Convención de los Derechos del Niño, establece, no sólo que el derecho de los niños prevalece sobre los demás, sino por cuanto el artículo 90. de la Convención sobre Derechos del Niño dispone:

"Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño" (negrillas fuera de texto).

Estas disposiciones no pueden ser desconocidas en el asunto que se examina, ya que de lo que se trata es de lograr la prevalencia y la efectividad de los derechos fundamentales de la menor Diana Patricia Gutierrez, afectados por la situación de descuido y abandono de que ha sido objeto desde hace más de cinco (5) años, es decir cuando tenía la edad de cinco (años), además de situaciones que le han afectado psicológica y emocionalmente, y que la han llevado a interponer la presente demanda.

Como se ha dicho, los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, lo que significa que en todo caso, el Estado debe adoptar las medidas pertinentes para hacer efectiva dicha garantía.

Debe concluirse entonces, que para proteger a la institución familiar, la Carta Fundamental de 1991 ha elevado a canon constitucional su unidad como principio esencial. Esta consagración trasciende luego en el derecho prevalente de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, ya que constituye el ambiente natural para su desarrollo armónico y el pleno ejercicio de sus derechos.

Lo anterior, significa por su parte, que el Estado debe hacer realidad el

mandato constitucional de que los niños tengan una familia, para lo cual deberá abstenerse de decretar medidas que agudicen el deterioro de las relaciones entre sus miembros.

En consecuencia, los jueces y demás funcionarios deben ofrecer toda su colaboración para que las familias puedan encontrar soluciones justas y equilibradas, razonables y pacíficas que marginen a los niños de sus conflictos y favorezca su desarrollo integral. (Corte Constitucional, Sentencia: Junio 15 de 1994 (T-278), Magistrado ponente: *Dr. Hernando Herrera Vergara*, Referencia: *Expediente T-31510*)

COMENTARIOS

Se abre paso la construcción y desarrollo del concepto de familia fundamentado en valores humanistas y premisas positivas de naturaleza sociológica. La familia moderna se ha caracterizado, también en sentido material, por la determinación cada vez mas expresa del número de sus integrantes, lo que implica en alguna medida la restricción del concepto al tiempo que sus características contemporáneas se fijan en su falta de cohesión y estabilidad, ideales naturalistas francamente desvirtuados por la realidad.

El examen actual de la institución parece manifestar el derrumbamiento de las diversas elaboraciones doctrinales y aun de las tradicionales comprensiones normativas, todas marcadas por signos paradójicos que mas confusión arrojan al problema; si, como hemos observado, comunmente se identifica la familia como fuente y origen de lo social y con mas decisión como fundamento celular de la coasociación jurídico-política, también, y aquí esta la paradoja, se afirma que la crisis de la familia tradicional es reflejo de la crisis social, ante lo que no cabe concluir mas que la existencia de círculos recurrentes que tan solo pueden manifestar la innegable interacción de estas dos esferas de lo social.

La familia es una institución de naturaleza evolutiva, que se modifica bajo imperativos del propia desarrollo social, de esta forma vemos como los nuevos roles asumidos por la mujer, con su ingreso a la universidad, al mundo profesional y laboral ha generado multiples modificaciones en las relaciones intrafamiliares de formación, educación, recreación y crianza; cambios que han afectado la estructura material y los propios fundamentos de la institución, comprendida en su forma tradicional, hasta llegar a afirmarse que la misma ha desaparecido.

No obstante debe, en forma mas racional, concluirse que se vienen sosteniendo profundos fenómenos de transformación, en muchas ocasiones positivos, en las funciones históricamente asignadas a la institución; los procesos de socialización e internalización empiezan a realizarse teniendo como condicionamiento esencial el ejercicio de la libertad y en general de todos los derechos fundamentales de los miembros del grupo.

La organización monogámica ya no se ve como un registro estructural de la familia, los mitos y tabus sexuales ya fueron derrumbados, las reglas sociales y aun jurídicas que coartaban de manera absoluta el libre y personal desarrollo de la sexualidad se desvanecen; las condiciones de todos los miembros al interior de la familia han cambiado, lo cual se explica por el cambio en el ambiente exterior; por estas razones no es prudente hablar de una crisis de la institución familiar, mucho menos de su desaparecimiento y muerte, sino de cambios sociológicos que imponen paulatinos, pero importantes ajustes en sus formas de ser y de actuar; el calificativo esencial de la familia no será su composición monogámica, la presencia cada vez mas frecuente de la mujer o el hombre cabezas de familia en forma individual y unipersonal, el madresolterismo confirman la anterior conclusión; el elemento nuclear, es decir su entendimiento como agrupación humana con funciones socializadoras, vínculos fuertes de unión y permanencia parecen adquirir cada vez mayor fuerza identificadora.

Así, la comunión de vida estable y positiva tiende a adquirir mayor trascendencia que la simple función procreativa. Los roles de género han sido sustancial y frecuentemente modificados en fenómeno denominado "androginia", en virtud del cual la composición hormonal mixta de todo ser humano puede llevar a la mujer a la actualización de aptitudes tradicionalmente atribuidas al varón, de la misma manera que este pueda asumir adecuadamente, y sin que ello se oponga a su naturaleza, roles y funciones que la cultura uterina, hasta ahora imperante, predica como femeninos: coadyuvar o ejercer plenamente la crianza de la prole, colaborar y aun responsabilizarse total o parcialmente de funciones domesticas atribuidas por costumbre a la mujer, los estereotipos masculino y femenino se han derrumbado por la fuerza de la modernidad. La mujer dedicada a la cocina, a la crianza, que luego de realizar las labores domesticas se dedicaba a la oración y al tejido, ha desaparecido

por completo. Los roles masculino y femenino mantenidos por mucho tiempo ya no satisfacen los ideales de las nuevas generaciones.

“Existen síntomas cotidianos de los roles masculino y femenino por mucho tiempo vigentes, que ya no satisfacen los ideales de la juventud. Los superan con el vestido, peinado y formas de actuar, pensar, vivir. Con la androginia no se busca un intercambio, sino una mezcla de papeles para así conseguir otra humanidad”. (ARDILA, Ruben, cit. en ARIAS LONDOÑO, Melba, Derecho de familia, Ecoe Edit. Bogotá, 1993, p. 29).

Como modelos de grupo familiar no incrustados en el concepto monogámico y procreativo tradicional se citan la cohabitación sin formalización legal, uniones maritales permanentes con derechos reconocidos y protegidos legalmente, tanto entre compañeros como frente a los hijos; el matrimonio abierto que implica vínculo material de convivencia con relación sexual poligámica o bigámica, no tutelado ni reconocido por nuestra actual legislación; el matrimonio homosexual, expresamente prohibido en la ley colombiana, salvo algunos tenues reconocimientos bajo la categoría de compañero o compañera permanente con efectos estrictamente económicos; la comuna como reunión de grupos relativamente amplios de personas, que, como unidad, cumplen todas las funciones asignadas a la familia, salvo la procreativa, la cual se verifica en parejas estables; la soltería y el celibato, en el que no se establece vínculo con compañero o compañera permanente, sino relaciones transitorias aunque con algún grado de estabilidad en el tiempo, aquí se trata de situaciones de convivencia que no poseen dependencia legal, social, sexual o pecuniaria, tampoco incluye el concepto de fidelidad y las funciones de asistencia, socorro y solidaridad se cumplen también de manera transitoria.

“En cualquier forma que la persona escoja para organizar una familia, debe buscar que su camarada no le limite las posibilidades de crecimiento; por lo tanto no deberá centrar si interés solamente en tener hijos o acrecentar el poder económico, sino en la relación misma de los dos, para sobrevivir una vez que la prole tome alguna de las alternativas anteriores” (ARIAS LONDOÑO, Melba, Derecho de Familia, Ecoe edit. Bogotá, 1993, p. 30).

Refiriéndose a la situación actual de la familia en nuestro país ha dicho la Corte Constitucional: “El momento que vive nuestro país y nuestra

sociedad, nos pone de presente una total y absoluta crisis de valores en la juventud, en el núcleo familiar, hoy en una grave situación de violencia, falta de unidad y de amor, que ha generado la proliferación de divorcios y conflictos entre los padres, de confusión en las orientaciones sobre las razones mismas de existir, hasta el punto de desatar un verdadero caos al interior de los hogares.

“Es necesario que los padres y madres de familia, en cuyas manos está todavía el poder de control y de orientación de las próximas generaciones, recuperen el verdadero sentido de la familia y eduquen a sus hijos con fundamento en los valores y principios esenciales del amor, del respeto y de una moral ética. Mas que nunca, es hora de la familia ante el fracaso de un materialismo despersonalizante y de unos poderes tecnificados que atentan sin descanso contra la estabilidad de los hogares.

“Una manera de combatir la desintegración, la desunión y la desesperanza en el ambiente social es volver los ojos hacia la propia familia, reforzarla, enseñarle los alcances de su poder personalizante al igual que su capacidad de inculcar en sus hijos los valores y principios morales fundamentales, necesarios para una sociedad carente de ellos.

“Debe recalcarse el derecho inalienable de los esposos de fundar una familia y decidir sobre el intervalo entre los nacimientos y el número de hijos a procrear, teniendo en plena consideración los deberes para consigo mismos, para con los hijos ya nacidos, la familia y la sociedad, dentro de una justa jerarquía de valores.” (Corte Constitucional, Sentencia T-278, 15-06.1994, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, Expediente T-31510)

Estimamos que respecto de la comprensión concreta de la familia colombiana parece no ser necesaria la utilización de la expresión “crisis”, simplemente se encuentra en un momento de cambio y ajuste, por la necesidad de responder a nuevos parámetros y expectativas, demandados por la propia evolución social, por cambios racionales en los conceptos de autoridad, en las formas de desarrollar los procesos educativos y formativos, en el propio ejercicio del derecho de corrección; imperativos sociológicos como el cambio de los tradicionales roles femeninos, las nuevas y diferentes actitudes de la juventud, las modificaciones en la manera de afrontar la ancianidad o tercera edad o la discapacidad en el núcleo familiar, hacen surtir verdaderos cambios en su estructura

material. En conclusión la mal llamada crisis de la familia es simplemente un proceso de ajuste, que en ocasiones puede asumir naturaleza traumática por el enfrentamiento a nuevas situaciones.

De otra parte el nuevo esquema familiar que se encuentra en proceso de advenimiento podríamos llamarlo realista o autentico, se acerca mas a la cambiante naturaleza del comportamiento humano y a la mutación casi permanente de sus pasiones y afecciones. El modelo idealizado hipócrita e irreal de la familia, fruto del naturalismo radical, imponía una familia sin rupturas ni conflictos “hasta que la muerte los separe; pasa lo que pase”, sin aceptar la posibilidad de la unión marital de hecho autentica fundamentada exclusivamente en la mutua comprensión y aprecio y en la responsabilidad personal y social de la procreación; la comprensión naturalista no acepta el conflicto intrafamiliar del cual las estadísticas fueron muy bajas en la primera mitad de la centuria pasada a cambio de la hipocresía, del sufrimiento y sometimiento silencioso de la mujer, el menor o el anciano, a cambio de la doble moral que permitía en el varón cualquier genero de desviación con tal que la aparente incolumibilidad, unidad y armonía de la “familia” permaneciesen intactas a los ojos de la sociedad y ante el miope y en ocasiones ciego Ordenamiento jurídico. La desintegración de la familia solo evitó por medio de inquisitivas normas morales y sociales y nunca por medio de un manejo humanizante y realista del conflicto connatural a las relaciones humanas.

La comprensión y el manejo jurídico de la familia en los albores del siglo XXI tienen una determinante básica: no es posible el regreso a la familia ancestral y atávica fruto del idealismo moral y religioso, perdida definitivamente de una historia próxima de oscuridad, la mujer definitivamente y sin retorno ha conquistado en lugar en los social, político y económico al cual no está dispuesta a renunciar, la crianza de la prole no puede ser realizada bajo modelos arcaicos en los que la libre autodeterminación y el libre desarrollo de la propia personalidad muy poco valían; el niño, el adolescente y el anciano tienen derechos reconocidos y ejercidos en plenitud de conciencia que se traducen en muy diversas formas de pensar, sentir y actuar; la comprensión realista, evolutiva, histórica de este bien jurídico está determinada entre muchos otros por estos parámetros, de la misma forma la fijación del alcance de protección jurídico-punitiva no puede ser ajeno a esta transformación conceptual y material.

La frecuencia de la separación conyugal, la reducción conciente y responsable del número de hijos, la plena incorporación de la mujer al mundo productivo, el cambio del estereotipo infantil y juvenil, la nueva comprensión de la tercera edad, la aceptación sin ningún tipo de limitación de la unión de hecho, del solterismo paterno y materno en plenitud de responsabilidad, de la mujer y el hombre cabezas únicas de familia, de la comunidad de vida sin afín ni fin procreativo hacen que la comprensión de la familia se extienda a ámbitos hasta ahora insospechados propugnando por una determinación real y material de su comprensión de los deberes y derechos inherentes, de las formas de actuación intrafamiliar y consiguientes reflejos externos o sociales, todo lo cual debe influir necesariamente en el manejo jurídico-positivo del tema.

Pues bien, la gran mayoría de valores, comprendida esta expresión en su sentido neutro de principio histórico de vida, que hemos dejado explicado anteriormente, van siendo abandonados o reemplazados, en este momento de evolución y ajuste material de la institución, sin que en ello se deba observar crisis o tratamientos irremediables y caóticos.

Así, el atávico concepto de la indisolubilidad matrimonial esta siendo modificado por la aceptación universal de la transitoriedad en la unión marital de hecho, generando con ello una nueva comprensión de las relaciones y una composición intrafamiliar, con claro reflejo en el desarrollo positivo de nuevas instituciones jurídicas. El concepto de fidelidad que lo único que propugnaba y defendía era una concepción aberrante y desviada del honor masculino, ya no se fundamenta en el rito, la forma y el deber ciego. La virginidad, valor unidireccional exigido irracionalmente a la mujer, ha desaparecido en la relación de pareja, pues solo desarrollaba un concepto hipócrita y mentecato de la pureza femenina. La comprensión ritual y sacramental del acto de reproducción humana, bajo aberrantes y contradictorios conceptos de bondad, maldad y pecado, ha sido modificado por la planificación familiar conciente y responsable. La figura tradicional de la mujer como esposa sumisa y obediente, pero material y moralmente sometida, también se derrumbó para ingresar y ser aceptada como compañera de vida en un plano absoluto de igualdad. El joven, al que anteriormente se imponían sin derecho a controversia, valores y principios que ni siquiera comprendía; al cual aun antes de nacer se imponía un destino y un futuro, que era sometido a regímenes disciplinarios y educativos que debía aceptar sin permitírsele ninguna forma de reflexión, reclamó en forma irrevocable la

propiedad de su libertad, su participación en la construcción de su ser y su futuro, su derecho inalienable a sentir, pensar y actuar de una manera independiente y, lo mas importante, todo lo anterior, paulatinamente, ha obtenido reconocimiento sin pliegues -aunque no sin resistencias moralistas- en el ordenamiento positivo.

TEMA III. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. CONDUCTAS. VIOLENCIA SEXUAL ENTRE CÓNYUGES. PROTECCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO

"La intimidad familiar está protegida constitucionalmente. El artículo 15 de la Carta establece que "Toda las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar". No obstante, el respeto por la intimidad no comprende las conductas violatorias de los derechos de quienes integran el grupo familiar. Es deber del Estado intervenir en las relaciones familiares, no con el propósito de imponer un modelo determinado de comportamiento, sino para impedir cualquier violación de los derechos fundamentales de las personas.

En otros términos, la protección que el Estado debe brindar a las personas no puede quedar reducida al ámbito de lo público, se extiende también al espacio privado, como lo ordena el artículo 42 de la Carta, según el cual "Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley".

Dicha protección tiene por objeto, además de garantizar los derechos de los miembros más débiles de la población (menores, ancianos, mujeres), erradicar la violencia de la familia; objetivo en el cual está comprometido el interés general, por ser la familia la institución básica y el núcleo fundamental de la sociedad, y un espacio básico para la consolidación de la paz (no habrá paz mientras no haya paz familiar. El ciudadano que proviene de un hogar violento es igualmente violento en su comportamiento social, como lo evidencian las investigaciones sobre la materia". Gaceta del Congreso No. 164, septiembre 29 de 1994. Exposición de motivos del proyecto de ley).

Mediante la Ley 294 de 1996, que desarrolla el artículo 42 de la Constitución, el legislador tuvo como propósito prevenir y erradicar la violencia intrafamiliar, a través de medidas educativas, protectoras y sancionatorias, posibilitando así a las personas recurrir a medios civilizados para la solución de sus conflictos, como la conciliación, el diálogo y las vías judiciales, y evitar en lo posible la respuesta violenta.

La demandante formula acusación contra dos normas de la ley: artículos 22 que tipifica la conducta de violencia intrafamiliar, y 25 que se refiere a la violencia sexual entre cónyuges, por considerar que dichas disposiciones, al

establecer sanciones punitivas leves, no cumplen la función de erradicar la violencia. No obstante, la situación de las dos normas es muy diferente, como pasa a verse:

ARTICULO 22 DE LA LEY 294 DE 1996. El artículo 22 de la Ley 294 de 1996 establece:

"Artículo 22. Violencia intrafamiliar. El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.

Según la demandante, la disposición contempla un tipo penal abierto que puede abarcar desde conductas inocuas hasta violaciones graves a la libertad física, síquica o sexual de las personas y, en consecuencia, cuando los sujetos pasivos del hecho sean familiares del agresor, éste recibirá una sanción menor a la prevista para los mismos hechos contemplados en el Código Penal, lo cual resulta desproporcionado.

Mediante el artículo 22 de la Ley 294 de 1996, el legislador quiso elevar a la categoría de delito algunas conductas que no podían ser adecuadas a las figuras típicas previstas en el Código Penal (la violencia familiar en sus distintas manifestaciones no está tipificada en nuestro Código Penal como delito, siendo un comportamiento que afecta la misma esencia jurídica de la organización familiar". Gaceta del Congreso No. 164, septiembre 29 de 1994, Exposición de motivos del proyecto de ley), con el objeto de brindar una mayor protección a los miembros de la familia, que eventualmente puedan ser víctimas de violencia por parte de otro integrante de su misma familia.

Los elementos constitutivos del tipo de maltrato son distintos a los de las lesiones. El maltrato implica un acto de agresión contra la persona que no altere su integridad física, síquica o sexual. En tanto que las lesiones precisan del daño en la salud. Los bienes jurídicos protegidos con las disposiciones son también diferentes: el artículo 22, que hace parte del Título V de la Ley 294 de 1996, protege "la armonía y la unidad de la familia", y las disposiciones del Código Penal relativas a las lesiones protegen la "integridad personal".

En consecuencia, el tipo penal descrito por la norma acusada no subsume todas las formas de violencia contra las personas. La misma Ley 294 hace la distinción de las dos figuras típicas en mención, cuando en su artículo 23 prevé un aumento de las sanciones establecidas en el Código Penal para los delitos de lesiones personales, si el hecho "cause daño a la salud en el cuerpo o en la salud psicológica a un integrante de su grupo familiar". Por último se destaca que el tipo penal no es abierto como lo afirma la demandante. Las expresiones contenidas en la norma deben ser entendidas en su sentido natural, y será el juez al resolver sobre la responsabilidad del acusado, el que defina si la conducta es inocua, constitutiva de maltrato o de lesiones personales, para lo cual se ha de valer de todos los medios de

prueba aceptados legalmente, y en particular del concepto del médico legista.

En síntesis, el artículo 22 de la Ley 294 de 1996 constituye un tipo penal autónomo, que no vulnera la Constitución.

ARTICULO 25 DE LA LEY 294 DE 1996. Según la demandante, la levedad de la sanción prevista en el artículo 25 de la Ley 294 de 1996, en relación con la consagrada en el Código Penal para los delitos de acceso y acto carnal violentos, vulnera el principio de proporcionalidad de la pena, si se tiene en cuenta que tales conductas, por ejecutarse en contra de las personas a quienes se debe mayor consideración, ameritan una sanción más drástica.

Dado que la acusación se fundamenta en la violación del derecho a la igualdad, la Corte procederá en primer término a verificar la existencia del trato desigual, para decidir, posteriormente, en caso de ser así, si tal diferencia se ajusta a no a la Constitución.

1.Verificación de la existencia de un trato desigual en relación con los delitos de acceso y acto carnal violentos. Los hechos punibles de acceso y acto carnal violentos estaban contenidos en el Título XI del Código Penal, bajo la denominación de "delitos contra la libertad y el pudor sexual". Dicho título fue modificado por la Ley 360 de 1997, que denominó a tales hechos "delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana", y aumentó la sanción para las conductas referidas, en los siguientes términos:

"Artículo 2. El artículo 298 del Código Penal quedará así:

"Artículo 298. Acceso carnal violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, estará sujeto a la pena de ocho (8) a veinte (20) años de prisión".

"El que realice acceso carnal con persona menor de doce (12) años, mediante violencia, estará sujeto a la pena de veinte (20) a cuarenta (40) años".

"Artículo 3. El artículo 299 del Código Penal quedará así:

"Artículo 299. Acto sexual violento. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años".

La Ley 294 de 1996 consagró, como parte del Título V -"De los delitos contra la armonía y la unidad de la familia"-, el artículo 25, que tipifica el delito de "Violencia sexual entre cónyuges", el cual constituye un tipo de sujeto activo especial, en el que se dio un mismo tratamiento punitivo a las conductas de acceso y acto carnal violentos, y se asignó una sanción considerablemente menor a la prevista en el Código Penal, para tales conductas:

"Artículo 25. Violencia sexual entre cónyuges. El que mediante violencia

realice acceso carnal o acto sexual con su cónyuge, o con quien cohabite o haya cohabitado, o con la persona que haya procreado un hijo, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años.

Al comparar las disposiciones transcritas se concluye que, en efecto, la norma acusada prevé una sanción considerablemente menor para los delitos de acceso y acto carnal violentos, cuando el acto se ejecuta contra el cónyuge, o la persona con quien se cohabita o se haya cohabitado, o con quien se haya procreado un hijo, en relación con las sanciones que prevé el Código Penal para este mismo tipo de conductas, cuando el sujeto pasivo es indeterminado, pues en el primer caso la sanción es de 6 meses a dos años de prisión, en tanto que el segundo asigna una sanción privativa de la libertad de 8 a 20 años para el acceso carnal violento, cuando el sujeto pasivo del acto es mayor de 12 años, y de 20 a 40 años, cuando éste es menor de dicha edad, y 4 a 8 años para el acto sexual diverso del acceso carnal violento.

2. La libertad sexual y la existencia del vínculo entre las partes. En relación con el bien jurídico protegido en los "delitos sexuales" la legislación ha tenido significativas variaciones: inicialmente, la protección se refirió a la honestidad, lo cual llevó a considerar que quienes tenían una conducta social que no se ajustaba a los cánones socialmente mayoritarios, no eran objeto de dicha protección. En última instancia lo que se perseguía con las prohibiciones era imponer una determinada moral sexual; más recientemente, se viene considerando que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, criterio que parte del reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad, en virtud del cual no resulta legítimo imponer una concepción específica de la moral, siendo deber del Estado sancionar las conductas que imposibiliten el libre ejercicio de la sexualidad, entendida ésta de manera positiva, como el ejercicio de las potencialidades sexuales, y, en sentido negativo, como la prohibición para involucrar en un trato sexual a otro, sin su consentimiento. Algunos autores han propuesto denominar el bien jurídico protegido como indemnidad sexual, por considerar que en relación con algunas personas, como los menores □ y los incapaces, no puede hablarse de una válida facultad para disponer de su sexualidad.

A la luz de la Constitución de 1991, el interés jurídicamente protegido con las normas no puede ser la honestidad ni la moral, pues cada quien tiene derecho a conducir su vida sexual según sus propias decisiones. La legislación vigente (Ley 360 de 1997), en armonía con esta consideración, consagra como bienes jurídicos protegidos la libertad sexual y la dignidad humana.

Respecto a la tipificación de las conductas de violencia sexual, cuando entre los sujetos que intervienen en el hecho existe un vínculo matrimonial, las consideraciones también han variado con el tiempo. Estas han sido las principales posturas: 1) la conducta del agresor es inmoral, pero no ilícita,

pues dado que el matrimonio tiene por objeto la procreación, y siendo la cópula el medio necesario para lograrla, mal puede responder el cónyuge por un acto que es conforme a derecho; 2) el hecho es típico, pero está justificado por el derecho que le asiste al cónyuge sobre el otro; 3) se distinguen casos especiales en los cuales la pareja puede negarse al trato sexual y, en consecuencia, la conducta del agresor resulta criminal, como en los eventos en que media divorcio, separación de cuerpos, o cuando la negativa obedece a motivos de higiene, o a la pretensión del otro de realizar actos contra natura. Las distinciones anteriores se han hecho a partir de un mal entendimiento del débito conyugal, y no comprenden, por ende, las relaciones maritales. 4) Por último, se acepta que la conducta es punible, por la ausencia de facultad que le asiste al cónyuge para ejercer el empleo de la fuerza sobre el otro. La negativa del cónyuge a sostener relaciones sexuales da derecho al divorcio, pero no a la violación.

De conformidad con los principios constitucionales que nos rigen, sólo la última de las posturas descritas es aceptable. La libertad sexual del cónyuge no puede considerarse disminuida por el hecho del matrimonio, pues de lo contrario se estaría en presencia de una forma de servidumbre, proscrita por la Constitución (art. 17). Con el matrimonio se adquieren deberes civiles, pero no se enajena la persona. Por tanto, la conducta del agresor es tan injusta cuando la violencia sexual se ejerce sobre su cónyuge como cuando la víctima es un particular.

La violación, cualquiera sean los sujetos que intervienen en el hecho, supone privar a la víctima de una de las dimensiones más significativas de su personalidad, que involucran su amor propio y el sentido de sí mismo, y que lo degradan al ser considerado por el otro como un mero objeto físico. La sanción de las conductas de violación parte del reconocimiento del derecho a disponer del propio cuerpo, y constituyen un mecanismo tendente a garantizar la efectividad del mismo.

Es de destacar, además, que en relación con los delitos de violencia sexual, las regulaciones legales y los análisis dogmáticos han estado referidos fundamentalmente a la mujer como sujeto pasivo del hecho. Ello obedece, de una parte, a las referencias de la casuística penal y, de otra, al reconocimiento de que las únicas relaciones protegibles por el derecho son las heterosexuales. Hoy, debe aceptarse que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos pasivos de violencia sexual proveniente de la persona (hombre o mujer), con quien aquellos han optado por compartir su sexualidad; y, en consecuencia, la protección debe brindarse en todos los casos.

En resumen, el bien jurídico protegido con la sanción de los delitos de acceso y acto carnal violentos es la libertad sexual y la dignidad de las personas; tales bienes jurídicos no pueden entenderse disminuidos □por la existencia de un vínculo matrimonial, de hecho o por el simple conocimiento sexual anterior.

3. La diminuyente punitiva y prevista en el artículo 25 de la Ley 294 de 1996 y el principio de proporcionalidad. Verificada la existencia de un tratamiento punitivo diferente para los delitos de acceso y acto carnal violentos cuando la víctima es el cónyuge, o la persona con quien se cohabita o se ha cohabitado, o con quien se ha procreado un hijo, el paso siguiente será determinar si dicho tratamiento desconoce o no el principio de proporcionalidad deducible del artículo 13 de la Carta.

Si bien el derecho penal constituye el mecanismo de control más gravoso para la libertad de las personas, es también la forma de tutela más eficaz de los bienes y derechos fundamentales de los individuos. Por ello cuando el legislador, por razones de política criminal, opta por recurrir a ese medio de control, para garantizar un bien jurídico determinado, todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, tienen el derecho a recibir igual protección (esta consideración fundamentó la declaración de inexecutable del inciso segundo del artículo 263 del Código Penal, que decía: "Cuando se trate de un parentesco natural de consanguinidad, la acción penal se limitará a padres e hijos". Sentencia C-125 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía). En otros términos, aunque es cierto que al legislador le corresponde ponderar la necesidad de utilización del derecho penal para resolver los conflictos que se presenten entre las personas, cuando hace uso de ese mecanismo para proteger un bien en particular, no está autorizado para hacer distinciones que no estén fundadas en razones legítimas.

Ahora bien: aunque la determinación en abstracto de la medida de la pena no puede ser evaluada con fundamento en razones cuantitativas exactas, lo cierto es que en un Estado de Derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad.

Según el primer criterio, la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada. El grado de culpabilidad, por su parte, involucra consideraciones acerca de la intencionalidad del hecho, esto es, de la conciencia y voluntad presentes en su realización, en virtud de los cuales se considera que la persona habría podido actuar de otra manera.

En consecuencia, asignar a unos mismos hechos sanciones diferentes implica que el legislador considera que las conductas o no son igualmente lesivas o no merecen el mismo reproche. La benignidad del trato comporta una consideración sobre la menor lesividad del hecho, menor trascendencia del bien jurídico protegido o menor reprochabilidad del acto.

En el caso concreto de los delitos de violencia sexual cuando la víctima y el

agresor están o estuvieron unidos por vínculos matrimoniales, maritales, o por la procreación, la consagración de un tipo privilegiado revela una consideración de que la libertad sexual y la dignidad de la persona es menos protegible, o que el hecho es menos lesivo, o que la conducta del agresor está atenuada en razón de la existencia del vínculo.

La primera consideración, esto es, que la libertad sexual es menor, no es de recibo pues, como se dijo antes, la existencia de un vínculo legal o voluntario no comporta la enajenación de la persona, máxime cuando dicho vínculo ya no existe. La libertad sexual no admite gradaciones, pues ello implicaría considerar a algunas personas menos libres que otras y por tanto desconocer los principios constitucionales de la dignidad humana y la igualdad de todas las personas. Por tanto, la distinción hecha por el legislador en este punto resulta ilegítima.

La lesividad del hecho es mayor cuando la víctima está unida al agresor por vínculo matrimonial o marital. Es de considerar que la violencia sexual es uno de los hechos más graves contra la persona, en cuanto afecta su dignidad, su libertad y, además, puede generar secuelas negativas permanentes; pero lo más grave es que ese daño puede afectar no sólo a la persona misma que sufre la afrenta, sino también incidir en la ruptura de la unidad familiar o al menos producir graves disfunciones en la misma, lo que afectará a los demás miembros que la integran, y particularmente a los menores.

Tampoco puede considerarse menos reprochable el acto, pues los vínculos de familia, antes que ser considerados como razones que disminuyan la punibilidad del hecho, lo agravan, dado que el deber de solidaridad que liga a los miembros de una familia, implica una obligación mayor de respeto a los derechos de sus integrantes.

En conclusión, la consagración de un tipo penal privilegiado para los delitos de acceso y acto carnal violento, cuando se ejecutan contra el cónyuge, o la persona con quien se cohabite o haya cohabitado o con quien se haya procreado un hijo es desproporcionada, y en consecuencia, vulnera el derecho a la igualdad". (Corte Constitucional, Sentencia: Junio 5 de 1997 (C-285), Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz, Referencia: Expediente D-1499, Decisión: Exequibilidad del artículo 22 e inexequibilidad del artículo 25 de la ley 294 de 1996.)

COMENTARIOS

El fundamento general de la incriminación de la violencia intrafamiliar se ubica en la ruptura del concepto tradicional de privacidad e intimidad, que por mucho tiempo rodeó la vida intradoméstica; los rompimientos de la armonía familiar que llegaron al extremo del ejercicio de la violencia, no podían seguir siendo ocultados, pues es innegable su trascendencia

social. A este punto se anota que la estratificación socio-económica y la ubicación ambiental, pueden ser factores que incidan en la frecuencia, intensidad y forma del maltrato, con lo que casi unánimemente las investigaciones sociológicas sobre el tema, coinciden en considerar que esta forma de violencia no es exclusiva de un determinado grupo o sector socio-económico, sino que se presenta en toda la estructura social, asumiendo tan solo características accidentales propias de cada estrato.

Las hipótesis de comisión pueden ser absolutamente variadas; se trata de comportamientos irracionales, según la comprensión de nuestra normativa de carácter físico, síquico o sexual, son pues actos de violencia con resultado de daño o sufrimiento físico o psicológico; como modalidades se citan: la amenaza, las humillaciones, la exigencia de obediencia o sometimiento, las culpabilizaciones o descalificaciones públicas o privadas, el aislamiento, la retención del dinero, el control de la libertad, la bofetada, el golpe, la paliza, heridas, fracturas, la relación sexual contra propia voluntad y el acoso sexual, estas dos últimas no incluidas en nuestra preceptiva. El fundamento incriminatorio también se deriva de la mutua responsabilidad -derechos y deberes- que pesa sobre todos y cada uno de los miembros del núcleo

Hemos observado como el conocimiento de la comisión del delito de violencia intrafamiliar se ve neutralizado por multitud de factores; entre ellos la esfera privada e íntima en la que ella tiene ocurrencia, aspecto que posee protección jurídica de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el artículo 42 inciso 3º de la Carta: “La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”; de igual manera las relaciones de confianza, subordinación, autoridad y afecto que unen al agente con su víctima; también hemos afirmado que el conocimiento de los hechos de violencia intrafamiliar por parte de la autoridad solo puede verificarse una vez develada públicamente esa esfera de privacidad, en ocasiones infranqueable, todo lo anterior aunado a atávicos criterios de respeto y temor que llevan a que la víctima, en la mayoría de los casos mujer o menor, a ocultar su situación o disimularla, todo con la finalidad de que no adquiera trascendencia pública y mucho menos judicial; lo anterior hace que los índices de conocimiento e investigación de este género delictual sean tradicionalmente bajos y con ello, mucha mayor su impunidad.

Adicionalmente la denuncia de la violencia intrafamiliar se podría ver interceptada por dos instituciones jurídicas de naturaleza adjetiva: la

obligación de denuncia que pesa sobre los coasociados y las excepciones al deber de denunciar que dada su trascendencia en el tema vemos oportuno precisar en este momento.

En nuestro Ordenamiento la obligación de denuncia pesa tanto sobre el particular como sobre el servidor público; de acuerdo con el artículo 27 del nuevo Estatuto procesal “toda persona debe denunciar a la autoridad las conductas punibles de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio”; norma que adicionalmente impone a los servidores públicos, que han conocido por cualquier medio la comisión de una conducta punible, el deber de iniciar sin tardanza la investigación si fuere competente para ello, o en caso contrario, ponerla de inmediato en el conocimiento de la autoridad competente.

En relación con la normatividad procesal proveniente de 1991, observamos un cambio en esta preceptiva de indudable trascendencia en relación con la violencia intrafamiliar; el artículo 25 C.P.P. de 1991 impone el deber de denunciar a todo habitante del territorio colombiano mayor de dieciocho años, mientras la nueva norma no presenta esta restricción objetiva en orden a la edad del obligado.

El deber general tiene como excepción el contenido del artículo 28 C.P.P. de 2000 el cual preceptúa que no están obligados a denunciar el cónyuge, compañero o compañera permanente, los parientes dentro de cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, al tiempo que también exonera de este deber a quienes hayan conocido la realización de una conducta punible, en desarrollo o por causa del ejercicio de actividades que les impongan legalmente el secreto profesional.

Pues bien, en relación con los delitos atentatorios contra la familia y muy especialmente en lo atinente a la violencia intrafamiliar, observamos que el instituto del deber de denuncia y su exoneración, deben presentar un tratamiento especial, en atención a que precisamente los sujetos exceptuados son los únicos que pueden llegar a tener el conocimiento de la realización de estos géneros delictuales en forma inmediata, por ser sus víctimas o testigos de excepción; connotaciones que al parecer no ha tenido en cuenta nuestro legislador al redactar tanto la norma adjetiva como la sustancial, pues es claro que frente a los delitos contra la familia el deber de denuncia debe pesar con mayor rigor en relación a los

miembros del núcleo familiar de la víctima y a las personas que tienen conocimiento de ellos por su desempeño profesional o por la realización de ciertas actividades de orden religioso -médicos, sicólogos, sacerdotes, etc.- pues todos ellos poseen una excepcional posición cognoscitiva frente a las lesiones del bien jurídico protegido.

Pero la situación de impunidad de estos géneros delictuales se ve afectada aun en mayor medida cuando el artículo 35 del nuevo Estatuto procesal, exige para el inicio de la acción penal la querrela de parte en relación con los delitos de violencia intrafamiliar, inasistencia alimentaria y malversación y dilapidación de bienes familiares, con la única excepción para los casos en los cuales el “sujeto pasivo” sea un menor de edad, caso en el cual la investigación debe iniciarse de oficio.

Las anteriores situaciones normativas nos llevan a concluir en primer término que nuestro Ordenamiento sigue atado a tradicionales comprensiones de la célula familiar, en las que predomina el autoritarismo, el prejuicio moral y religioso y el respeto a ultranza del vínculo o nexo familiar; en segundo lugar, se trata de un reflejo de la errada comprensión del bien jurídico de la familia en cuanto privado y disponible, que en la práctica niega a la institución su naturaleza de célula primaria de la conformación social; con tal composición axiológica no es de extrañar el errado uso de la expresión “sujeto pasivo”, que realiza el artículo 35 del nuevo Código adjetivo, comprendiendo como titular del derecho protegido al menor, cuando este es únicamente la víctima y perjudicado, cuando estrictamente el titular del derecho protegido es el Estado como representante y defensor de uno de los más trascendentales intereses colectivos.

Así, observamos que en la actual comprensión de nuestra normativa, ni los particulares, ni los servidores públicos, están obligados a informar a la autoridad la comisión del delito de violencia intrafamiliar del cual tengan conocimiento, pues este reato no se encuentra dentro de aquellos que deban investigarse de oficio, al exigir como condición de procesabilidad el requisito de la querrela, salvo, reiteramos, cuando la víctima sea un menor de edad, en excepción que ni siquiera alcanza a comprender a otros sujetos igual o mayormente débiles y en estados de inferioridad e indefensión, como los discapacitados, los ancianos o los enfermos; aun, cuando la víctima sea un menor y la acción de maltrato alcance a configurar por su evento un delito investigable oficiosamente,

como por ejemplo la lesión personal -cuyo resultado sea diferente a la incapacidad laboral sin secuelas inferior a sesenta días, pues este también exige la querrela según el prenombrado artículo 35-, o el acceso carnal violento, el homicidio o el secuestro, frente a los miembros del grupo familiar y a las personas obligadas a la guarda del secreto profesional, continúa pesando la exoneración al deber de denuncia, con lo que su omisión es justificada por el propio Ordenamiento, éste la convierte en jurídica y lícita, a tal punto de que tal comportamiento no podrá ser incriminado por vía de los delitos de omisión de denuncia de particular (art. 441 C.P. de 2000) o abuso de autoridad por omisión de denuncia (art. 417 Idem.), al estar el agente protegido por alguna de las referidas excepciones.

Ahora bien, el tema del secreto profesional amerita algunas precisiones en el orden doctrinal, pues como institución que en el presente tema adquiere características de protección de valores jurídicos, su derivación o integración fáctica, debe realizarse en directa relación y consonancia con los mismos. En primer término, la persona obligada a guardar el secreto profesional desempeña una función social, en la cual quien utiliza o acude a sus servicios o ayuda deposita en él toda su confianza, de esta forma el profesional debe ser receptor de un secreto, cuya revelación puede perjudicar a quien se lo ha manifestado, solo en esta dimensión el sigilo adquiere connotación normativa obligatoria, solo en dicha medida la revelación pasa a ser objeto de secreto profesional.

De acuerdo con lo anterior consideramos que el médico o cualquier otro profesional de la salud, por ejemplo, están obligados a denunciar el punible respecto del cual han prestado su asistencia profesional, pues a él no llegaran por revelación de la víctima, ni mucho menos de su denuncia puede derivarse perjuicio para ella; caso por ejemplo de las lesiones personales, así, la forma de conocimiento, su objeto o materia y el perjuicio en relación directa con la revelación, marcan el ámbito del secreto profesional, valga la precisión no del secreto religioso, ritual, místico, afectivo, etc.

La valoración que el profesional haga de su propio rol y de las dimensiones sociales de su ejercicio, deben conducir su comportamiento, con claras repercusiones de naturaleza jurídica; así consideramos que el médico, sicólogo, terapeuta, etc., que denuncia el maltrato perpetrado contra un menor del que ha sido objeto por parte de un integrante de su

núcleo familiar, no puede ser acusado de haber violado el secreto profesional, pues si lo hizo fue en cumplimiento de un deber tanto legal como social; la defensa de la persona de la víctima frente a una agresión antijurídica, debe primar sobre el simple sigilo de la profesión, aun frente a revelaciones personales, íntimas o secretas, y también con presidencia de la voluntad del sujeto que ha realizado la manifestación.

El Ordenamiento y su análisis sistemático no puede omitir la graduación y examen de los valores que en apariencia se encuentran en conflicto: vida, salud o integridad de la víctima y el secreto que debe ser guardado, dicotomía ante al cual salta a la vista la prelación de la tutela personal; adicionalmente la justificación de la revelación del secreto entraña un verdadero estado de necesidad, que debe legitimar y convertir en jurídico al acto de denuncia, mucho mas si examinamos instituciones de simple validez moral y religiosa, es decir de total naturaleza subjetiva, como el “secreto de confesionario”, reductos mas que medievales que no pueden obtener reconocimiento jurídico, y frente a las cuales es necesario extremar el rigor dogmático del derecho punitivo, para realizar adecuaciones directas e inmediatas a institutos como la complicidad y el favorecimiento. Entendida la violencia intrafamiliar dentro de sus niveles de incriminación, como una ostensible vulneración de los mas elementales componentes de la dignidad humana, con las mas hondas consecuencias de orden social y colectivo, su realización no puede esconderse tras parapetos como la “reserva sacramental”, el sigilo profesional, el respeto a la mal concebida autoridad e intimidación familiar, sin que se desvirtúen de manera grave el sentido de los procesos y contenidos legislativos que con gran esfuerzo se han realizado en estos campos.

Similares planteamientos y labores hermeneúticas se han de propugnar en relación con la exoneración al deber de denuncia que protege a las personas en vinculo o lazo familiar con el agente del delito de violencia intrafamiliar; el análisis valorativo de los bienes jurídicos enfrentados debe primar; así, la exoneración tiene como fundamento la garantía, estímulo y protección de los sentimientos de unidad, solidaridad, socorro y ayuda, como fundamentos y fines de la organización familiar; pero frente a actos lesivos contra alguno de los integrantes del núcleo, en especial menores, ancianos y enfermos, en el plano axiológico, dichas funciones ya no existen, razón por la cual los parientes cercanos, pueden superar la protección y proceder al acto de denuncia; recomendándose de nuestra parte el paso legislativo de conservar para ellos, en este tema, el

deber general de denuncia, proporcionando con ello prevalencia al sentido social de la protección sobre valores, cada vez menos justificados como la intimidad, privacidad y solidaridad familiares.

TEMA IV. DERECHOS DE LA FAMILIA Y DE LOS NIÑOS

"La regla general consagrada en el artículo 86 de la Constitución consiste en la procedencia de la tutela como medio judicial de defensa ante agresiones o amenazas a los derechos fundamentales por parte de autoridades públicas.

En principio, pues, no cabe contra particulares, salvo lo dispuesto en el inciso final de la misma disposición constitucional a cuyo tenor "la ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

De lo establecido por el Constituyente en los transcritos términos resulta que son tres las razones que fundamentan la procedencia de la acción contra particulares:

- a) Que esos particulares estén encargados de la prestación de un servicio público, lo cual es perfectamente posible a la luz de varios preceptos constitucionales, en especial el artículo 365, que en todo caso supedita la actividad de esas personas privadas a la regulación, control y vigilancia por parte del Estado;
- b) Que la conducta del particular de que se trata afecte grave y directamente el interés colectivo;
- c) Que el solicitante de la tutela se encuentre frente al particular en estado de subordinación o indefensión.

Dada cualquiera de estas circunstancias, habrá que entrar a definir si el caso específico encaja dentro de las previsiones contenidas en la ley en desarrollo de la autorización constitucional.

Por cuanto atañe al proceso *sub-examine*, importa la referencia al tercero de los señalados motivos, que se justifica en cuanto la persona carece de toda posibilidad de valerse por sí misma ante la agresión de que es objeto, de donde surge la plena competencia del Estado para intervenir. Este, en guarda de la efectividad de los principios, derechos y deberes plasmados en la Constitución (artículo 20) y con el objeto de realizar el valor de la justicia (Preámbulo), asume por conducto de sus jueces la defensa del afectado.

Es claro que el trabajador respecto de su patrono, particularmente en una situación como la que ahora es objeto de examen, se encuentra en innegable estado de subordinación.

Ahora bien, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 ha desarrollado el mandato constitucional enunciando los casos en que cabe la tutela contra acciones u omisiones de particulares. De esa enunciación se hace necesario destacar el numeral 9o que cobija el caso sometido a estudio, avalando la procedencia de la acción: "Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción, se presume la indefensión del menor que solicite la tutela".

El caso de revisión

De la consideración y análisis efectuados en relación con los hechos y antecedentes en referencia, de los cuales obran numerosas pruebas dentro del expediente conocido por la Corte Constitucional, resulta a las claras que ...ha sido víctima, junto con sus hijos menores, de una injustificada intransigencia patronal que al momento de presentarse la demanda de tutela afectaba de manera grave y directa varios derechos fundamentales cuya protección fue en buena hora decretada por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá.

La peticionaria había sido injustamente despedida de su empleo en abierta transgresión a las disposiciones laborales y a la Convención Colectiva de Trabajo tal como lo estableció en su momento el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá (sentencia del diecisiete (17) de octubre de mil novecientos noventa). Expresamente señaló el aludido fallo que el despido de la trabajadora no produjo ningún efecto, por lo cual se ordenó su reintegro al cargo que ocupaba al momento de producirse aquel.

No obstante, burlando el mandato judicial aunque ofreciendo la apariencia de su acatamiento, la Empresa reintegró a la empleada pero estableció que el lugar donde debía desempeñar en adelante sus labores sería un municipio lejano de la Capital de la República. Ello significó que la peticionaria se viera forzada a permanecer aislada de su familia, residente en Santa Fe de Bogotá, durante varios días a la semana, con el consiguiente perjuicio para el cuidado de sus hijos menores y, además, le ocasionó una real disminución de su salario en cuanto quedó a cargo suyo el pago de un canon de arrendamiento por la habitación que debía ocupar en la nueva sede laboral, sin contar los gastos inherentes a transporte y alimentación.

Las consecuencias inmediatas del desafortunado accidente sufrido por una de las niñas cuando intentaba manipular una estufa de gasolina no pudieron ser atendidas por la madre con la urgencia que el caso requería, ya que, como se narra en la demanda, "la menor se escondió por miedo y solo apareció cuando la madre regresó de Melgar". Tampoco le ha sido posible brindar el necesario cuidado a la otra niña, de ocho (8) años, quien presenta, según dictamen médico, un estado de salud delicado que se manifiesta en soplo cardíaco, opresión torácica, cefalea ocasional, disnea de grandes esfuerzos y otros síntomas.

Obra en el expediente prueba suficiente en el sentido de que, si bien el padre de los niños vive en la misma casa y percibe por cuenta algunos ingresos, son bien precarios sus aportes para el sostenimiento, crianza y educación de los menores y que en la práctica, dado su carácter y el maltrato de que los hace objeto, la madre es quien ha asumido la responsabilidad de brindarles el apoyo espiritual y material que requieren.

Ninguno de los hechos en mención es desconocido por el patrono y desde hace tiempo ...viene suplicando en distintas instancias dentro de la estructura empresarial que se le conceda un traslado a Santa Fe de Bogotá con el solo fin de prodigar a sus hijos la atención a que tienen derecho. Desde el momento del reintegro la Empresa resolvió que se radicara en la región del Sumapaz alegando inexistencia de vacantes en otra ciudad y se negó rotundamente a trasladarla pese a que la empleada hizo varias peticiones verbales y escritas, directamente y por conducto del Sindicato, adjuntando certificados médicos sobre el estado de salud de su hija menor. Se le prometió trasladarla a las minas, al sur de Santa Fe de Bogotá y luego a Contador en la misma ciudad, pero -dice la peticionaria"...así me han tenido engañada hace más de un año".

El accidente sufrido por la niña ... tampoco fue capaz de conmover a las directivas de la Empresa. Expone la peticionaria en declaración juramentada que por toda respuesta a la reiteración de su solicitud después de acontecido el hecho, se le dijo que no se podía hacer traslado por ahora. "... hasta el año entrante que salía una señora pensionada".

No cabe duda a la Corte sobre la injusticia de la actitud observada por la Empresa ni tampoco en torno al flagrante incumplimiento de la sentencia judicial que ordenó el reintegro de la interesada "al cargo que venía desempeñando" sobre la base de que el despido, frente a las disposiciones de la Convención Colectiva, "no surtió ningún efecto".

A juicio de la Corte, la compañía demandada no puede excusarse para persistir en su posición de inobservancia del fallo, en la circunstancia -cuya solución esta en sus manos de que no hay vacantes en Santa Fe de Bogotá. Tampoco que la peticionaria no haya hecho uso de acciones posteriores para obtener el cumplimiento íntegro de la determinación judicial, pues para la parte vencida en un proceso el fallo es vinculante por sí mismo sin necesidad de requerimiento alguno.

La empresa, en criterio de esta Corporación, está obligada por el tenor del contrato de trabajo -que no sufrió solución de continuidad ni se extinguió en razón del despido ya que el juez competente dictaminó que éste carecía de todo efecto-, en cuya cláusula octava se dice: "El trabajador acepta desde ahora los traslados del lugar de trabajo y cambios de oficio que decida el patrono siempre y cuando que tales traslados o cambios no desmejoren sus condiciones laborales o de remuneración o impliquen perjuicios para el trabajador". Está probado que la remuneración de la peticionaria sufre

notorio deterioro por el pago de arrendamientos en la sede del trabajo y los perjuicios para la trabajadora y para su familia son ostensibles.

Más allá de las consideraciones que anteceden, lo que reviste mayor trascendencia, ubicada esta Corte en la perspectiva de los derechos fundamentales, es el palmario desconocimiento de los principios y preceptos constitucionales por parte de la entidad demandada. En efecto, por mantener su terca negativa al cumplimiento cabal de una sentencia que la obliga, partiendo del supuesto equivocado de que el traslado en este caso es una dádiva suya y no un verdadero derecho de la peticionaria, la Empresa ha impedido que se brinde la debida atención a la salud de los hijos menores de su empleada; los ha privado de la protección y los cuidados que les corresponden habida cuenta de sus circunstancias particulares; ha contribuido a la desintegración del hogar y ha puesto en peligro la estabilidad laboral de la madre.

La Corte Constitucional estima necesario insistir en que uno de los fundamentos estructurales de la Carta Política en vigor es el reconocimiento expreso y reiterado de la dignidad de la persona y de la familia como bases insustituibles de la convivencia social (artículos 1, 2, 5, 42, 43 y 44 de la Constitución, entre otros), objetivos prioritarios del Derecho Positivo que nos rige y mandatos de ineludible observancia para las autoridades públicas y para los particulares. Estos últimos no son ajenos al imperio de la normativa superior y están obligados a la realización de los postulados y al cumplimiento de las normas que integran la Constitución bajo las responsabilidades y sanciones que el ordenamiento jurídico contempla (artículo 60 ibídem).

A la luz del artículo 50 de la Carta, el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad, al paso que el 42 la señala como núcleo esencial de la misma, bien que se constituya por vínculos jurídicos o naturales, como en el caso que nos ocupa.

Consecuencia de esas declaraciones es la protección integral que el Estado y la sociedad, por mandato de la misma norma, están obligados a prestar a la célula familiar.

Es la familia institución primaria que demanda, mucho más allá de las teóricas y vacías palabras de los oradores, el decidido, cierto y efectivo respaldo de quienes tienen a su cargo la conducción del aparato estatal y las entidades privadas, no a título de mera filantropía sino como concreta expresión de las finalidades constitucionales señaladas de modo perentorio a los primeros (artículo 20 C.N.) y de la función social que deben cumplir los segundos para aspirar legítimamente a que se les reconozcan sus derechos (Preámbulo y artículos 1, 2, 5, 25, 42, 58 y 333 de la Carta Política, para citar tan solo algunos).

En cuanto a los niños se refiere, ha querido el Constituyente plasmar de

modo expreso y en calidad de fundamentales, los siguientes derechos: "la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella el cuidado y amor, la educación y la cultura la recreación y libre expresión de su opinión" (artículo 44 de la Constitución).

La misma norma dispone que los niños "serán protegidos contra toda forma de abandono y, añade que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger el niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos". Y, como si fuera poco lo dicho, el Constituyente legitima en causa a cualquier persona para exigir de la autoridad competente el cumplimiento de estos mandatos y sanción de quienes los infrinjan declarando que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".

En el caso *sub-examine* varios de los enunciados derechos, en cuanto toca con los hijos menores de ..., están directamente comprometidos por la actitud de la Empresa para la cual labora su madre y, en consecuencia, deben ser judicialmente protegidos con la presteza que la situación amerita sin que se haga necesario como lo exige la sentencia de primera instancia, que se acrediten pruebas sobre "acción u omisión directa" por parte de la compañía demandada en detrimento de la vida o la salud de los nombrados niños.

No cree la Corte, al contrario de lo expresado en dicho proveído, que exista una total independencia entre las amenazas reales que gravitan sobre los derechos de los menores y la reiterada negativa de la Empresa al traslado de la madre Santa Fe de Bogotá, pues si bien es cierto que tal actitud no puede señalarse como causa eficiente de la enfermedad cardíaco que padece una de las niñas ni del accidente sufrido por la otra -es claro que la demanda no hace semejante imputación ni ella resulta tampoco del fallo de segunda instancia ni de la presente providencial o cierto es que la intransigencia de la sociedad demandada tiene un efecto práctico inocultable que consiste en la física imposibilidad de que la madre dispense a dichas menores los cuidados, la protección y el apoyo que, según la norma constitucional (artículo 44), hacen parte de sus derechos fundamentales, máxime cuando el alejamiento forzado de la señora ... no fue el resultado de su libre decisión al celebrar el contrato de trabajo sino el efecto inmediato de una reacción de la empresa ante el fallo judicial que ordenó su reintegro. Precisamente en eso consiste la tutela en este caso: en la orden de obligatorio e inmediato cumplimiento, impartida por el Tribunal de Santa Fe de Bogotá mediante providencia que se confirmará, para que alguien (aquí la Compañía "..."), cuya conducta envuelve la vulneración o amenaza de derechos fundamentales (en este proceso los de la familia ... en especial las hijas menores de la misma), actúe en el sentido de atacar integralmente la sentencia del juez laboral que había dispuesto el reintegro de la demandante en las mismas condiciones de trabajo en que se

encontraba cuando fue despedida, una de ellas la de desempeñar su cargo en esta ciudad. Ello corresponde también al cumplimiento del contrato laboral, a cuyo tenor la trabajadora no puede ser trasladada si el traslado significa perjuicio para ella o desmejora sus condiciones salariales como acontece en el presente caso". (Corte Constitucional, Sentencia: Diciembre 9 de 1992, Magistrado ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

COMENTARIOS

En comprensión general se enuncian como funciones de la célula familiar la reproductiva, sexual, educativa y económica, citándose como funciones adicionales o accidentales la recreación, la vida social o de relación interfamiliar, el otorgamiento de posiciones sociales y económicas y la regulación de ámbitos emotivos y afectivos de la personalidad. También en un marco general se determinan las funciones de la familia en la satisfacción de necesidades elementales o básicas de sus miembros y en la promoción y conservación de la disciplina social. En su comprensión evolutiva actual también puede aceptarse que en relación con la satisfacción de necesidades básicas, la familia gira entorno a la conyugalidad cuyo principal fin es la procreación (sexualidad natural) y el cuidado, formación y educación de la prole.

La familia es célula de integración y convivencia humana; todo hombre necesita afecto en manifestación externa, tanto desde un punto de vista activo como pasivo -dar y recibir-; la ausencia de afecto, en todos los estadios de la vida aleja a los miembros provocando, entre otras consecuencias el rechazo mutuo, inseguridad y desconfianza.

La familia es el ámbito inicial y permanente en el que se surte la socialización del individuo, en ella se establecen relaciones de intercambio permanente de actividades, comportamientos, ideas y hechos. Así, en esta sede se verifican formas de comunicación vertical (padres e hijos) y horizontal (hermanos y pares), dada su actual conformación patriarcal y uterina.

La familia, en su actual concepción material, significa una comunidad de vida, que se traduce en la satisfacción interior de necesidades elementales del ser humano tales como la alimentación, vivienda, salud, educación, recreación, vestuario, etc.; en obligaciones recíprocas que se adjudican al jefe de familia pero pueden verse bifurcadas en el tiempo; para

trasladarse accidentalmente de los hijos -descendiente- a los padres y mayores.

En la actual comprensión la familia -tutelada por el Ordenamiento jurídico- se origina en la unión sexual de una pareja heterosexual, que socializa, estabiliza y legitima su ayuntamiento con el fin de engendrar y otorgarle regularidad y relativa estabilidad a su actividad sexual de pareja la cual pasa desarrollada al interior del núcleo.

El cuidado, crianza, educación y formación de la prole no es obligación estatal ni social; culturalmente pero con reflejo jurídico se asigna a los progenitores con la coadyuvancia estatal; hasta hace no mucho tiempo, dada la conformación uterina de la familia los deberes de atención se reservaran a la madre con claros efectos sobre su subyugación doméstica y dependencia económica, todavía no del todo superados, gracias a su ingreso al mundo laboral y profesional en pie de igualdad con el varón.

De la integración familiar emergen deberes de cuidado, atención y socorro para los miembros en incapacidad productiva, menores, discapacitados, enfermos y ancianos; deberes que se originan en la naturaleza moral, afectiva y aun sexual desarrollados positivamente por el Ordenamiento hasta constituirlos en obligaciones reconocidas en categorías normativas de naturaleza imperativa

Así mismo la familia cumple una fundamental función en los procesos de socialización o culturización e introyección o internalización; la naturaleza social del ser humano exige un condicionamiento, determinación o acoplamiento de la acción individual en estricta correlación con la finalidad y actuación de la colectividad. El proceso de socialización es de naturaleza formativa y educativa que tiene por fin proporcionar la individuo capacidades, aptitudes y actitudes para asumir un específico rol social, bajo parámetros y requerimientos dados por una comunidad dada, en un momento específico y de acuerdo a su forma específica de organización; se trata de un proceso que debe conducir a la plena integración del individuo a la forma de vida y a las exigencias de su grupo social.

La sociedad posee valores intrínsecos que, como organismo y sistema, trasmite a sus componentes individuales en una gran variedad de formas inminentes o espontáneas, pero fundamentalmente a través de la

prescripción de reglas que en última instancia pueden asumir forma de precepto: todo lo anterior corresponde a una necesidad del organismo social que encuentra en si mismo su fundamento y finalidad. La expresión “valor” la utilizamos aquí en forma neutra, vale decir sin otorgarle peso específico, como simple contenido que simplemente expresa una presencia inmanente en la sociedad, sin entrar a la disgregación entre “valor” y “antivalor” que implica un juicio subjetivo y por ende relativo de validez y concordancia con parámetros previamente establecidos y aceptados por parte de quien lo realiza. De esta forma consideramos que el proceso de socialización puede transmitir valores y antivalores, que pueden adquirir tales características con sujeción a los mas variados preconceptos, pero que, para nuestros efectos, sin ningún genero de discriminación. Así los procesos de socialización e internalización transmiten valores como la desigualdad, la competencia, el respeto por la autoridad, el concepto de autoridad histórica y jerarquizada, la uniformidad o inconformidad con lo dado y existente, el conservadurismo o la liberalidad para el cambio, la represión o expresión sexual, el egoísmo o la generosidad, etc.

Los procesos se inician en el núcleo familiar y dada la cultura uterina que nos rige, en un comienzo es adelantado fundamentalmente por la madre; posteriormente se reafirman conciente o inconscientemente las fases educativas formales o institucionales, escuelas, colegio, universidad y por medio de la actividad de instructores sociales como la iglesia, los medios de comunicación, todos los cuales introducen parámetros, determinaciones, patrones y valores culturales -en el amplio sentido que hemos explicado-.

El núcleo familiar también tiene claras funciones económicas y patrimoniales, pues en el también se consagran intereses de la misma naturaleza. A este respecto se encuentra inmerso el “valor” de la desigualdad socioeconómica el traspaso de bienes, fruto de la acumulación de riqueza de una generación a otra. Así, la familia presenta como función también esencial el proporcionar seguridad económica a sus miembros que se traduce en expresas responsabilidades de cada uno de ellos que inicialmente son asumidas de los padres hacia los hijos y posteriormente se bifurcan en variadas direcciones: de los hijos hacia los padres ancianos, de aquellos frente a sus pares enfermos o incapacitados, etc.

Por este aspecto la familia se convierte en el primer núcleo de producción y consumo; el Estado ingresa a esa órbita privada y controla la situación económica en las mas variadas formas: vigila y establece los bienes adquiridos antes y durante el matrimonio, diferencia entre los bienes de la sociedad conyugal y los de cada cónyuge limitado por la disponibilidad de los mismos, fija las responsabilidades económicas entre la pareja y frente a los hijos, intereses que como se observara han alcanzado, por algunos aspectos y concreciones, el nivel punitivo de protección.

Comprendida como objeto de protección jurídica podemos reseñar dos criterios ubicados doctrinalmente como restringido y extensivo.

De acuerdo con esta primera comprensión no todos los hechos que atentan o amenazan la institución familiar deben ser elevados a categorías punitivas, pues la crisis de la familia y las amenazas que pueden conllevar a su disolución corresponden a determinantes de naturaleza social, ajenas por completo al comportamiento individual antijurídico, único fundamento para la instauración, bajo la forma de prohibición y mandato, de tipos penales tutelares.

De acuerdo a lo anterior la familia solo puede obtener protección penal frente a las conductas de malversación de los bienes de los incapaces, al ejercicio antijurídico de la patria potestad, a las conductas de alguno de los miembros del grupo que amenaza o lesiona derechos o libertades fundamentales y finalmente la omisión es incumplimiento de las obligaciones civiles emanadas del vinculo familiar. De acuerdo con esta comprensión alcanza únicamente la órbita de las relaciones patrimoniales, el cumplimiento de las obligaciones civiles y los atentados contra la libertad e integridad frente a los miembros de la familia en su sentido amplio.

El criterio restringido de la protección penal emerge de la doctrina que aceptando la trascendencia social de la institución familiar acepta la protección por parte del Estado de intereses jurídicos de ella derivados, tales como la fidelidad conyugal, la unidad familiar, la indisolubilidad del vinculo religioso, la moralidad y el pudor sexuales, el estado civil, las obligaciones de asistencia alimentaría, educativa y moral; la reacción de reproche de algunas de dichas concreciones se ha trasladado a la órbita penal solo en cuanto a juicio del legislador "lesionan gravemente o ponen en peligro algunos de aquellos bienes jurídicos"; citándose como ejemplos

de tradicionales incriminaciones entre otras: adulterio, amancebamiento, raptó, incesto, bigamia, matrimonio ilegal, atentados contra el estado civil, inasistencia alimentaria y administración fraudulenta de bienes familiares (REYES ECHANDIA, Alfonso, en VARIOS, Derecho penal especial, p. 216).

El criterio extensivo propugna porque también se tutelen por la vía penal los intereses de los ascendientes y descendientes que por ancianidad o enfermedad tienen necesidad de socorro y solidaridad, el maltrato intrafamiliar dentro del cual se incluye la violencia entre cónyuges y la ejercida por alguno de los miembros frente a otros en determinados grados de parentesco. La ley penal no solo protege el bien de la familia entendida como núcleo natural establecido dentro de parámetros de licitud y legalidad, sino que extiende su tutela a la célula de convivencia integrada de hecho, aspecto frente al cual ya nos hemos referido en abundancia, lo cual se concreta en amparo a la llamada familia ilegítima.

El vínculo familiar genera especialísimas circunstancias de comisión no incluidas dentro de algunos tipos generales tales como la lesión personal, la omisión socorro, o el abandono de personas desvalidas; ámbito circunstancial que además del interés social y estatal específico en la protección de la institución, fundamenta plenamente el diseño de tipos especiales orientados de manera especial a la misma.. De acuerdo con esta extensión de la tutela penal deben también ingresar al campo punitivo el abuso de la autoridad familiar y de las facultades y deberes de naturaleza disciplinaria y correccional igualmente la omisión o incumplimiento de los referidos deberes de custodia y vigilancia. Así, las actitudes de indiferencia, libertinaje familiar como el atropello y el maltrato, las omisiones de auxilio, socorro y protección, lesionan o amenazan en igual medida la institución de la familia.

Toda la anterior gama de comportamientos afectan la naturaleza y permanencia de la institución familiar y solo en tal medida deben ingresar de manera especial al campo punitivo. De esta forma las consecuencias jurídicas -intereses tutelables- no se dejan al resorte exclusivo de la medida administrativa o policiva, ni muchos menos al único manejo del derecho civil, pues se comprende que la armonía de las relaciones intrafamiliares, su unidad, conservación y el cumplimiento adecuado de sus finalidades esenciales, no pertenecen al exclusivo resorte

privado, sino que trascienden, afectándola o resguardándola, a la conciencia y vida de la colectividad. La relación familiar no incumbe de manera exclusiva a la esfera íntima o privada de las personas, sino que tiene consecuencias y determinantes que superan la voluntad privada y se encuentran sujetas al poder público estatal. Por lo anterior el derecho de familia supera por completo la regulación civil, va más allá de una simple regulación mixta entre lo privado y lo público, para ingresar con plenitud como una institución pública regulada por normas de la misma naturaleza. En conclusión, el estatuto represor procura tutelar la existencia misma de la familia, su conservación y las relaciones personales, sociales y económicas que genera. Como consecuencia de la tutela al núcleo familiar surgen otros objetos de protección tales como la moralidad y licitud de las relaciones sexuales en la familia, el estado civil derivado del vínculo familiar, las obligaciones y derechos emanados de las relaciones parentales dentro de los que se encuentra la asistencia alimentaria, educativa y moral, debidas dentro de determinados grados de parentesco.

TEMA VI. DERECHOS DEL NIÑO. PREVALENCIA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS DEMÁS. ABANDONO DE MENORES. DECLARACIÓN. CONFLICTO ENTRE LOS PROCEDIMIENTOS LEGALES Y LA JUSTICIA MATERIAL

“El artículo 44 de la Constitución Política establece la prevalencia de los derechos del niño sobre los derechos de los demás. La Corte ha considerado que se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata, que establece una garantía mayor para los menores y una responsabilidad especial del Estado en el cuidado y protección de sus derechos. El sentido y alcance de esta norma constitucional ha sido señalado por la Corte, entre otras, en las sentencias T-589 de 1993 y C-041 de 1994.

"El artículo constitucional que consagra los derechos de los niños posee una especial fuerza normativa en relación con los demás derechos económicos sociales y culturales. El constituyente puso un énfasis especial en la manera cómo este derecho vincula a todos los poderes del Estado. Ello se refleja en la redacción del inciso segundo del artículo 44 y, en especial, en las expresiones "la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral" y "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".

"La fuerza normativa del texto constitucional resulta aún más relevante en las circunstancias del caso presente. En efecto, el Estado adquiere una

mayor responsabilidad cuando la afectación del menor resulta de una decisión tomada por una de sus autoridades. Con independencia de la legalidad del acto, el hecho de que la suerte del menor haya sido determinada mediatamente por la aplicación de reglas impuestas por el mismo Estado, trae consigo una carga ética adicional en la relación que las autoridades públicas mantienen con el menor."

"A la luz de los antecedentes de las normas constitucionales transcritas y de su propio texto, es claro que los derechos del niño y los correlativos deberes de la familia, la sociedad y el estado, reciben en la Constitución un notorio reforzamiento institucional. Los principios de protección especial y de superior interés del menor, así como los derechos, ya reconocidos en el plano legal y en los convenios internacionales, se elevan a nivel constitucional y se los dota de prevalencia "sobre los derechos de los demás". El compromiso que la Constitución establece con el bienestar físico y espiritual del menor y con el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, no se ha limitado a configurar derechos fundamentales a partir de sus pretensiones básicas de protección, sino que su persona como tal ha sido elevada a la categoría de sujeto fundamental merecedor de un tratamiento especial y prioritario por parte de la familia, la sociedad y el estado.

"La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44). Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualación que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia."

2. Por su parte el artículo octavo del Código del Menor (Decreto 2737) consagra el derecho del niño a "ser protegido contra toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación". Se trata de una norma de orden público - como lo son todas las del código - de carácter irrenunciable y de aplicación preferencial, según

lo dispone su artículo 18.

3. La interpretación de esta disposición debe hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor, tal como lo señala el artículo 22 del Código. De acuerdo con este propósito, los defensores de familia encargados de la aplicación de las normas que regulan la situación de abandono, al momento de tomar la decisión, deben apreciar las costumbres, usos y tradiciones del medio social y cultural a que se remiten los hechos sometidos a su consideración.

4. La situación de abandono debe ser declarada por el defensor de familia, "de acuerdo con la gravedad de las circunstancias, con el fin de brindarle la protección debida" (art. 36). Para este propósito - ordena el código - el funcionario actúa de oficio o a petición de cualquier persona que denuncie la posible existencia de una de tales situaciones.

5. En síntesis, el Estado, a través del Instituto de Bienestar Familiar, tiene la responsabilidad de proteger al menor abandonado y para ello actúa de oficio o a petición de parte, incluso contra la voluntad de sus propios familiares o de personas a cargo, y siempre teniendo como mira el mejor interés del menor.

B. Perspectiva constitucional del procedimiento de abandono

1. Cuando el ordenamiento jurídico impone un procedimiento específico, lo hace bajo el supuesto de que dicha formalidad es un medio adecuado para la consecución de ciertos fines. Por eso, el sentido de los trámites no puede encontrarse en la forma misma, sino en su capacidad para realizar propósitos o valores.

2. En el caso *sub judice*, el fin perseguido no es otro que el del mejor interés del menor. Si la aplicación del procedimiento de abandono conduce, de manera razonable y objetiva, a una desprotección del niño, la institución debe ensayar una solución diferente a la prevista en dicho estatuto. En términos más específicos, la eficacia de las normas que regulan la declaración de abandono en el caso concreto de la niña ... es decir su viabilidad como medio para la consecución del fin de la protección - es un supuesto de hecho necesario para que el procedimiento sea adoptado por la institución estatal.

3. Ahora bien, este análisis de eficacia lo hace la Defensoría de Familia, de acuerdo con sus propios conocimientos y recursos y bajo la persuasión razonable de que su decisión conducirá al objetivo propuesto. Su decisión debe ser juzgada teniendo en cuenta el hecho de que se trata de un juicio de conveniencia y de ponderación de los hechos presentados a su consideración en un momento específico y no simplemente de un enunciado de competencia o de legalidad.

4. Vista de manera retrospectiva la situación del peticionario, se percibe claramente el fundamento de sus razones para solicitar la anulación del procedimiento de abandono, como la solución que mejor consultaba el

interés de la menor. Sin embargo, el resultado consabido no desvirtúa la corrección de la decisión tomada por la defensora de familia, siempre y cuando se logre demostrar que su decisión, al momento de ser tomada, parecía la mejor posible.

5. Los elementos de juicio que sirvieron para optar por el procedimiento de abandono se sintetizan en los siguientes puntos: 1) Alfonso Remolina manifestó claramente la voluntad de entregar a la niña al Instituto de Bienestar Familiar y realizó las diligencias necesarias para el proceso de abandono; 2) el solicitante no es familiar de la menor y se encuentra separado de su compañera; 3) si bien la señora Ardila dice ser la tía de la menor, no ha demostrado tal calidad, 4) en sus declaraciones, Isabel Ardila no desvirtúa la voluntad de la madre de recuperar a su hija al señalar que su compañero no permitió que la hermana de la niña la condujera de nuevo con su madre.

No demostrada una actuación negligente o un entorpecimiento de la manifestación de la voluntad de los peticionarios, se debe concluir que al momento de la entrega de la menor al Instituto, la opción prevista en el procedimiento de abandono era la más razonable para proteger a la menor. La verdad real, conocida con posterioridad a la decisión que se pone en tela de juicio, no puede presentarse como prueba de una equivocada solución. Si así fuese, ello querría decir que toda medida cautelar que a la postre resultara innecesaria sería una medida erróneamente tomada.

7. El argumento del juez de primera instancia, según el cual la defensora no tuvo en cuenta el concepto amplio de familia consagrado en el artículo 42 de la Carta, desconoce que las verdaderas razones de la declaración de abandono estuvieron en la falta de una prueba suficiente sobre la adecuada protección brindada a la niña por su protector el señor Alfonso Remolina. El Instituto de Bienestar Familiar no excluye la posibilidad de que un menor pueda estar tan bien o incluso mejor protegido por adultos diferentes de sus padres. Solo exige en estos casos una prueba más rigurosa de la conveniencia de esta medida.

1. De acuerdo con el fallo de primera instancia, cuando se presenta un conflicto entre los procedimientos legales y la justicia material, el juez constitucional debe optar por la protección de los derechos en detrimento de las formalidades, más aún cuando se trata de los derechos fundamentales de un menor. En su opinión, la actuación de la defensora de familia es excesivamente formalista y procedimentalista. A continuación se analiza este planteamiento.

2. En sus fallos de tutela y de constitucionalidad, esta Corte ha insistido en la preponderancia de los derechos fundamentales frente a las meras formalidades jurídicas, tal como lo consagra el artículo 228 de la Carta y los valores y principios del Estado social de derecho. Sin embargo, la validez de este postulado general no puede conducir a la subordinación indiscriminada de las formas jurídicas. Este principio general - respaldado

por los valores y principios de la Carta -, no tiene una validez absoluta que se mantenga por encima de cualquier condición fáctica.

2.1. La interpretación adecuada de la primacía anotada significa que los procedimientos legales adquieren su sentido pleno en la protección de los derechos de las personas. En consecuencia, cuando la aplicación de una norma procedimental pierde el sentido instrumental y finalista para el cual fue concebida y se convierte en una mera forma inocua o, más grave aún, contraproducente, el juez de tutela debe obviar el trámite formal en beneficio del derecho fundamental afectado.

2.2. Por lo general, la mejor manera de proteger los derechos fundamentales, se encuentra en la observancia de las formalidades y procedimientos consagrados en la ley. La hipótesis contraria solo posee carácter excepcional - y disfuncional en términos del sistema - que sólo puede tener lugar en casos específicos, en los cuales el juez aporta una motivación contundente que justifica la omisión procedimental.

3. Si se tiene en cuenta que todo procedimiento es un medio para la protección de derechos, el juez debe demostrar en la parte motiva de su fallo que, en el caso concreto que analiza, las formalidades impuestas por la ley perdieron tal virtualidad.

4. Si el fin de las normas impuestas por el código del menor está en la protección del mejor interés del niño, habría que probar que tal relación medio-fin no es eficaz en el momento en el que se decide aplicar la norma legal. En el caso *sub judice*, dicho análisis debe hacerse respecto de los elementos de juicio disponibles el 14 de septiembre de 1993, fecha en la cual se tomó la decisión de entrega a la madre sustituta.

5. La relación entre las formas jurídicas y los derechos sustanciales debe ser analizada en la situación concreta y de acuerdo con el sentido que allí despliegue cada uno de estos elementos. La preferencia del Estado social de derecho por la efectividad de los derechos no significa subestimación "*per se*" de las formalidades y de la seguridad jurídica, sino más bien adecuación de medio a fin entre éstas y aquellos". (Corte Constitucional, Sentencia: *Junio 16 de 1994 (T-283)*, Magistrado ponente: *Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz*, Referencia: Expediente T-31426)

COMENTARIOS

Se concibe la institución familiar como un hecho histórico cuya medida y valoración se encuentra en procesos de naturaleza económica, política y social, los cuales hacen que ella posea en cada época una estructura material especial y unos fines peculiares y determinados; lo anterior se manifestaría en los cambios permanentes en su composición que dependerían de las fluctuaciones de las colectividades humanas (Cfr.

PEREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, t. IV, Ed. Temis, 2º Edición, Bogotá, 1990, p. 247). De esta forma el origen de la familia, sus elementos objetivos y subjetivos son esencialmente sociales y por tanto evolutivos y cambiantes. Esta concepción niega radicalmente cualquier vestigio de orden supranatural y religioso en el origen de la familia; ella es sencillamente "...una creación de los hombres para su mejor conveniencia y provecho" (PEREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, t. IV, p. 248).

De lo anterior emerge con facilidad la conclusión de esta doctrina según la cual familia y matrimonio desde su mas primitiva estructura, constituyen un acto voluntario del hombre. La unión de pareja tiene su fundamento, puro y simple, en un acuerdo, que por tener consecuencias y reflejos sociales se inserta en la conciencia del grupo y posteriormente en el Estado como organización jurídico-política de la asociación humana. El amor es un fenómeno interno, que queda relegado a la esfera íntima de los sujetos, el cual en la órbita sociojurídica queda convertido en un contrato. Este pacto tiene como fuente una necesidad material -advíertase no natural- de complemento en la pareja, con la característica de ser permanente y no ocasional, de lo cual cabe deducir que la trascendencia en la prole, también correspondería a precisas necesidades objetivas; que el socorro, la compañía, ayuda y asistencia mutuas, derechos y deberes inmersos en la familia, solo procuran -igualmente- la satisfacción de carencias presentes en el hombre como fruto de su naturaleza social; la solución a esta problemática individual revestiría características tan imperiosas que adquirirían reflejo inmediato en el plano social, por lo que la institución adquiere características especiales como institución pública.

Como fuente de esta concepción se citan los estudios antropológicos clásicos que dieron lugar al evolucionismo biológico según el cual la conformación familiar tradicional fundamentada en la unión monógama de pareja, es propia de estadios evolutivos superiores de la sociedad y un momento perfectamente identificable de su desarrollo histórico. Así, habría una etapa primitiva caracterizada por la promiscuidad sexual y subsiguiente sistema polígámico, alcanzando ulteriores desarrollos hacia el matrimonio monógamo.

Las teorías evolucionistas y materialistas en cuanto explicaciones técnicas de la institución familiar han sido enmarcadas mas que como posiciones realistas, que alimentan la comprensión material del núcleo, como elaboraciones "antifamiliares", señalándose como actor mas

representativo a F. ENGELS. De la misma manera se niega la existencia natural de la institución; ella estuvo ausente en las fases primitivas de la humanidad, pues el hombre vivía en un régimen de promiscuidad (Cfr. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, Derecho de familia, p. 10).

La concepción según la cual la familia es un hecho social se encuentra muy ligada ideológicamente a los criterios historicistas y evolutivos de la institución, la acepta como fruto de la unión sexual instintiva, estabilizada por el sedentarismo de la comunidad primitiva, mediante la consolidación de la pareja monogámica y con ella una estructura trípode (padre, madre, hijo), dando origen a la institución de la familia y con ella al soporte de la organización social.

La institución se alimenta de contenidos sexuales, afectivos, patrimoniales, de autoridad y protección, los cuales contribuyen a la determinación de su estabilidad e importancia dentro de la organización colectiva. Esta doctrina atribuye a la religión y al derecho la función de proporcionarle posteriormente -como hecho social- un marco sacramental y jurídico respectivamente, de donde emergerán los conceptos de fidelidad conyugal, unidad familiar e indisolubilidad de la unión, valores de carácter jurídico y religioso que se habrían mantenido insuperables y firmes hasta avanzada la segunda mitad del siglo XX, y cuya ruptura solo fue propiciada en algunos aspectos por la institución civil del divorcio.

Del matrimonio sacramento y del matrimonio contrato surgieron según esta criterio deberes y derechos entre los cónyuges y entre estos y la prole, que han llegado a adquirir tal importancia que conforman actualmente una rama jurídica dotada de independencia denominada derecho de familia, rama dentro de la cual habría penetrado el hecho social de la unión libre: familia natural, estable y constituida por una pareja heterosexual no ligada por vínculo matrimonial formal (Cfr. REYES ECHANDIA, Alfonso, en VARIOS, Derecho penal especial, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985. ps. 215-216).

CICU presenta la familia como “un agregado de formación natural y necesaria y como un hecho social que la muestra como organismo anterior y superior al Estado” (Cit. en MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D’ANTONIO, Hugo Daniel, Derecho de familia, t. I, p. 15). De esta forma los elementos constitutivos de tal hecho jurídico-social no pueden quedar

restringidos a la necesidad sexual, a la realización y perfeccionamiento del vínculo familiar, a la procreación, formación, asistencia y educación de la prole, sino que se resalta la naturaleza política de la constitución interna del grupo, y, proporciona un margen inicial para la obtención de un concepto actual que entre en congruencia con la necesidad contemporánea dictada por imperativos históricos y sociológicos.

Antropológicamente al admitirse la promiscuidad sexual primitiva, se niega el origen religioso del matrimonio y aún su conformación como institución natural; la vida primitiva se desarrolla basada exclusivamente en el parentesco de donde se dedujo la existencia del matriarcado en cuanto conjunto de derechos absolutos de la madre con claras repercusiones políticas, sociales y patrimoniales. Desde un análisis historicista se elabora el concepto sobre instituciones parentales en línea materna, lo que desemboca en la fase primitiva en organizaciones sociales fundadas en la adoración de la diosa madre. Así, se concluye que la fase de promiscuidad sexual primitiva, desemboca en el matriarcado, derivándose en ambos casos el desarrollo de la institución familiar alrededor de la madre.

La explicación patriarcal sostiene que como fuente de la organización social se encuentra la amalgama de varios clanes o familias, las cuales se regulaban bajo la autoridad del varón mas viejo -patriarca-. Esta línea explicativa prescinde de la aceptación de la promiscuidad sexual primitiva, afirmando que tal situación no es uniforme en el desarrollo de las diversas organizaciones sociales; afirma que la superioridad paterna se inicia como una manifestación universal con claros componentes y efectos religiosos.

Las teorías matriarcal y patriarcal de cuya elaboración y desarrollos son máximos exponentes MORGAN, BACHOFEN y SUMMER MAINE (Cfr. PEREZ, Luis Carlos, Derecho penal, t. III, p. 249, MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Hugo Daniel, Derecho de familia, t. I, p. 13) han debido ceder paso a otras formas teóricas de explicación ante la carencia de datos experimentales puros y concluyentes, que demuestren sus conclusiones y enunciados; a estas elaboraciones en general puede acusárseles como francamente orientada e influidas por prejuicios políticos e ideológicos que les han restado rigor y credibilidad científicos. La concepción del origen y organización matriarcal encuentra algún fundamento fáctico, en el natural agrupamiento del hombre alrededor de

la madre, dada la connotación material de la maternidad en cuanto hecho tangible y cierto (Cfr. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, p. 10)

Por oposición a los criterios materialistas, las llamadas teorías explicativas históricas toman como punto de apoyo los diversos estudios evolutivos de las organizaciones sociales, afianzando la estructuración de la familia en la forma monogámica de vida, la estabilidad de la unión de pareja y la finalidad procreativa.

Se afirma en esta línea conceptual que la familia “es ante todo una estructura carnal, complicada, raras veces enteramente sana, que esconde innúmeros dramas individuales y colectivos por sus desequilibrios afectivos internos. Aun cuando sea sana, un horizonte carnal limita a menudo su espiritualidad. Pero en cambio le comunica esa densidad y esa luz íntima que es su propia poesía”.

“Es, continúa MOUNIER, como célula social, la primera de las sociedades del niño. “Allí aprende este las relaciones humanas, las mantiene luego en su interioridad, y esta es su grandeza. Sin embargo, también es su debilidad, pues en ella las personas carecen a menudo de la distancia necesaria para las cosas íntimas y se ven amenazadas por la usura del hábito y las pasiones de la tribu. Finalmente, sus desequilibrios se transmiten a las sociedades que integran, y es así como muchas revueltas políticas y religiosas son trastornos retardados contra el pasado familiar. Su pasivo es pesado y prohíbe toda idealización excesiva. Lleva a algunos a no ver en ella sino un valor reaccionario”. (Cit. en PEREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, 2º ed., t. IV, Ed. Temis, Bogotá, 1990, p. 251).

Así, se caracteriza la familia en los valores síquicos y biológicos inmersos en su desarrollo y en sus manifestaciones materiales; en la institución siempre se tendrá que incluir, como elementos y características esenciales, los motivos biológicos y eróticos especiales; la conjunción sexual procreativa de los miembros formaría también parte de su esencia; así se le identifica como la célula reproductora por excelencia; reconociéndose únicamente como subespecies de ella, las familias estériles y residuales que no presentan vida sexual, por ejemplo la comunidad establecida entre hermanos que viven juntos; el componente erotico-sexual de la familia sería su diferencia específica, con todas las demás formas de comunidad y asociación humana.

Con ENGELS el fundamento sexual y religioso es negado de manera radical, la familia primitiva evoluciona dialécticamente hacia una sociedad nueva sintetizada en una administración central denominada Estado; en él la unión ya no es de parentesco y los lazos familiares se someten por completo al orden de la propiedad, en cuyo interior hay una lucha de fuerzas opuestas, lucha de clases permanente a lo largo de la historia.

Pues bien, se parte del criterio según el cual la familia no puede subsistir y desarrollarse con el exclusivo fundamento del sentimiento amoroso, ni tampoco teniendo como soporte único la actividad sexual reproductiva. Se trata de una unidad con claro fundamento patrimonial, en ella se surte como componente esencial el común disfrute de los mismos bienes materiales. Con el anterior planteamiento la familia queda desprovista de cualquier concepto determinista o absoluto entre los cuales se pueden mencionar su origen natural, divino, mágico o religioso; para su elaboración solo se ha de buscar en su confrontación histórica.

En Roma la expresión familia no se aplicó al linaje -padres e hijos, ascendientes y descendientes-, sino que designaba otros componentes de naturaleza bien diversa como el conjunto de esclavos: el famulus era el esclavo doméstico y la expresión familia designaba el conjunto de esclavos pertenecientes a un mismo señor. Los vínculos de consanguinidad son desplazados por relaciones emergentes del derecho de dominio, al vaivén según esta concepción, de todas las variables dictadas por el desarrollo social y por las determinantes de cada período histórico.

De igual manera en el feudalismo, la familia es institución patriarcal fundamentada en una reunión intersubjetiva, numerosa y estable, aplicada al desarrollo de todas las actividades necesarias para el sostenimiento común. De acuerdo también con este criterio evolutivo-materialista, con el surgimiento de los medios y modos de producción capitalista, el fundamento económico de la familia se desvanece, y adquiere nuevamente los más diversos influjos y caracterizaciones, lo cual no desdibujaría la esencia de la teoría, sino que simplemente reafirmaría la naturaleza histórica y evolutiva de la institución.

La familia individual, basada en el matrimonio monogámico, también ha presentado innegables características evolutivas. De ser un grupo compacto, férreamente unido, regido por la unidad paterna, unidad que

se ha visto, mas que debilitada, modificada por la crisis del poder paterno y conyugal, plenamente justificada por el advenimiento del Estado demoliberal y por las mas variadas razones económicas: incorporación plena de la mujer al mundo laboral, profesional y cultural, y mayor rapidez en la obtención de independencia económica por parte de los hijos; independencia que se torna incompatible con la autoridad paterna rígida e inflexible.

Paradójicamente la independencia económica, jurídica, social y cultural de la mujer y la temprana emancipación de los hijos en los mismos aspectos, puede costar la disgregación del núcleo en su aceptación tradicional (Cfr. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, p. 10); y, consideramos nosotros, puede significar sencillamente el inicio de una nueva fase en la evolución de la institución.

TEMA VII. DERECHO A LA MATERNIDAD. EL DEBER DE ACEPTACIÓN DE LOS PADRES. LA MATERNIDAD EN DEFENSA DEL MENOR

“1. *La maternidad en función del menor.* La maternidad, como proyección de la solidaridad natural de la persona humana, no comprende, *per se*, un estado biológico a secas, sino una actitud racional. De no ser así, se desconocería, *verbi gratia*, la maternidad por adopción, la cual no es una ficción, sino una verdadera actitud afectiva tendiente a asumir a plenitud la noble misión maternal.

Por maternidad, pues, se entiende el *acto de ser madre*, y dicho acto supone una *volición*, es decir, un querer ser, y una manifestación externa de ese querer. Así es que implica una actitud integral en función del bienestar del hijo. Este es el destinatario de la acción materna, la cual comprende tanto el afecto, como el cuidado de la salud, la alimentación, la educación, el vestido, la protección, la nutrición y en general el sostenimiento del hijo mientras éste sea menor de edad, y siempre la asistencia moral y afectiva, puesto que los vínculos filiales no desaparecen con el transcurso del tiempo.

La actitud de ser madre es un *modo de ser natural* de la mujer, y se expresa en la disposición plena de ésta a la promoción y cuidado personal y personalizante del hijo. Se trata, también, recíprocamente, de un derecho que, por naturaleza, tiene el menor a ser tratado como hijo. En efecto, todo niño tiene derecho a gozar de la protección de una madre, ya que es un hecho notorio que el menor desposeído de la asistencia materna -y también paterna- es víctima de una situación en estricto sentido anti natural. Pues así como en los animales se observa que los hijos son asistidos por la

madre, con mayor razón en el seno de la comunidad racional debe presentarse dicha relación de cuidado especial. Es así como el jurisconsulto Ulpiano ve en esta relación un asunto propio del *ius naturale*, al escribir:

"Es derecho natural el que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho es común a todos los animales de la tierra y del mar, también es común a las aves. De ahí deriva la unión del macho y la hembra que nosotros llamamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho" (Digesto. 1.1.1.).

Luego la maternidad es un acto de solidaridad originario y primario de la especie humana, que está ordenada -no determinada como fuerza ciega, porque la persona es libre- tanto a la paternidad en el varón, como a la maternidad en la mujer.

El artículo 44 de la Carta Política reconoce como derecho fundamental de los niños entre otros, "*el cuidado y amor*". Es la primera vez que en una Constitución colombiana se le da al amor el tratamiento de objeto jurídico protegido. Obviamente los primeros obligados a dar amor al niño son sus padres, de suerte que si hay una falta continua de amor hacia el hijo, no se está cumpliendo, propiamente, la maternidad. De esta manera, todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres. Entonces, si un padre o una madre incumplen con su obligación constitucional, no sólo están incurriendo en actitud injusta, sino que no están desempeñando ni la paternidad ni la maternidad, en estricto sentido, porque no ejerce la actitud debida conforme a derecho.

La maternidad está reconocida por el orden jurídico internacional como derecho humano, y, por tanto, se protege en todas las situaciones. Pero no es un derecho absoluto, porque se encuentra, como todo derecho, limitado, en este caso, por los derechos del mismo hijo y por el orden social justo. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25, numeral segundo, estipula:

"La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

Sobre el contenido de este texto es conveniente hacer las siguientes precisiones: en primer término, la maternidad es protegida con el derecho a cuidados especiales en virtud del bienestar del menor y, por extensión, en función de la madre, para que ésta pueda llevar a cabo su misión de solidaridad natural. En segundo lugar, como la maternidad está para la protección del infante, se deduce que éste tiene derecho a una madre que lo asista. Tercero, la madre tiene derecho a la conservación de su *status* -siempre y cuando cumpla con el deber de amor hacia su hijo, pues la esencia de la filiación es el amor-, es decir, tiene el derecho a realizar sus funciones, y en atención a dichas funciones, y al amor, a mantener el

vínculo jurídico y afectivo con su hijo. Y, finalmente, se protege por igual a la maternidad dentro del matrimonio, como a la que se presenta por fuera de la relación matrimonial, con base en el trato igual debido tanto a las madres como a los niños.

2. *El deber de recepción de los padres.* La primera manifestación del derecho al amor de los hijos, es la recepción que los padres tienen que brindarles. Esta recepción incluye tanto obligaciones de hacer, como obligaciones de no hacer. Dentro de las obligaciones de hacer se encuentran, entre otras, la aceptación incondicional del hijo, desde el momento de la concepción. Aceptarlo implica la acogida y el respeto al niño en su singularidad, tal como es, con sus cualidades y defectos, los cuales, han de ser susceptibles de corrección, de ser ello posible. Igualmente, los padres, una vez recibido el hijo, tienen el deber de cuidarlo y brindarle todo el afecto posible. Se dice todo el afecto posible, por cuanto el merecimiento de cada hijo es indeterminado, y supone una calidad moral ordenada a crecer. También, y como una característica de la paternidad y maternidad, debe brindársele la educación, que es deber irrenunciable de quienes asumen el *status* de padres. Estos son los primeros educadores, y hay que anotar que la educación que brindan los padres es, bajo ciertos aspectos, insustituible; de ahí su enorme importancia. Es insustituible la educación que deben dar los padres a los hijos, por dos razones: primero, porque son los que mejor pueden conocer al niño, y segundo, porque son los que más confianza generan en los sentimientos del menor. Conocimiento y confianza son, pues, dos elementos básicos para la formación personalizada del infante. La educación paterna -y por supuesto, la materna- se entrelaza con los deberes de promoción, corrección, buen ejemplo -los padres deben ser maestros de vida-, asistencia, cuidado especial y ayuda.

No cumplen, pues, con la obligación de recibir al hijo aquellos padres que lo abandonan física o moralmente al azar o al simple devenir, y en tal caso no se configuran jurídicamente la paternidad o la maternidad en sentido pleno y total, de suerte que en estos eventos se configuraría causal para perder la patria potestad.

Ahora bien, dentro de las obligaciones de no hacer de los padres, se destacan las de no abandono y no agresión. En torno a la primera, hay que decir que no se refiere solamente al abandono físico, sino también al moral y al espiritual, por cuanto el hombre es una unidad vital que comprende potencias físicas (relativas al cuerpo), morales (relativas a sus virtudes y valores) y espirituales (relativas al cultivo de la intelectualidad y a su actitud trascendente). En cuanto a la no agresión, significa que el deber de corrección tiene un límite en el derecho a la vida (prohibición del aborto) y en el derecho a la integridad física, moral y espiritual del menor.

En conclusión, para esta Sala la maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un *status* tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el

amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el *status* de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad”. (Corte Constitucional, Sentencia: Julio 21 de 1994 (T-339), Magistrado ponente: *Dr. Vladimiro Naranjo Mesa*, Referencia: *Expediente T-35245*)

COMENTARIOS

Frente al objeto de tutela encontramos que desde el punto de vista material, la conducta descrita se puede ubicar como una modalidad atentatoria de la integridad personal, pues podría pensarse que la misma tan solo posee una cualificación del sujeto pasivo y objeto material de la infracción de lesiones personales. Claramente se observa la improcedencia de tal deducción, a la luz del tipo penal finalmente adoptado, ya que como rasgo fundamental de la llamada violencia intrafamiliar encontramos que para su adecuación típica, no se exige la producción de ningún resultado específico, propio del delito de lesión personal, mucho menos para su punibilidad.

A este propósito es necesario afirmar que el delito de violencia domestica no corresponde a la estructura dogmática del delito de lesión; el bien jurídico tutelado de manera inmanente por el tipo no es la salud ni la integridad corporal, sino la integridad moral o derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, dada la amplitud del comportamiento descrito.

En nuestro Ordenamiento el objeto específico de protección es la familia, claro está, observando la simple ubicación sistemática del tipo, pero como es sabido tal análisis debe ser complementado con el examen tanto del contenido comportamental -presupuestos objetivos de comisión- como con el propio fundamento incriminatorio; las razones que hemos reseñado en cuanto a la ausencia de tipo penal específico en el Código de 1980 y las grandes diferencias que presenta la figura en el orden dogmático frente al delito de lesiones personales obligan a la necesaria aceptación de la correspondencia entre la ubicación sistemática y el bien jurídico prevalentemente protegido, aceptando tan solo como protección secundaria la integridad física y la salud del sujeto pasivo, que bien pueden no ser afectadas con la realización del comportamiento; ámbito de protección que tiene su presencia estructural en la naturaleza subsidiaria y alternativa del tipo adoptado por nuestro legislador. Es de

aclarar que dentro del marco de la tutela penal operada mediante el género delictual de la violencia intrafamiliar, se involucra en plenitud de protección a la llamada familia natural o extramatrimonial.

TEMA VIII. NÚCLEO FAMILIAR. PROTECCIÓN. RESPONSABILIDADES DE SUS INTEGRANTES. ESTADO DE INDEFENSIÓN. EXISTENCIA DE OTROS MECANISMOS DE DEFENSA

"Mediante sentencia del veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995), el juzgado promiscuo decidió no conceder la tutela instaurada por... en contra de su compañero permanente, por considerar que en el caso estudiado, la demandante contó con otros mecanismos judiciales para obtener la protección de sus derechos fundamentales, como son la justicia penal o las autoridades policivas, máxime cuando la vulneración del derecho fundamental de la actora ya se había producido al momento de instaurar la demanda. Con respecto al estado de indefensión en que se encontraba la demandante frente a su compañero, el despacho judicial consideró que éste no se manifestaba con suficiente claridad, pues en autos constaba que el demandado había desplegado su actitud violenta en defensa de su propia integridad, frente a las agresiones de su mujer y de la madre de ésta.

Como lo consigna la Constitución Política en su artículo 42, la familia, como unidad fundamental de la sociedad, merece los principales esfuerzos del Estado con el fin de garantizar su protección integral y el respeto a su dignidad, honra e intimidad intrínsecas. De allí que la obligación de salvaguardia en cabeza del ente estatal no esté condicionada por la conformación del núcleo familiar de acuerdo con las ritualidades del matrimonio, sino que se refiera llanamente a la familia en su naturaleza extrajurídica. Por eso es por lo que la Constitución también ofrece la garantía de seguridad a las familias conformadas a partir de la decisión voluntaria de un hombre y una mujer de convivir juntos.

Pero los integrantes del núcleo familiar tienen sus respectivas responsabilidades en relación con los demás participantes de la vida en común: los padres para con sus hijos y éstos frente a aquellos: todos juntos deben propugnar, en la medida de sus capacidades, por alcanzar una armonía que redunde en beneficio del crecimiento de la totalidad de ese núcleo, además del respeto que se deben los unos a los otros, tanto por la dignidad que cada uno merece en su calidad de persona, como por la que le corresponde como miembro de una misma familia. La Corte Constitucional ha reconocido esa obligación mutua y la importancia que la misma tiene para la conservación de la integridad familiar, en reiterada jurisprudencia.

Ahora bien, como el Estado se encuentra en la obligación de movilizar los

mecanismos necesarios para asegurar la integridad de la familia, es lógico que así mismo deba poseer las facultades de hacer cumplir a sus componentes las responsabilidades y deberes que implica la convivencia en familia. En eso consiste precisamente el ejercicio de su función tutelar: en verificar que al interior de la célula familiar, cada quien actúe con la responsabilidad que su posición interna le exige. La Corte se ha pronunciado, en el sentido de asegurar que dicha injerencia no pone en peligro la esfera de intimidad de la célula familiar, porque al interior de la misma también se encuentran comprometidos intereses que exceden los de carácter meramente individual. En la sentencia T-552 de 1994. (M.P. Dr. José Gregorio Hernández), se consignaron □ las siguientes consideraciones al respecto:

"Ahora bien, inquieta a algunos que el juez de tutela pueda penetrar hasta el interior de la familia -en cualquiera de sus formas- para impedir o interrumpir las causas de vulneración de los aludidos derechos, habida cuenta de que ellas surgen en un ámbito estrictamente privado, que no debería ser del dominio del Derecho Público.

"(...) adicionalmente, la institución perjudicada constituye -a la luz de la Carta- la base misma de la organización social, por lo cual los factores que incidan en ella, en especial si propician su resquebrajamiento o corrupción, tocan el interés público en su punto más sensible".

Como se observa, el rol de supervisión social del Estado debe ser ejercicio cuando la armonía interna, que debe ser la constante en el desarrollo de la vida familiar, se resquebraja poniendo en peligro la integridad individual de quienes la conforman. En casos semejantes, la autoridad debe actuar en consecuencia y tomar las medidas necesarias para evitar la concreción de perjuicios irremediables en cabeza de los integrantes del núcleo social. Esto, teniendo muy en cuenta la prioritaria y reconocida atención que se debe prestar a los menores afectados, quienes, en razón principalmente de la incapacidad que los limita, no están en la posibilidad de ejercer la propia defensa de sus derechos. En lo relativo a la protección de los derechos de los niños ha dicho esta Corte:

"En el caso de los niños, el derecho constitucional preferente que les asiste, consistente en "tener una familia y no ser separados de ella", no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos.

"Cuando la tranquilidad del hogar se ve perturbada por las ofensas, los altercados, los insultos, los enfrentamientos verbales o las amenazas, el entorno que requieren los menores para su correcta formación resulta viciado y el núcleo primordial de sus derechos principia a comprometerse,

a lo cual se une necesariamente un progresivo deterioro de su personalidad, de su estabilidad emocional y de su sana evolución psicológica.

"La situación es todavía más grave cuando de la simple pendencia doméstica se pasa a la violencia física o moral, pues entonces se quiebran los moldes del debido respeto y el ámbito hogareño, que debería ser de paz por la alta misión que le compete, se convierte en motivo inevitable de zozobra, miedo y pérdida de los valores espirituales, con notorio daño para el proceso de formación personal de los niños y para el adecuado logro de los cometidos propios de la familia". (Sentencia T-378/95. Magistrado ponente Dr. José Gregorio Hernández).

A partir de la denuncia presentada por la actora, puede constatarse, en principio, que su compañero permanente ha incurrido, además del maltrato psicológico, en acciones de violencia física en su contra, que vienen perjudicando de contera la integridad de sus hijos. El artículo 42-9 del Decreto 2591 de 1991 dispone que será procedente la acción de tutela "Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión en el menor que solicite la tutela".

Una vez constatado, según las declaraciones que obran en el expediente, que el maltrato es verídico, debe entrar la Sala a decidir si efectivamente se cumple el requisito del estado de indefensión, exigido por la norma, para que las pretensiones de la acción de tutela sean viables.

Ya que los testimonios rendidos por los involucrados en el presente conflicto son claros en cuanto a la manera como se desarrolla la vida familiar entre la señora ... y su compañero permanente, no es difícil dilucidar que el aparente estado de indefensión de la primera con respecto del segundo, es muy relativo.

El concepto de indefensión tiene que ver con las condiciones particulares de quienes intervienen en la relación, por lo que en cada caso debe hacerse un análisis detallado con el fin de determinar si, a partir de la ponderación de las potencias de cada individuo, puede deducirse que la de uno subyuga a la de otro, de tal forma que le impide ejercer el legítimo derecho de su defensa. La Corte Constitucional ha prohijado este criterio al expresarlo en los siguientes términos:

"Las situaciones de subordinación e indefensión a las que alude el artículo 42, significan que la persona que interpone la tutela dependa de la organización privada o de quien la controle efectivamente o carezca de medios de defensa contra los ataques o agravios que, a sus derechos constitucionales fundamentales, sean realizados por el particular contra el cual se impetra. El estado de indefensión o impotencia se debe analizar teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de las personas

involucradas y de los hechos relevantes. El concepto de indefensión es relacional. Esto significa que el estado de indefensión en que se encuentra el ciudadano en relación con otro particular habrá que determinarlo de acuerdo al tipo de vínculo que exista entre ambos (Sentencia T-338/93. Magistrado ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Para esta Corporación no se presenta con la suficiente claridad el presunto estado de indefensión que soporta la peticionaria con respecto de su compañero permanente, pues las agresiones no resultan ser unilaterales sino mutuas, lo que hace pensar que su relación, no se ejerce en términos de superioridad de una de las partes y, por lo tanto, de indefensión de la otra. En el caso bajo examen, si bien se acepta que la actividad desplegada por la peticionaria constituye entendible reacción contra los ataques del primero, debe tenerse en cuenta que la misma peticionaria reconoce que suscita discusión cuando su acompañante le niega dinero. Se demuestra así, cómo la irascibilidad de los compañeros aparece patente en discusiones semejantes, y cuál el peligro que para la unidad familiar representa esa misma susceptibilidad explosiva.

De acuerdo con el acervo probatorio, si se analizan con detenimiento las acusaciones mutuas de los compañeros o los relatos que ambos han hecho de la manera como se han agredido, de la peligrosa intencionalidad con que han esgrimido elementos contundentes y cortopunzantes contra el otro o han arrojado líquidos hirvientes para "defenderse", no puede casarse otra conclusión que la de que entre ellos no se cumplen, precisamente, los postulados de la armonía familiar y del respeto recíproco. Sean cuales fueren las causas que promueven las constantes riñas, tenga influencia o no la intromisión de la madre de la peticionaria en la discusión de los problemas familiares, no puede aceptarse sin más que la situación que se viene presentando en este hogar pueda extenderse de manera indefinida, máxime cuando los derechos de los hijos comunes se han puesto en peligro de manera tan ostensible que aquellos han resultado en algunos casos, víctimas directas de las violentas peleas □ de sus padres.

Los dos miembros de la relación han exhibido al Juzgado que debió instruir el proceso, sendas cicatrices que demuestran la gravedad de sus reyertas. Asimismo, ambos coinciden en afirmar que en una de ellas resultó lesionado con quemaduras uno de los hijos comunes. El señor ... acusa a la madre de su compañera de conspirar con ella para que ésta incumpla con sus deberes de madre y esposa; también le endilga el hecho de indisponer a los hijos en su contra. La tutelante alega que aquél no cumple con sus deberes patrimoniales en el hogar y que a menudo llega embriagado y molesta a los miembros de la familia.

Como se evidencia, los padres, responsables principales de conservar el orden interno de la familia, vienen faltando a la obligación de mantener la armonía interna del hogar que les imponen la recta razón, la ley y la sociedad. Su conducta está pues lejos de ser ejemplarizante para sus hijos y

enriquecedora para la relación, por lo que, como se dijo anteriormente, corresponde al Estado, en ejercicio de las responsabilidades que le encarga el artículo 42 de la Constitución Política, propender por que la unidad del núcleo familiar se mantenga y por que los hijos que se han procreado dentro de él, tengan garantizada la protección de sus derechos fundamentales y la del respeto a su dignidad. Ya que los directos encargados de levantar correctamente el hogar no parecen comprometidos en lograrlo, debe el Estado poner en funcionamiento los mecanismos con que cuenta para lograr el cometido constitucional.

Por tal razón, estima esta Corte que deberán negarse las pretensiones de la demandante en lo relativo a la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, y que, por el contrario, deberán tutelarse, así no se haya solicitado de manera directa sino porque resulta palmario del estudio del caso, los derechos fundamentales de los menores procreados dentro de la unión de hecho, pues son ellos quienes directa o indirectamente vienen sufriendo las consecuencias de los altercados protagonizados por sus padres. Ello debe deducirse del hecho de que son precisamente los menores quienes se encuentran en verdadero estado de indefensión respecto de sus padres.

Al respecto merece hacerse una precisión sobre el aparte pertinente consignado en la sentencia que desató la primera instancia. En la misma se consigna que:

"(...) En todo caso el Derecho a la integridad física ya fue violado y no es posible reparar sino con una indemnización que sólo es posible como se dijo antes por medio de un proceso penal o contravencional, y al considerar el Juzgado, que realmente los derechos invocados en el caso en mención (sic) no se encuentran realmente amenazados, pues la actitud de las partes, no es la de una convivencia constantemente agresiva sino que se trata de un hecho aislado, el juzgado no tutelaré el derecho invocado, por la accionante, por existir otros medios de defensa judicial para reparar el daño ya causado...".

Ahora, si bien es cierto que el hecho particular que empujó a la peticionaria a interponer la acción fue una discusión en que su pareja la golpeó con una cuchara, no es correcto asegurar que este hecho constituye un evento aislado dentro de un ambiente de normalidad. En la misma demanda que dio origen a la tutela, el apoderado de la peticionaria reconoce: "3. Desde que comenzaron a convivir el señor ... la ha maltratado de palabras lo que la ha afectado psicológicamente tanto a ella como a sus menores hijos". Por eso ha de entenderse que si el altercado de la cuchara y del agua hirviendo constituye el motivo fundamental □Sde la denuncia, ello es sólo el reflejo de la situación de tensión que padece el hogar que conforman la señora ... y el señor ...; tensión que si bien no se refleja constantemente en forma de violencia física, sí socava de manera evidente la unidad familiar y la estabilidad psicológica de sus componentes.

Debe anotarse adicionalmente que en el presente caso la tutela habrá de ser denegada, porque del análisis probatorio no puede deducirse un claro estado de indefensión por parte de la actora. Sin embargo, si esa condición hubiese sido probada con suficiencia, la tutela eventualmente hubiera prosperado, porque no es óbice para ello el hecho de que existan otros mecanismos judiciales o administrativos dispuestos para atender situaciones como la estudiada, pues tal como se ha dicho por esta Corte, éstos mecanismos no poseen la idoneidad y celeridad que el constituyente quiso que tuvieran los medios de protección de los derechos fundamentales. Sobre ese particular la jurisprudencia de esta Corporación ha puntualizado:

"Ahora bien, el criterio según el cual la peticionaria goza de otro medio de defensa judicial por cuanto está en posición de iniciar un proceso penal contra su compañero permanente por las lesiones personales que le cause, resulta ser equivocado desde el punto de vista de la protección judicial efectiva de las garantías constitucionales, teniendo en cuenta que la pena siempre será posterior al ilícito y que con su imposición no se remedia el perjuicio ya causado. En tal sentido, someter a la persona a la exigencia de nuevos daños a su integridad personal para alcanzar la protección del juez implica contrariar el sentido de amparo eficaz de los derechos en que se inspira la Constitución. Los antecedentes del caso dan lugar a que la afectada tema fundamentalmente que será atacada de nuevo, lo cual significa que hay amenaza verdadera, inclusive contra su vida. La administración de justicia debe poder actuar con miras a evitar que los hechos conduzcan a un resultado fatal.

Pero, además, la protección de los derechos fundamentales amenazados tiene que ser inmediata. No puede supeditarse a los engorrosos trámites de un proceso ordinario, aunque, desde luego, la procedencia de la tutela y su prosperidad, que aluden directamente a la salvaguarda de los derechos, no son incompatibles con las sanciones que puedan imponerse dentro del proceso penal por los delitos cometidos.

Tampoco es de recibo la tesis sostenida en el fallo de instancia en el sentido de que la forma indicada de obtener la protección de los derechos afectados era el uso de las acciones policivas.

Al respecto la Corte debe reiterar lo expresado en sentencia T- 529 del 18 de septiembre de 1992:

"Como las acciones policivas no son judiciales sino administrativas y lo que pretende el Constituyente es crear y poner en favor de todas las personas una vía judicial específica, sumaria y preferente con objetivos y fines también específicos, no existe fundamento para enervar la procedencia de esta última por la presencia de aquéllas, que sólo son vías específicas. Por el contrario, el juez que conoce de la tutela puede ordenar a dichos funcionarios, con todo el carácter y la fuerza de una decisión judicial de

inmediato cumplimiento, que con sus recursos y capacidades hagan viable y efectiva en un caso concreto la protección de aquellos derechos constitucionales que se hallan amenazados o vulnerados por la acción de un particular". (Sentencia T-487 M.P. Dr. José Gregorio Hernández G.).

Además de lo anterior, puede decirse que en el hogar configurado por la señora ... y el señor ..., existe latente un perjuicio irremediable para los hijos y para los mismos compañeros, pues las consecuencias que podrían generarse a partir de las situaciones de violencia moral y física, son de aquellas que no pueden indemnizarse íntegramente en dinero. Por esa razón, aunque la tutela será negada en cuanto a las pretensiones de la demanda, esta Corporación ordenará la intervención inmediata del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el hogar de la solicitante, con el fin de que dicha institución adopte las medidas necesarias tendientes a recuperar la normal convivencia de los compañeros y la seguridad física y síquica de los menores. Así mismo, ordenará a la autoridad de policía competente, mantener vigilancia continua sobre la familia de la peticionaria con el fin de evitar consecuencias perjudiciales derivadas de las discusiones maritales" (Corte Constitucional, Sentencia: Mayo 9 de 1996 (T-199), Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, Referencia: Expediente T-87402)

COMENTARIOS

El constituyente de 1991 fue en alguna medida conciente de todas las transformaciones que se vienen operando en la institución familiar, plasmando algunos nuevos elementos integradores del concepto: grupos familiares en los cuales únicamente la mujer ejerce la jefatura, madresolterismo y familias conformadas a partir de la voluntad libre de la pareja sin que medie vínculo matrimonial. De la misma manera el sistema adoptado constitucionalmente elevó a canon fundamental aspectos tradicionalmente considerados del fuero interno, íntimo o privado del grupo familiar, a los cuales el Estado no accedía y que fueron por mucho tiempo considerados irrelevantes jurídicamente. En este orden el inciso 5º del artículo 42 dispone que la violencia intrafamiliar atenta contra la integridad y la unidad de la familia y debe ser sancionada.

Se determinan los miembros del núcleo por los vínculos de consanguinidad en primer grado, padres e hijos que presentan como característica esencial la unidad doméstica "...agrupación de personas formada por el padre, la madre y los hijos que viven en comunidad doméstica. En este último sentido, la familia está integrada por un número pequeño de personas. A medida que los hijos se casen forman una

nueva familia, lo que restringe aquella de donde provienen. Muertos marido y mujer se extingue la primitiva familia, dando origen a otras, y así sucesivamente. En general, el Código Civil funciona sobre este concepto limitado de la familia. Su delimitación es muy clara: el vivir bajo una comunidad domestica, o sea bajo un mismo techo”. (VALENCIA ZEA, Arturo, Cit. en PEREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, t. IV, Ed. Temis, Bogotá, 1990, p. 258)

El artículo 874 puede erigirse, no sin muchísimas reservas en la aceptación positiva del concepto material cuando prescribe “El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

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

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

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

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

No obstante es necesario precisar que el anterior precepto por su contenido y objeto esencialmente real y patrimonial no puede significar la asunción irrestricta del criterio material en nuestro orden positivo, pues simplemente indica los beneficiarios del derecho real de uso y habitación.

Otra norma de naturaleza civil que pareciera aceptar el criterio material es la Ley 70 de 1931 que instituyó en nuestro ordenamiento el llamado “patrimonio de familia”, al expresar en su artículo 4º que el mencionado patrimonio puede constituirse en favor de:

“a) De una familia compuesta de marido y mujer y sus hijos menores de edad.

“b) De una familia compuesta únicamente de marido y mujer.

“c) De un menor de edad, o de dos o más que estén entre sí dentro del segundo grado de consanguinidad legítima o natural.”

TEMA IX. INCESTO. LAS DIFERENTES FORMAS EN LAS QUE LAS RELACIONES INCESTUOSAS PUEDEN AFECTAR LA INSTITUCIÓN FAMILIAR, JUSTIFICAN PLENAMENTE LA TIPIFICACIÓN DEL INCESTO COMO DELITO AUTÓNOMO

(...)

“2. *El asunto que debe examinarse.* ¿Es violatoria de normas superiores la penalización del incesto?

3. *El tipo penal.* El artículo 259 del Código Penal Colombiano tipifica el delito en los siguientes términos:

“INCESTO. El que realice acceso carnal u otro acto erótico sexual con un descendiente o ascendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de seis (6) a cuatro (4) años”.

4. *El bien jurídico protegido.* La norma transcrita está inserta en el capítulo primero del Título IX del Código, que trata de los delitos contra la familia.

La primera cuestión que surge es ésta: ¿Merece protección la institución familiar a la luz de la Constitución colombiana de 1991? Veamos.

El artículo 5 Superior, que hace parte del Título I (“De los principios fundamentales”), establece:

“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”. (Subrayas de la Corte).

El 15 *ibídem*, al consagrar el derecho fundamental a la intimidad, dispone:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar...”

Y el 42 (“De los derechos sociales, económicos y culturales”), reitera:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre o una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley...". (Subrayas de la Corte).

Con absoluta claridad se colige de las normas transcritas que la familia es una institución básica en nuestro sistema y que el Constituyente, en armonía con el lugar privilegiado que le ha conferido, exige de todo el ordenamiento normativo, instrumentos que aseguren su protección.

El Código Penal, anterior a la Carta vigente, resulta entonces concordante con ella al tipificar el delito cuestionado, por las razones que en seguida se expondrán:

5. *Consideraciones generales sobre el incesto.* El incesto, entendido como la prohibición de relaciones sexuales entre parientes (endogámicas) ha sido objeto de investigación de las ciencias sociales, particularmente de la antropología y el psicoanálisis, y aún de algunas ciencias naturales como la biología.

La controversia científica acerca del carácter natural o cultural de ese fenómeno, es asunto que no compete dilucidar a la Corte, pues su función es bien distinta. Le importa sí retomar algunas conclusiones de esas disciplinas en la medida en que ellas ayudan a esclarecer la cuestión jurídica planteada, a saber: ¿constituye la penalización de esa conducta, en los términos del código penal colombiano, un límite injustificado al libre desarrollo de la personalidad, consignado como un derecho fundamental en el artículo 16 de nuestra Carta?

Más allá de toda disputa científica, la proscripción de las relaciones sexuales endogámicas aparece como una constante social desde tiempos remotos, en las más diversas culturas. En *Tótem y tabú*, Freud lo considera el crimen primigenio por excelencia, asociado al parricidio, e ilustra su tesis con ejemplos contemporáneos extraídos de observaciones empíricas de comunidades australianas bastante primitivas, de las que pudiera afirmarse que reducen su "moralidad" a esa prohibición. Desecha la utilidad genética como razón (¿inconsciente?) justificativa de la prohibición, pues no excluye a quienes se encuentran en imposibilidad de engendrar. Sus reflexiones en torno al fenómeno se articulan perfectamente con sus hipótesis sobre el complejo de Edipo y el sentimiento ambivalente de deseo y horror conjugados ante el objeto "tabú" (que no puede tocarse, según el vocablo polinesio de donde deriva la palabra universalmente usada).

Claude Levi-Strauss, enjuicia la prohibición del incesto como la primera acción organizadora de cualquier comunidad y le atribuye efectos deseables tanto internos (de orden) como externos (de apertura hacia otras

comunidades), concurrentes a una misma finalidad: la supervivencia por la cohesión y la alteridad. Es quizás, para el antropólogo estructuralista, el puente entre naturaleza y cultura. Pensado el tabú como presupuesto de la cultura, contiene, en embrión, la prohibición normativa que, *a posteriori*, buscará su justificación racional.

También los trabajos investigativos de Malinowski y de Margaret Mead, hecha la salvedad sobre las diferencias de enfoque y los factores que a uno y otro les interesa destacar, permiten concluir que mediante la prohibición del incesto, las diferentes comunidades observadas persiguen crear condiciones propicias para la convivencia de sus miembros, independientemente de la raíz que a la institución se le atribuya.

6. *Las conclusiones de algunas disciplinas empíricas y el incesto en Colombia.* La Corte solicitó su concepto sobre las consecuencias del incesto, a sobresalientes investigadores colombianos de diferentes disciplinas científicas que tienen que ver con el fenómeno. Su acuerdo fue unánime, en el sentido de señalar que las relaciones incestuosas (en los términos establecidos por el Código Penal) son indeseables desde el punto de vista de la estabilidad, la cohesión y la armonía de la institución familiar. Es oportuno traer de nuevo, algunas de esas conclusiones.

a. Las sociólogas que intervinieron, reconocidas autoridades en el tema de la historia, estructura y evolución de la familia colombiana, en sendos documentos enviados a la Corporación afirman sin la más mínima vacilación que las relaciones incestuosas son definitivamente nocivas para la institución familiar. La socióloga Ligia Echeverry Ángel, por ejemplo, puso de presente cómo las relaciones incestuosas más frecuentes, se presentan como formas arbitrarias de poder en aquellos lugares donde existe una idea arraigada de que el padre es el dueño de los hijos y puede hacer con ellos lo que a bien tenga. Las consecuencias negativas de los comportamientos incestuosos, la llevan a concluir que no es pertinente eliminar el único mecanismo con el que se cuenta para evitarlo. Por su parte, la socióloga Virginia Gutiérrez de Pineda, comparte esta opinión, porque el “incesto comporta la quiebra de la estructura familiar, que se fundamenta en la exogamia bilateral y en el principio de solidaridad altruista, altera el vínculo de pareja y el sistema filial, contrapone el status y los roles de padres e hijos y distorsiona el sistema de relaciones psicoafectivo y sexual entre los miembros de la familia”.

b. El antropólogo Guillermo Páramo Rocha, muestra cómo la prohibición del incesto está en el origen mítico o histórico de la enorme mayoría de sociedades y es “una premisa cultural tan fuerte como la de “no matarás” o “no devorarás a tus hijos”. De acuerdo con su concepto, si bien la prohibición de las relaciones incestuosas está definida en términos del parentesco, que varía según el tipo de sociedad, generalmente persigue regular las formas de violencia y de poder en un conglomerado, así como la

de garantizar la socialización, la educación, la intimidad y la libertad de sus miembros. Concluye, entonces, que si la Corte declarara inexecutable la prohibición del incesto, "pasaría a ser legal en Colombia la transgresión de un mandato de la cultura que, con sólo matices de excepción, cabe considerar una de las manifestaciones universales de ella".

La antropóloga Esther Sánchez Botero, afirma también que la prohibición del incesto es una constante social, que funciona a modo de supuesto de la cultura, y aporta desde su especialidad un ejemplo significativo: "En ninguno de los 82 pueblos indígenas de Colombia, se permiten las relaciones sexuales entre parientes".

c. El psicoanalista Gustavo Ángel Villegas y la psicóloga Margarita Sierra de Jaramillo, anotan cómo las personas involucradas en conductas incestuosas sufren de complejos de culpa, que se manifiestan en "depresiones, estado de angustia, fobias, neurosis de fracaso, búsqueda inconsciente de autocastigo, etc". Cuando en ellas concurren menores de edad, sus conclusiones son aún más alarmantes, pues los niños "pierden la posibilidad de desarrollar procesos de información necesarios para la intencionalidad, la responsabilidad personal y el sentido de control sobre los acontecimientos".

d. Por su parte, los argumentos de las ciencias naturales, y en especial de la genética, si bien no son el fundamento de la penalización del incesto en Colombia, coadyuvan a su prohibición. En efecto, tanto el Dr. Emilio Yunis Turbay, como el Dr. Rafael Elejalde, médicos genetistas, ponen de presente cómo los hijos engendrados por padres consanguíneos corren un riesgo mayor de sufrir enfermedades genéticas como "mucopolisacaridosis, homocistinuria, fibrosis quística, sordomudez y retraso mental". No se trata simplemente de casos aislados, pues tal como lo afirma el Dr. Elejalde, estas enfermedades afectan a por lo menos el 44% de los individuos engendrados como consecuencia de una relación incestuosa.

e. Finalmente, es pertinente anotar cómo la ética ve corroborada su punto de vista con los conceptos anteriores. La religiosa, por ejemplo, no acepta bajo ninguna circunstancia las relaciones sexuales entre parientes, porque ve en ellas un atentado contra la familia nuclear y contra los principios morales que defiende. La ética secular, por su parte, como lo observa el profesor Guillermo Hoyos Vásquez, toma en cuenta los resultados de las ciencias sociales, que tal como se ha visto, aportan elementos importantes para fundamentar la prohibición de las relaciones sexuales entre parientes. Al respecto es ilustrativo el siguiente aparte de su intervención:

"El argumento basado en la sanidad de la familia no es sólo moral, es ético en el sentido amplio del "ethos" de una sociedad, el cual no se caracteriza sólo desde la reflexión filosófica, sino desde las demás ciencias sociales y desde algunos aspectos de las ciencias naturales (biología). (...) En el caso que nos ocupa, la filosofía debe reconocer los argumentos antropológicos,

culturales, psicológicos, jurídicos que aconsejan o desaconsejan determinados comportamientos humanos”.

Ahora bien, con base en los argumentos expuestos, encuentra la Corte que cualquiera que sea el sentido de la prohibición del incesto, tabú inherente a la cultura o desestímulo consciente de relaciones que resultan indeseables, es claro que a la luz de la más rigurosa racionalidad normativa, en la perspectiva de la Constitución colombiana, la penalización de esas relaciones aparece legítima y necesaria, siempre que sean atentatorias del bien jurídico que el legislador ha querido proteger. En otros términos, si la familia es un bien digno de protección para el Constituyente, y todas las disciplinas científicas que se ocupan de ella han establecido que el incesto atenta contra ese bien, es ineludible concluir que el desestímulo de las relaciones sexuales entre parientes, mediante la penalización de esa conducta, resulta razonable y proporcionado en aras de preservación de la familia.

Y es que no se trata de un daño abstracto o potencial, como el que se asocia a los llamados delitos de peligro. Se trata de un daño actual, específico, identificable mediante criterios tan confiables como los que se usan en las ciencias empíricas: en la pérdida de roles, la desestabilización de las relaciones entre las personas que conforman el núcleo familiar, es el sentimiento de culpa o la angustia subsecuente a la prohibición con todo el peso tradicional que la acompaña, según se desprende de los estudios especializados allegados al proceso.

7. *La protección de la familia y la solidaridad como límites al libre desarrollo de la personalidad.* Lo que hasta aquí se ha dicho, muestra la necesidad de una norma como la demandada para proteger a la familia, y su soporte en fundamentos racionales. Sin embargo, ello no dispensa a la Corte de confrontarla con otras disposiciones de la Constitución vigente, particularmente con aquella que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues a juicio del actor la relación sexual que un individuo mantiene con un pariente cercano es una acción privada, fruto de su decisión individual, que debe ser inmune a cualquier actuación de las autoridades públicas.

Cabe recordar el tenor literal del artículo 16 de la Carta: “*Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*”. Como tantas veces lo ha expresado esta Corporación, de dicha norma se desprende el reconocimiento de la persona como autónoma, con capacidad plena para elegir dentro de todo un universo amplio de opciones de vida, cuál es la más adecuada para darle sentido a su existencia (Véanse, por ejemplo las sentencias T-542 de 1992, C-004 de 1993, C-221 de 1994, T-007 de 1998). No obstante y en armonía con el texto Constitucional, este ámbito de libertad que se confiere al sujeto no es absoluto y, por tanto, es

posible que el legislador pueda imponer límites, en aras de garantizar la convivencia pacífica que debe reinar entre sus asociados.

La jurisprudencia de este Tribunal, ha señalado con acierto, que los límites al libre desarrollo de la personalidad, “no solo deben tener sustento constitucional, sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente su modelo de realización personal” (Véanse, por ejemplo las sentencias C- 221 de 1994 y C-309 de 1997). Por tanto, cualquier decisión que afecte la esfera íntima del individuo, aquélla que sólo a él interesa, debe ser excluida de cualquier tipo de intervención arbitraria.

En el evento analizado, sin embargo, observa la Corte que los límites de la esfera íntima dentro de la familia resultan más lábiles pues el comportamiento o la actitud de cualquiera de los miembros que implique a otro, incide fatalmente en el núcleo fundamental de la sociedad, en virtud de la solidaridad que en ella prevalece. Veamos:

La solidaridad de las personas, a la que hace referencia el artículo 10 de la Constitución como uno de los fundamentos del Estado colombiano y la solidaridad social que, en el artículo 95 aparece como un principio rector de la conducta de los asociados, es un valor que se construye sobre un hecho. La razón es clara: tal como lo han establecido científicos sociales (v.gr Durkheim), en principio, la solidaridad consiste en el hecho simple y verificable de que cuando se convive lo que afecta a uno solo de los miembros de la comunidad, afecta a los otros (más a los iguales en el caso de las sociedades incipientes, y a los semejantes en el caso de las más desarrolladas y complejas).

Pues bien: sobre ese *factum*, evidente e innegable, ha erigido el Constituyente colombiano un principio rector de la conducta que puede anunciarse así: si del comportamiento que tú observes se siguen consecuencias para los demás, tu comportamiento debe ser de tal suerte que los efectos altruistas (positivos) se incrementen y los egoístas (negativos) se eviten.

Y es de evidencia meridiana que si la solidaridad tiene vigencia en cualquier comunidad, en la más nuclear (donde los miembros conviven en la mayor proximidad física pensable), el fenómeno se da en ella con mayor intensidad y el principio deóntico que de él se infiere, debe ser para sus miembros más vinculante.

De allí que los comportamientos desestabilizados de la institución familiar resultan atentatorios no solo de ella (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad. La restricción del libre desarrollo de la personalidad dentro de la familia, resulta entonces no solo debida sino necesaria, en vista de su preservación.

La pena, como mecanismo disuasivo, que en un Estado democrático debe reservarse para comportamientos efectivamente dañinos para "el otro"

resulta entonces un medio razonable, proporcional y adecuado al fin, máxime si se considera que la que el legislador colombiano ha establecido es benigna, pues fluctúa entre seis meses y cuatro años de prisión.

Vale anotar que, tal como lo expresaron algunas de las científicas sociales consultadas por la Corte, existe una relación intrafamiliar frecuente y desestabilizadora en Colombia entre padrastrós e hijastros, no prevista en la norma sujeta a examen, y que debería ser incluida por el legislador en una determinación más completa de los sujetos del incesto.

Ahora bien, lo que la Corte ha sostenido hasta aquí no puede significar que la persona, con todos sus atributos, en especial su autonomía, tenga que disolverse en la familia. Significa simplemente, que el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad no puede atentar contra los derechos de sus demás miembros, ni poner en peligro la preservación de una institución que el mismo constituyente ha erigido como esencial para la sociedad.

8. *El tipo penal de incesto y los delitos contra la libertad y el pudor sexuales.* Una vez reconocido el fundamento constitucional de la prohibición legal de las conductas incestuosas, es pertinente aclarar que el incesto a la luz del Código Penal, puede cometerse como delito único o en concurrencia con otros hechos punibles, en especial con aquellos delitos contra la libertad y el pudor sexuales.

En efecto, las relaciones sexuales entre parientes cercanos pueden manifestarse de dos formas: con consentimiento o con violencia o abuso. En las primeras, no hay duda de que la disposición aplicable es el artículo 259 del Código Penal -pues aquellos delitos contemplados en el Título XI, presuponen, necesariamente, la existencia de una relación de poder o violencia-. Es el caso, por ejemplo, de dos hermanos adultos que conviven en el seno familiar y que autónomamente, sin ningún tipo de presión, deciden mantener contactos sexuales. Como su comportamiento afecta la armonía y estabilidad del núcleo familiar, sólo pueden ser sancionados con prisión de seis meses a cuatro años, como lo establece el tipo penal de incesto.

Cosa distinta sucede, cuando el acceso carnal o los actos sexuales entre parientes se realizan: 1) con violencia; 2) con engaño cuando la persona es mayor de catorce años o menor de dieciocho; 3) cuando la persona es menor de catorce años o; 4) con persona en incapacidad de resistir.

En todos estos eventos, la conducta incestuosa no solo atenta contra la familia, sino que se constituye en uno de los delitos más graves contra la dignidad del ser humano, por desconocer uno de los bienes más valiosos para su desarrollo integral: su libertad y pudor sexuales. La existencia de dos bienes jurídicos transgredidos hace suponer, entonces, que el reproche penal debe ser aún mayor.

En este orden de ideas, si bien a esta Corte no le compete terciar en la disputa -que surge a partir de la hermenéutica de las normas legales-

acerca de si el incesto puede concurrir con los delitos sexuales o si el hecho del parentesco -constituye una causal de agravación-, lo que queda claro para esta Corporación, es que las diferentes formas en las que las relaciones incestuosas pueden afectar la institución familiar, justifican plenamente, la tipificación del incesto como delito autónomo.

9. *Anotación.* Quien figura como primer ponente de esta providencia juzga suficientes las razones hasta aquí expuestas para fundar la constitucionalidad del artículo 259 del Código Penal. No obstante, el coponente, propuso que se completara la parte motiva con una referencia para él ineludible, a la moral pública como límite al libre desarrollo de la personalidad. Como su propuesta obtuvo la mayoría de votos (5-4) se inserta, finalmente, su argumentación.

Sobre este punto, el primer ponente hará la correspondiente aclaración de voto.

10. *Relevancia constitucional de los criterios de moralidad pública que subyacen a una norma legal* (aparte de la sentencia escrito por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz).

1. En principio, una norma que restringe el libre desarrollo de la personalidad sólo es legítima si es útil y necesaria para proteger un bien constitucional de la misma entidad que aquél que se limita. Adicionalmente, la restricción debe ser estrictamente proporcionada respecto de la finalidad perseguida. Siguiendo esta regla, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido la limitación de la libertad, con el fin de proteger, entre otras cosas, derechos constitucionales de terceras personas e, incluso, en casos de imposición de medidas de protección, la propia autonomía del sujeto cuya libertad se limita (Sobre el concepto de medidas de la protección de la autonomía de las personas, véase la sentencia C-309/97 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

A este respecto, no sobra indicar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende la facultad del sujeto para organizar autónomamente su existencia conforme a un plan de vida propio. Sin embargo, el ámbito del indicado derecho sólo se extiende a los asuntos que, por su naturaleza, tengan carácter personal y no comprometan los derechos de los demás y el orden jurídico. El artículo 16 de la C.P., por lo expuesto, consagra la libertad general de acción, la cual no está acompañada de un criterio sustancial -diverso del mencionado- que permita delimitar su ámbito antes de la intervención del legislador, el cual no obstante sólo puede promulgar regulaciones que lo afecten cuando ellas sean proporcionales y razonables y, además, persigan objetivos e intereses dignos de protección constitucional.

En consecuencia, por las razones que han sido expuestas en la primera parte de esta decisión, debe afirmarse que la prohibición del incesto es una restricción legítima del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En

efecto, los datos científicos aportados al proceso permiten sostener que la norma legal que penaliza el incesto persigue la protección de bienes constitucionalmente tutelados como la familia -y cada uno de sus miembros-, e instituciones sociales -como los sistemas de parentesco- de innegable importancia.

2. Sin embargo, la Corte no se ha referido, hasta ahora, a los alegatos de la mayoría de las personas que intervinieron en el presente proceso, según los cuales existe una estrecha relación entre la prohibición legal del incesto y principios morales fuertemente arraigados en la sociedad. Ciertamente, resulta evidente que la tipificación del incesto como delito por parte del legislador, hace que, en esta materia, el derecho positivo y la moral pública, conservando sus diferencias, coincidan en prohibir un determinado comportamiento sexual.

En consecuencia, resta preguntarse si, en casos como el presente -en los que existe una estrecha e indudable relación entre la norma demandada y un principio moral fuertemente compartido en la sociedad-, resulta procedente, y en qué grado, que el juez constitucional reconozca la existencia del mencionado principio. En otras palabras, si el *argumento moral* es también pertinente para adoptar decisiones constitucionales en uno u otro sentido.

3. La ley suele reflejar los principios morales compartidos por las mayorías representadas en el órgano legislativo. Por ello, se afirma que el derecho es moral positivizada. Pero, si los principios morales imperantes en un determinado momento histórico constituyeran un argumento suficiente para justificar cualquier restricción de la libertad, todas las normas jurídicas que reflejaran los valores mayoritarios resultarían constitucionales. De aceptarse esta premisa, la Constitución Política abdicaría de su función protectora de los derechos de las minorías, la tolerancia y el pluralismo y, de otra parte, el control material del derecho legislado, carecería de sentido.

Sin embargo, la afirmación anterior no implica que el legislador no se encuentre autorizado para plasmar en una disposición legal un determinado principio moral, ni que la *moral pública* -en el sentido que más adelante se precisa- carezca de capacidad para justificar, en algunos eventos, ciertas restricciones a la libertad. Por último, la anterior afirmación tampoco apoya la tesis en virtud de la cual el argumento moral resulta absolutamente irrelevante para los efectos del control constitucional.

4. Al admitir que el derecho es moral positivizada, se está reconociendo que el legislador puede limitar e incluso sancionar comportamientos que la moral pública considera dañinos, de suerte que la reacción no institucionalizada sea reforzada o sustituida por la sanción institucionalizada que aplica el Estado, con lo cual se asegura certeza en la

protección del bien y en la efectiva actuación contra su menoscabo. Sin embargo, el hecho de que la norma restrictiva se sustente en un principio moral no la hace, en sí misma, constitucional. En otras palabras, no cabe duda de que el derecho y, en particular, el derecho penal, tienen con la moral pública profundas conexiones, lo cual no quiere decir que su eventual convergencia los haga inmunes al control de constitucionalidad.

El Derecho como instrumento de control social no descarta otros sistemas normativos de orientación de la conducta humana. Particularmente, en relación con la moral pública, puede tener una relación en cuya virtud secunde algunos de sus propósitos. El proceso legislativo -esfera pública por excelencia- constituye una instancia permanente de valoración ético-social de las más variadas conductas de la colectividad y, por consiguiente, al mismo acceden todas las creencias y discursos donde lo moral y lo político se entrelazan, como por lo demás corresponde a una sociedad que no es homogénea sino plural y pluralista. La ley es un medio al servicio de la razón pública que sirve desde esta perspectiva al propósito de articular normativamente consensos mínimos en una sociedad integrada por ciudadanos autónomos, libres e iguales, llamados por ello a configurar participativamente el orden político. De ahí que la ley, como una de las más valiosas síntesis de la deliberación y conformación discursiva de la opinión pública, busque encarnar en sus disposiciones una determinada visión de lo que se considera, en un momento dado, como justo para el individuo y la comunidad -ya sea a partir de un ideal ético o político o desde una práctica moral comunitaria-, lo cual, desde luego, como simple aspiración normativa, se somete tanto al escrutinio de la moralidad crítica individual y social, como al examen de conformidad constitucional.

5. Ahora bien, la cuestión central que se debate reside en determinar si el juez constitucional debe permanecer absolutamente marginado de las razones morales que explican o justifican la existencia de determinadas normas legales.

A juicio de la Corte, la adecuación del orden jurídico a los mandatos constitucionales no es verdaderamente posible sin atender a las condiciones sociales -dentro de las que ocupa un lugar destacado la moral positiva- en las que pretende operar el ordenamiento. Suponer que no existe ninguna relación jurídicamente relevante entre las convicciones morales imperantes en la comunidad y las disposiciones jurídicas -legales o constitucionales- es incurrir en la falacia teórica que originó una de las más agudas crisis del modelo liberal clásico y que desembocó en el nuevo concepto del constitucionalismo social. Justamente, como respuesta a dicha crisis, nadie en la actualidad exige al juez constitucional que actúe bajo el supuesto del individualismo abstracto y que aparte de su reflexión toda referencia al sistema cultural, social, económico o moral que impera

en la comunidad a la cual se dirige. En este sentido, puede afirmarse que el reconocimiento de los principios de moral pública vigentes en la sociedad, no solo no perturba sino que enriquece la reflexión judicial. En efecto, tal como será estudiado adelante, indagar por el sustrato moral de una determinada norma jurídica puede resultar útil y a veces imprescindible para formular una adecuada motivación judicial.

Bajo el supuesto de que la reflexión acerca de la moralidad pública -o sobre la cultura o las relaciones sociales- no resulta extraña al control constitucional del juez del Estado social y democrático de derecho, resta determinar, más concretamente, en qué eventos y de qué manera puede introducirse en el juicio constitucional un argumento de moralidad pública para fundamentar una decisión judicial.

6. La Constitución expresamente señala que los derechos de los demás y el orden jurídico limitan el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En tales condiciones, no puede negarse al legislador la atribución de dictar reglas necesarias a fin de preservar el orden público, uno de cuyos componentes esenciales, fuente legítima de restricciones a la libertad y autonomía de los individuos, es precisamente la moral pública. Así, por ejemplo, el legislador está autorizado para restringir, en nombre de ciertos principios de moralidad pública, la libertad negocial de los individuos o impedir o desestimular la realización pública de ciertos comportamientos que, en virtud de tales principios, se consideran privados (Sobre este tema interesa mencionar que la doctrina constitucional alemana ha recalado que, además de los límites que la Constitución le fija expresamente al ejercicio de los derechos fundamentales, estos también tienen unas barreras éticas inmanentes. Esta tesis se apoya en la tradición del derecho privado acerca de los límites éticos inmanentes en el ejercicio de los derechos, según la cual el ejercicio de un derecho no puede superar la frontera que le trazan las buenas costumbres y la buena fe. Ver, por ejemplo, el comentario al párrafo 1 del artículo 2 de la Ley Fundamental alemana, contenido en Maunz, Theodor/Dürig, Günter (1990): Grundgesetz. Kommentar, Tomo I. p. 61, Munich. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte al admitir ciertas restricciones a la libertad en nombre de principios de moralidad positiva o aceptar la intervención del Estado en cuestiones 'morales'. En este último sentido, por ejemplo, en la sentencia T-321 de 1993 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), se reconoce la competencia subsidiaria del Estado para intervenir en asuntos morales. En efecto, al tenor de la mencionada decisión. 'No puede, pues, trasladársele al Estado una responsabilidad (la de orientar moralmente a los hijos), que sólo subsidiariamente le compete, pues es función que ante todo le incumbe a los padres".

En este sentido, es necesario indicar que los tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos por el país, con las creencias y dentro de los límites consustanciales a una sociedad democrática, reconocen a los estados el poder de limitar los derechos de libertad, entre otros motivos, por consideraciones ligadas a la moralidad pública (Los principales tratados internacionales de derechos humanos incorporados por Colombia a su derecho interno prevén la posibilidad de restringir ciertos derechos fundamentales (libertad de conciencia y de religión, libertad de pensamiento y expresión, libertad de reunión, libertad de asociación y libertad de circulación y residencia) por motivos de moralidad pública. En este sentido, véanse, los artículos 12-3, 18-3, 19-3-b), 21 y 22-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), los artículos 12-3, 13-2-b), 15, 16-2 y 22-3 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972) y los artículos 10-2, 13-2-b) y 14-3 y 15-2 de la Convención sobre Derechos del Niño (Ley 12 de 1991).

No obstante, la regla anterior requiere múltiples precisiones. En efecto, el hecho de que la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos admitan la posibilidad de restringir la libertad en nombre de ciertos principios morales no significa que cualquier regla moral sirva para tales efectos o que toda restricción resulte constitucionalmente legítima (A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia proferida dentro del asunto Handyside, el 7 de diciembre de 1976, señaló “no es posible extraer del derecho interno de los Estados contratantes una noción europea uniforme de ‘la moral’. De modo que son las autoridades de cada uno de los Estados las que se encuentran en la mejor posición para pronunciarse sobre el contenido preciso de exigencias como la necesidad de una restricción o sanción en casos como el que nos ocupa [prohibición de la circulación de un libro y decomiso de los ejemplares del mismo en razón de su contenido obsceno]. Bien es cierto que el citado artículo 10-2 del Convenio [restricción de la libertad de expresión por razones de moralidad pública] reserva a los Estados contratantes un margen de apreciación. Sin embargo, el citado artículo no atribuye a los Estados un poder de apreciación ilimitado. Por el contrario, el Tribunal, junto con la Comisión, tiene por misión asegurar que dichos Estados respeten sus compromisos, siendo competente para establecer mediante sentencia definitiva si una ‘restricción’ o bien una ‘sanción’ pueden conciliarse con la libertad de expresión tal y como es protegida en el artículo 10. El margen nacional de apreciación va, pues, a la par con el control que practica el Tribunal al que concierne determinar la finalidad de la medida litigiosa y su necesidad, lo que puede llevar tanto a la ley que le sirvió de base como a la decisión que la aplicó, aunque ésta emane de una jurisprudencia independiente. (...). El Tribunal no tiene por tarea sustituir a las jurisdicciones internas

competentes, sino apreciar desde el ángulo del artículo 10 las decisiones que adopten en el ejercicio de su poder de apreciación. Su control sería ilusorio si se limitara a examinar las decisiones aisladamente. Por el contrario, el Tribunal debe examinarlas a la luz del conjunto del caso, comprendiendo la publicación de que se trata, así como los argumentos y medios de prueba invocados por el recurrente en el orden jurídico interno e internacional. Incumbe al Tribunal determinar, con base en los diversos elementos de juicio que posee, si los motivos dados por las autoridades nacionales para justificar las medidas concretas adoptadas son pertinentes y suficientes desde el punto de vista del artículo 10-2”). En esta cuestión, como en la mayoría de los asuntos constitucionales, es esencial definir el alcance de cada uno de los términos y realizar distinciones como resulte necesario para no invertir la tendencia *pro libertate* del modelo constitucional vigente ni violentar el principio de neutralidad que esta regla supone (Cabe señalar que en el Estado Social y democrático de Derecho, el principio de neutralidad no tiene el carácter de limitación temática del discurso en el proceso democrático y, por lo tanto, permite que aquello que en principio es reservado al ámbito privado, sea objeto de tematización y crítica pública).

En otras palabras, no escapa a esta Corte la posibilidad de que, en una sociedad plural, la utilización de argumentos morales a favor de la constitucionalidad de una determinada norma legal, puede originar atropellos inmensos en contra de la libertad de personas que, en ejercicio de su autonomía, no comparten los principios de la mayoría. No obstante, para evitar este tipo de abusos se han diseñado herramientas estrictas de control constitucional que, como el juicio de proporcionalidad, impiden o dificultan su ocurrencia, además de la obligatoriedad superior de los principios y libertades garantizados por la Constitución.

7. En primer lugar, toda norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe estar sometida a un juicio estricto de proporcionalidad. En consecuencia, sólo si la finalidad corresponde verdaderamente a un principio de moralidad pública -en el sentido que se precisa más adelante- y, si es útil, necesaria y estrictamente proporcionada respecto de tal finalidad podrá resultar ajustada a la Constitución. En este sentido, se admite, por ejemplo, que la realización de determinados comportamientos o prácticas que pueden afectar gravemente principios de moralidad pública imperantes se vean sometidos a una restricción, consistente, por ejemplo, en limitar su realización a lugares privados o reservados o en someter su difusión pública a ciertas condiciones especiales (franjas, horarios, autorización previa, etc.).

En todo caso, la sanción penal consistente en una limitación a la libertad personal no puede fundarse exclusivamente en la defensa de principios de

moralidad pública que, a su turno, no amparen derechos o bienes constitucionalmente protegidos (A este respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-239/97 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); C-659/97 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Sobre una cuestión semejante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia dictada dentro del asunto Dudgeon, el 22 de octubre de 1981, manifestó: “Como ha puesto de manifiesto el caso Sunday Times, el margen de apreciación no tiene amplitud idéntica para cada una de las finalidades que autorizan a limitar a un derecho, siendo especialmente amplia cuando se trata de proteger la moral. Pero en cualquier caso hay que entender que el margen de apreciación depende no solo de la finalidad de la restricción sino de la naturaleza de las actividades en juego. En el presente supuesto que tiene por objeto uno de los aspectos más íntimos de la vida privada, deben existir razones particularmente graves para convertir en legítimas las injerencias de los poderes públicos a los efectos del artículo 8-2 [restricción de la intimidad por razones de moralidad pública]. Las motivaciones alegadas por el Gobierno irlandés, sobre el clima moral irlandés contrario a la reforma de dicha legislación y la situación constitucional por la que atraviesa Irlanda, no justifican hablar de 'necesidad social imperiosa'. Los motivos del Gobierno, que se entienden pertinentes, no son suficientes para justificar el mantenimiento de normas en la medida en que tengan por resultado general la prohibición penal de relaciones homosexuales entre hombres adultos capaces de consentirlas. En particular, de la población de Irlanda del Norte, ni las actitudes sobre la homosexualidad masculina en Irlanda del norte, ni la creencia de que una atenuación de dichas penas no conduce a minar los valores morales existentes, no permite en sí mismo una injerencia en la vida privada del recurrente. Despenalizar no significa aprobar, y el temor de que en ciertos ambientes obtengan a este respecto conclusiones erróneas de una reforma de la legislación, no constituye una buena razón para conservarla incluso en sus aspectos injustificables”). Ciertamente, una tal restricción resultaría desproporcionada en la medida en que no podría superar el juicio llamado de estricta proporcionalidad (Véanse, entre otras, las sentencias C-459/95 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-309/97 (MP. Alejandro Martínez Caballero); T-067/98 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-124/98 (MP. Alejandro Martínez Caballero)). No obstante, lo anterior no implica que un principio de moralidad pública no pueda ser utilizado por el juez constitucional como una razón adicional -mas no suficiente- para justificar la exequibilidad de una norma que establece un tipo penal. En este sentido, el argumento moral constituye un factor que podría contribuir a decidir los casos en los que, por su particular complejidad, el juez debe atender a todas las circunstancias relevantes, una de las cuales, sin duda, es la protección de la llamada *moralidad pública*.

8. En segundo lugar, para efectos del control constitucional, el concepto de *moralidad pública* debe distinguirse de otros idearios morales, colectivos o individuales, que existen en la sociedad. En efecto, como ha sido expresado, no es suficiente que el motivo o la finalidad subyacentes a la intervención del legislador en el ámbito de la libertad individual tengan que ver con un criterio o principio moral, para que la norma legal estudiada, por ese solo hecho, se considere constitucional y la restricción específica idónea para imponerse como límite legítimo al libre desarrollo de la personalidad.

En el contexto de la sociedad plural y multicultural, la preferencia por la libertad -y esto es fundamental- no puede sucumbir ante una visión que sólo se sustente en el prejuicio, la ignorancia, la simple preferencia generalizada o el mero dictado de una religión o cosmogonía que no pueda ser extendido a los no creyentes. Igualmente, el costo de imponer o mantener la moralidad pública no puede traducirse en la instrumentalización de ninguna persona ni en su pérdida de dignidad y autoestima. Lo anterior, claro está, sin detrimento de la autonomía que la Carta Política otorga a ciertas comunidades especiales en virtud de las garantías derivadas, entre otros, del principio de protección a la diversidad étnica y cultural (C.P., artículo 70.).

La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad. El concepto de orden público en la sociedad democrática basada en los derechos, se refiere a las condiciones y orientaciones valorativas mínimas que deben ser respetadas por sus miembros para que ésta sea una comunidad organizada en términos de libertad y para la libertad. Esta función del orden público en una democracia constitucional, forzosamente debe predicarse con la misma intensidad de cada uno de los elementos que lo integran, entre ellos, la moralidad pública. Se comprende, entonces, que la relativización de la libertad obedece a una lógica social que mira a su conservación y a su florecimiento, lo que no sería posible si los planes de vida de todos los sujetos y sus puntos de vista de orden moral, pudieran llevarse a cabo y manifestarse socialmente sin cortapisa o armonización alguna.

Por esta razón, el juez constitucional debe confrontar los criterios de moralidad pública contenidos en la ley, con el conjunto de normas y

principios constitucionales. No obstante que la ley se apoye en un criterio de moral pública, si éste desconoce los principios superiores sobre los que se edifica la democracia constitucional, fundada en el respeto de los derechos fundamentales, la Corte no tiene alternativa diferente a declarar su inexecutable. Esto simplemente significaría que la concepción acogida sobre moral pública no era la que se desprendía de las instituciones constitucionales o la que era necesario implementar con el fin de que ellas tuviesen un desarrollo adecuado en la vida social.

9. Nada de lo anterior puede ser interpretado en el sentido de que el único vehículo para introducir en la vida colectiva valoraciones y orientaciones de sentido referentes al comportamiento de los ciudadanos sea la ley. Aparte de que todo sistema social se organiza en torno a pautas de comportamiento más o menos obligatorias, la propia Constitución ha incorporado principios de hondo contenido moral como los de justicia, dignidad, prevalencia del interés general, pluralismo, participación, respeto por los derechos humanos, entre otros, que obligan a todos los ciudadanos y poderes públicos a adecuar sus actos a parámetros de conducta que resulten congruentes con la decisión constitucional que los ha elevado al rango de mandamientos jurídicos supremos.

En particular, los jueces, con el objeto de construir o refrendar la moralidad pública, deben justificar sus decisiones en los principios que se prohíben en la Constitución y hacerlo de manera expresa de modo que se puedan conocer y controlar racionalmente los reales y verdaderos juicios que sirven de asidero a la solución que dan a cada caso. Sólo así se puede mantener la confianza en la función de los jueces como autoridades responsables y como intérpretes coherentes de la Constitución y de sus principios.

10. En virtud de todo lo anterior, se pregunta la Corte si, en el presente caso, los principios de moralidad pública reconocidos en la norma demandada sirven como argumento adicional para declarar su executable.

Para resolver la cuestión planteada, el criterio de moralidad pública plasmado en la disposición acusada, -en cuya virtud se sanciona penalmente la práctica de la sexualidad entre los miembros de la familia-, tiene que ser analizado a la luz de la Constitución Política. El juicio valorativo negativo que la norma proyecta sobre ciertos actos sexuales, reitera la prohibición social de orden cultural firmemente cimentada en la moral pública ahora elevada a norma positiva.

La pretensión de conferir fundamento jurídico expreso a dicho dictado de la moral pública con el objeto de proteger la institución de la familia, servirá de argumento adicional para declarar la executable de la norma o para reforzar una tendencia en tal sentido, siempre que el criterio de moralidad insito en ella cumpla las condiciones necesarias para ajustarse a

los principios y valores superiores contenidos en la Constitución y, al mismo tiempo, éste, en sí mismo, no conlleve inequidad o imparcialidad, vale decir, no corresponda a una concepción incompatible con la protección de la 'dignidad humana' (C.P., art. 10) y la vigencia de "un orden justo" (C.P., art. 20). Si el criterio moral que se recoge por el legislador no supera esta prueba, constituirá entonces un argumento que avalaría una eventual declaratoria de inexecutable.

11. La prohibición legal, en este caso, adopta un criterio de moralidad pública que, desde una perspectiva constitucional, no es irracional. Desde la esfera del deber ser -moral y jurídico-, se ha pretendido influir sobre el comportamiento humano sexual, con miras a desestimular entre los miembros de la comunidad, la realización de un conjunto de conductas que se han demostrado lesivas de la integridad del grupo en todos sus aspectos, lo cual, a la postre, también redundaría en una perspectiva diacrónica en menoscabo de los sujetos individuales que lo componen. En esta sentencia ya se ha expuesto el cúmulo de peligros, amenazas y daños, más o menos probables y verosímiles, que históricamente se ha querido evitar con la interdicción del incesto.

Al respecto, la experta Virginia Gutiérrez de Pineda en el concepto enviado a esta Corporación sostiene que, "el incesto comporta la quiebra de la estructura familiar, que se fundamenta en la exogamia bilateral y en el principio de solidaridad altruista, altera el vínculo de pareja y del sistema filial, contrapone el status y los roles de madre e hija y distorsiona el sistema de relaciones psicoafectivo y sexual entre sus miembros".

Asevera que, en su parecer, "si llegara a despenalizarse el incesto, desaparecería el único recurso de contención legal contra la promiscuidad intrafamiliar, se rompería la unidad de la pareja porque podría encubrir una poliginia o una poliandria, con lo cual desaparecería la unidad conyugal monógama, perdería su vigencia el sistema imperante de parentesco que rige y orienta a la sociedad en la regulación de la herencia y en la posición y el respaldo de los individuos y se rompería el decurso normal de las relaciones hogareñas. La unidad psicoafectiva progenitifilial se transformaría al convertirse el hijo o la hija en rivales potenciales del padre o de la madre, y los lazos fraternales cambiarían su sentido tradicional al convertirse cada miembro en potencial esposo o esposa de la otra o del otro".

De otra parte, según el médico Rafael Elejalde del Medical Genetics Institute, S.C. de Milwaukee, Wisconsin, "todos los estudios de hijos concebidos por padres consanguíneos han mostrado que ellos producen un mayor número de hijos anormales que los padres que no son miembros de la misma familia. Mientras más cercana sea la relación familiar, mayor es el riesgo de que los hijos estén afectados por enfermedades genéticas". Añade, además, que los hijos fruto de relaciones entre consanguíneos pueden llegar a padecer enfermedades como la mucopolisacaridosis, la homocistinuria, la fibrosis quística, la sordomudez y el retraso mental.

Igualmente, agrega que es posible deducir "que la mitad de los hijos de relaciones incestuosas son anormales y la otra mitad es normal".

El reconocido genetista Emilio Yunis afirma que el homocigotismo de genes recesivos que presentan enfermedad genética tiene mayores posibilidades de aparecer cuando se trata de la unión de dos portadores del gen respectivo. En este sentido, asegura que "a mayor cercanía familiar mayor el número de genes compartidos y mayor la probabilidad del homocigotismo. En genética se afirma, con razón, que las enfermedades por genes recesivos son más frecuentes mientras mayor sea la consanguinidad".

Desde la perspectiva psicológica, el médico psicoanalista Gustavo Ángel Villegas sostiene que las relaciones incestuosas sí pueden implicar consecuencias negativas, toda vez que éstas producen sentimientos de culpa conscientes e inconscientes. En este sentido, las patologías psiquiátricas más usuales relacionadas con casos de incesto son: (1) depresiones y estados depresivos menos graves; (2) estados de angustia flotante o asociada con fobias; (3) neurosis de fracaso; (4) búsqueda inconsciente de autocastigo, en accidentes traumáticos, quiebras económicas, rupturas matrimoniales seriadas. De igual forma, indica que estos efectos pueden tener una incidencia mayor en el seducido quien, en algunos casos, puede incluso llegar a padecer una neurosis traumática, especialmente si no consintió en la relación o fue inducido a ella mediante el engaño o la violencia. Advierte que "de todas maneras, salvo manifiestos casos de psicopatía, los dos participantes experimentan la acción perturbadora del superyo o consciencia moral". Señala el experto que las creencias religiosas, la moral social y la amenaza de sanciones jurídicas refuerzan la acción de la consciencia moral sobre las acciones de la persona. Conforme a lo anterior, concluye que, a su juicio, "la despenalización y permisividad del incesto traerían efectos nocivos para la salud emocional y mental de las personas".

En opinión de la socióloga Argelia Londoño Vélez, el incesto contra menores de edad, "constituye en sí mismo una vulneración de la libertad sexual y la dignidad de los menores, además de afectar la convivencia del grupo familiar". Para sustentar su aserto, expone los siguientes argumentos: el trato incestuoso (1) se produce dentro de la familia como expresión de las relaciones desiguales de poder entre adultos, niños, niñas y adolescentes; (2) se ejecuta contra una persona que no tiene capacidad y libertad para otorgar su consentimiento válido; (3) se ejecuta contra una persona que vive en condiciones de subordinación o dependencia respecto del agresor, bien sea física, psíquica o social; (4) se lleva a cabo contra una persona que dadas su historia personal y social es incapaz de oponerse a las pretensiones del agresor; (5) se realiza contra una persona que carece de elementos cognitivos para comprender la relación sexual; y, (6) lesiona gravemente el desarrollo psico-afectivo, la salud mental y la salud sexual y reproductiva de los menores.

Indica la profesional que las relaciones familiares entre los sexos y las generaciones, "no suelen ser dialógicas, por el contrario, son campos del ejercicio arbitrario del poder y campo de vulneración de los derechos humanos de los miembros más débiles del grupo ya sea por su edad, sexo, posición social, económica y cultural". A este respecto, precisa que el incesto cometido en la persona de menores de edad no requiere, necesariamente, del uso de malos tratos o de fuerza física, toda vez que las condiciones de parentesco, superioridad y autoridad que ostenta el adulto que lo perpetra son suficientes para que el niño acceda a la relación sin oponer resistencia alguna.

12. Es perfectamente racional que el grupo social apele a una estrategia normativa -por tanto valorativa-, para encauzar la acción social en una dirección que le permita impedir efectos perjudiciales en los distintos órdenes de la vida social e individual. La sanción, social o jurídica, cumple la misión de señalar, de manera no contingente, comportamientos dañinos y, en cierta medida, suple la necesidad de que el sujeto deba en cada caso entrar a determinar cognoscitivamente por sí mismo el universo de efectos que se siguen de su conducta, lo cual aunque deseable no siempre es posible en la práctica social.

De hecho, las bases científicas del tabú del incesto impuesto desde los albores de la civilización, pueden retrospectivamente sustentarse en alguna extensión con los actuales conocimientos y técnicas adquiridos en los distintos campos del saber humano, corroboración ésta que, en todo caso, no le resta mérito, validez ni legitimidad a la función normativa inicialmente canalizada por el tabú, reflejada posteriormente en costumbres, usos y creencias que concluyen con la penalización positiva. Esta última, lejos de ocultar el origen mítico de la prohibición se apropia de ella racionalmente y secunda, en el plano secular, su sentido y propósito, contribuyendo también a aliviar al individuo y a -reducir gracias a la claridad que provee sobre las posibilidades de contacto sexual genéricamente permitidas y prohibidas- la complejidad de su entorno social y las interacciones que en él pueden realizarse.

13. La prohibición del incesto, de otra parte, como opción valorativa social, no se apoya en una mera preferencia generalizada, ni responde exclusivamente a la directriz de una determinada creencia o cosmogonía y, menos todavía, a una alternativa moral puramente individual. En verdad, si ése fuese su único anclaje, no podría ser recogida como principio de moralidad pública oponible a los ciudadanos sobre una base secular, puesto que estos, en una sociedad pluralista y libre, sólo están obligados a obedecer mandatos que, por su racionalidad práctica, trasciendan la condición de creencias o valoraciones parciales y particulares. Lo anterior no significa que un elemento de la moralidad o de la razón públicas, no pueda ser apoyado desde la base de las creencias que se profesan por parte

de los diferentes grupos que integran la sociedad global. Sin embargo, aunque ello no fundamenta su obligatoriedad, su coincidencia eventual no es en sí misma perjudicial pues facilita su cumplimiento y aceptación social.

14. La Corte considera que la prohibición del incesto corresponde a una verdadera y real opción valorativa vinculada con la moralidad pública. No puede estimarse que constituya una opinión efímera o casual más o menos compartida por la sociedad. La anotada prohibición tiene fundamento firme en los usos, costumbres y creencias de casi todos los pueblos. La memoria histórica del país arroja un dictamen incuestionable sobre la constancia cultural de la prohibición del incesto, la cual, de acuerdo con la evolución de los diferentes sistemas normativos que la han adoptado, se ha manifestado a través de distintas formas de reproche y desaprobación que van desde el tabú hasta su tipificación penal. La prohibición del incesto, de otra parte, tiene carácter transcultural en cuanto que es asumida por las organizaciones sociales más heterogéneas y es acogida por credos y profesiones religiosas de distinto origen. Se trata de un criterio de moralidad pública que, por su generalidad, trasciende posiciones espirituales de orden particular que, más bien, encuentran en aquél una pauta valorativa común.

15. La prohibición del incesto, al incorporar positivamente un criterio de moralidad pública que se busca mantener en el seno familiar, no ocasiona, por sí misma, en cuanto mandato restrictivo, detrimento a la dignidad de las personas. La Corte quiere puntualizar que la prohibición no se endereza de manera deliberada a causar agravio o lesión a determinadas personas por ser portadoras de determinados rasgos o creencias, ni persigue un propósito discriminatorio e injusto ejercitado y ejecutado por una mayoría contra una minoría o determinadas personas. La renuncia que se sigue a la prohibición, de otra parte, no tiene la entidad de clausura a la satisfacción sexual que en modo alguno se niega si ella se realiza en el ámbito del grupo externo a la familia. El sujeto no queda, por tanto, reducido a objeto ni librado a la ciega instrumentalización por parte de la mayoría, a la cual no puede acusársele de imponer deberes o cargas "supererogatorios", esto es, excesivos, anormales o descomunales.

16. La materia sobre la que recae la prohibición del incesto, fue tal vez la primera que reivindicó la sociedad como un todo para sí. Recuerda el profesor Guillermo Páramo Rocha, que para Lévi-Strauss la prohibición del incesto representa la 'verdadera marca de la cultura, comparable al empleo de instrumentos y al lenguaje articulado', la cual sirve de "frontera (o puente) que separa (o une) lo cultural y lo natural". En el mismo estudio, el ilustre profesor, alude al sistema normativo de los muiscas, y recoge el siguiente testimonio de Fray Pedro Simón: "Si alguno se hallase que tuviese

cuenta con su madre, hija, hermana o sobrina, que entre ellos eran grados prohibidos, los metiesen en un hoyo angosto de agua con muchas sabandijas venenosas dentro y cubriéndolo con una gran loza lo dejaran pereciendo allí, y la misma pena se daba a ellos” (Noticias Historiales VI, vii, 3).

En este sentido, la antropóloga Esther Sánchez sostiene que “sólo lograron sobrevivir aquellos grupos que instituyeron el tabú del incesto”, los cuales “debieron ser los grupos que se componían de individuos de elevados impulsos sexuales y agresivos ya que este sería el modo de sobrevivir y propagarse. Dichos impulsos, sin embargo, debían ser contenidos por fuertes mecanismos inhibitorios y las sanciones íntimas de culpabilidad y remordimiento”.

Según la experta, “el tabú del incesto hace parte de nuestra herencia cultural, que dice que el apareamiento incestuoso debe evitarse. Algunos factores biológicos contribuyeron a la rápida asimilación de los sentimientos de culpabilidad e inhibición en las tempranas experiencias sexuales”.

En este sentido, el profesor Guillermo Páramo Rocha afirma: “El tabú del incesto, empero, tiene tal fuerza que está imbricado en el tejido de la cultura y en el aparato institucional, legal y moral de muchas, sino de todas las sociedades: regulación de la violencia y el poder, distinción de grupos de edad, protección de la infancia, socialización, educación, grados de intimidad, de libertad, noción de la autoridad, de la identidad, etc., y, por supuesto, sistemas de parentesco y estructura familiar, sin mencionar las ideas relativas a la salud y a la enfermedad, a lo sucio y a lo limpio, lo puro y lo impuro, a la historia y a las líneas de descendencia, a los ancestros, a la esfera de lo religioso, a la concepción del tiempo y del espacio y hasta a la lógica misma del ordenamiento del cosmos”.

17. La densa y profusa existencia de evidencias sobre la consideración pública que casi siempre y en todos los lugares, ha tenido el asunto relativo a la prohibición de las relaciones sexuales incestuosas, le resta plausibilidad a la tesis de que este asunto sea privativo de los sujetos individuales y pertenezca a la esfera de su libre disposición, máxime si se considera que en este punto el individuo no escapa completamente a los procesos de socialización y representación social de la realidad, que surgen de los distintos contextos de vida y del cúmulo de experiencias compartidas. Lo que incumbe al dominio público y al derecho no se puede despachar a priori y de manera perpetua con la fórmula según la cual lo único que concierne a la sociedad y a la ley son las conductas del individuo que puedan generar daño social. La consideración de la causación potencial o actual de daño se aprecia en muchos casos, pero no siempre resulta decisiva.

Pese a lo anterior, la validez constitucional del criterio de moralidad pública que sirve de sustrato a la norma que sanciona las relaciones sexuales entre parientes cercanos no es suficiente para justificar su exequibilidad. En efecto, como quedó expresado, una disposición penal que tenga como efecto la restricción de la libertad personal no puede tener como única fundamentación un principio de la moralidad pública.

No obstante, en el asunto que ocupa la atención de la Corte, ya se ha señalado como argumento adicional al histórico e institucional, que la práctica del incesto está asociada a una cadena de daños que se ciernen sobre la sociedad y los individuos, lo que confirma la idea de que la sociedad y el Estado sí están concernidos por esta conducta sexual y que, por consiguiente, sus regulaciones en principio no pueden entenderse como injerencias abusivas en un campo que es propio del sujeto autónomo y de su vida privada. En consecuencia, el criterio moral al que se ha hecho referencia coadyuva la reflexión hasta ahora realizada y disipa las dudas que aún puedan existir sobre su exequibilidad.

Lo anterior no significa que el legislador, en ejercicio de su libre configuración normativa, no pueda en un momento dado renunciar a la penalización de la conducta y, en su lugar, conferirle un tratamiento distinto o sujetar algunas variantes de la conducta incestuosa a una disciplina especial. Lo que ocurre en casos como el presente, es que la amplitud de la norma penal, no puede ser recortada por virtud de una decisión de la Corte Constitucional, que no encuentra razón ni legitimidad alguna para remover la decisión democrática ajustada a la Constitución Política.

Aparte del efecto que la conducta prohibida apareja, tal prohibición tiene un ingrediente simbólico -sin perjuicio de su efectividad normativa- en cuanto que expresa un factor trascendental de cohesión y definición cultural, que sólo puede ser alterado por la propia sociedad a través de decisiones políticas o de procesos culturales complejos que no pueden ser definitivamente impuestos por esta Corporación de manera unilateral.

De otro lado, ya se ha puesto de presente, la prohibición examinada ha sido corroborada por la razón pública como significativa tanto para el individuo como para la sociedad. Finalmente, cabe resaltar que en esta última el individuo se forma y actúa como sujeto autónomo dotado de capacidades morales para ejercitar sus derechos y cumplir los deberes de la civilidad propios de una comunidad altamente diversificada, pero no por ello privada de consensos reflexivos básicos sobre su común unidad -adoptados desde luego dentro del marco constitucional que postula el respeto a los derechos y libertades fundamentales-, indispensables para articular en una sociedad de libres e iguales, relaciones de mutuo reconocimiento, respeto y reciprocidad".(Corte Constitucional, Sentencia: Agosto 10 de 1998 (C-404), Magistrados ponentes: Drs. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz, Referencia: Expediente D-1935)

COMENTARIOS

No obstante los autorizados planteamientos plasmados en este fallo y luego de su reflexión detenida, hemos concluido que en el actual estado de desarrollo científico, contemporáneamente y en el pleno albor de la nueva centuria, el soporte o razón de acriminación penal de las relaciones sexuales entre familiares, debe quedar desprovisto de cualquier idea que propugne por su delictualización con fundamento en sus eventuales perjuicios para la especie, dado que los avances al respecto presentan aun una alta dosis de inseguridad; por lo demás, los datos experimentales que a este propósito pueden esgrimirse siguen siendo contradictorios y colocarlos en el soporte de la incriminación significa nada mas ni nada menos que dar pábulo a toda una gama de prejuicios magico-religiosos que no hacen mas que confundir el deber moral y espiritual, fruto mas de exigencias procedentes del compromiso subjetivo del hombre con sus creencias en lo trascendente, que de reales amenazas o lesiones a bienes jurídicos de interes colectivo o social. Aceptamos plenamente el fundamento racional que acoge sin reservas el extracto jurisprudencial transcrito a él, como siempre, se debe circunscribir el tratamiento jurídico del tema.

Por lo demás es reiterado el argumento doctrinal según el cual aquí no se está protegiendo la preservación de la especie o la sanidad y salubridad de la familia, pues si ello fuera así, el legislador no tendría motivo para incriminar los actos sexuales diversos del acceso carnal, que en estricto sentido no perturban y nis siquiera amenazan tales supuestos intereses; “tales los tocamientos de las partes pubendas, el beso lascivo, la introducción de cuerpos extraños, el lesbianismo, el homosexualismo y la masturbación”. (PEREZ, Luis Carlos, Derecho penal, T. III, p. 274).

Así, el Ordenamiento incrimina el incesto como una manifestación de protección al núcleo familiar y a específicas relaciones parentesco, dado el valor social y jurídico que se ha otorgado a la familia, -núcleo fundamental de la sociedad-, sobre el que pesa un alto grado de protección jurídica. El incesto se debe entender incriminado como elemento disuasor y perturbador de las relaciones entre los miembros del grupo familiar -sentido restringido- o de la familia comprendida en sentido amplio o extenso, presindiendose para el efecto de su connotación pecaminosa para determinadas concepciones religiosas o de contravaloraciones mitológicas

aceptadas culturalmente y de escaso valor científico-positivo: “La causa más profunda justificativa del castigo, agrega MEZGER, reside preferentemente en el deseo comprensible de que la familia no se contamine con relaciones de esa clase, asegurando así su ámbito sin injerencias sexuales, punto de vista de que participa también HANS WELZEL”. (citas en PEREZ, Luis Carlos, Derecho penal, t. III, p. 266).