

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA, LAS RELACIONES MARITALES Y EL MENOR. IMPLICACIONES PENALES. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

TEMA I. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

“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).” (Sentencia de Tutela, 9-12-92; M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

En otra oportunidad expuso: "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". (Corte Constitucional, Sentencia T-278, 15-06-94, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, Expediente T-31510)

Adicionalmente la Corte Constitucional ha proclamado y predicado la familia como derecho inalienable: "Protección a la familia, como derecho inalienable: La familia como institución básica de la sociedad, se fundamenta en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

"Sostuvo la Corte:

"Los derechos de los miembros de la familia deben ser compatibles, con los intereses generales prevalentes tanto de la institución misma como de la sociedad colombiana que reconoce en ella su núcleo fundamental" (T-523/92 Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón).

"De lo dicho se entiende que los derechos de los padres deben estar encaminados a garantizar el desarrollo armónico de la familia en especial el de los menores que hagan parte de ésta y en ningún momento entorpecer las relaciones entre sus miembros." (Corte Constitucional, Sentencia T-182, 2-05-96, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, Expediente T-83594)

COMENTARIOS

El constituyente de 1991, y ya nos hemos referido en extenso al punto, 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. La Corte Constitucional en diversas oportunidades como las reseñadas ha enmarcado la comprensión de la protección jurídica de la familia operada en virtud de la Carta de 1991. .

TEMA II. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO.

“La sociedad de hecho entre concubinos. El Código Civil prevé la constitución de la sociedad conyugal por el solo hecho del matrimonio, a falta de pacto escrito, según el artículo 1774: "A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título". Norma que repite la regla contenida en el artículo 180, modificado por el artículo 13 del Decreto 2820 de 1974, según el cual "Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges...". Es esta una sociedad de ganancias a título universal.

“Por el contrario, el Código y las leyes anteriores a la ley 54 de 1990 no preveían nada semejante en relación con el concubinato. lo cual era lógico si se tiene en cuenta la moral predominante en la época en que se adoptó el Código en Colombia, circunstancia que explica regulaciones legales injustas, que especialmente perjudicaban a la mujer y a los hijos naturales o extramatrimoniales.

“La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al promediar este siglo, fue la encargada de comenzar el proceso de hacer justicia en el caso de las uniones libres, en favor de la mujer, generalmente la parte más débil de la relación, en razón de factores económicos y culturales, es decir, sociales en general, La corriente renovadora de la jurisprudencia, fue una de las consecuencias de las profundas transformaciones legislativas de los años treinta, en lo que tiene que ver con la mujer casada, iniciadas con la ley 28 de 1932. Era natural que las leyes que elevaban la condición de la mujer casada y de los hijos naturales, movieran a los jueces en defensa de la concubina, en un país donde aproximadamente la mitad de las uniones son de hecho.

“Fue así como se construyó la teoría de la sociedad de hecho entre concubinos, teoría que representó un segundo paso en el camino hacia la igualdad económica de los miembros de la pareja, pues el primero se había dado al aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa y hacer, en consecuencia, titular de la acción *in rem verso* al concubino cuyo trabajo había sido una de las causas para la adquisición de bienes en cabeza del otro.

“La Corte Suprema resumió así todo este proceso:

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

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

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

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

casi siempre más de las circunstancias que de una actividad razonada y voluntaria.

"Fue, pues, así como la doctrina, en punto de relaciones económicas o patrimoniales de los concubinos, al comienzo abrió la puerta inicialmente a la actio in rem verso, en beneficio del concubino que ha colaborado con el otro en sus empresas; y luego para la partición de los bienes adquiridos en común y la repartición de los beneficios, se consagró la actio pro socio" (Sent. 26 febrero 1976, CLII, 35).

"Por el camino indicado, se corrigieron situaciones injustas, en muchos casos. Pero, evidentemente, subsistían problemas, como estos: la coexistencia del matrimonio, prácticamente disuelto en razón de la separación de hecho, con el concubinato de uno de los esposos, situación que implicaba un conflicto entre la sociedad de ganancias a título universal, surgida por el hecho del matrimonio, y la sociedad entre los concubinos, creada por los hechos; la dificultad de probar la existencia de la sociedad de hecho, que exigía la tramitación de un proceso ordinario, etc."

Entrando a analizar el sentido y alcance de la protección surtida por la ley 54 de 1990 la Corte expuso:

"La ley 54 de 1990. El artículo 10. de la ley consagra la expresión unión marital de hecho, expresión posiblemente encaminada a hacer a un lado las connotaciones degradantes de los términos concubinato, amancebamiento, etc. La definición contenida en esta norma describe, en últimas, una especie de matrimonio de hecho: "A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular".

"Y el inciso segundo denomina a los miembros de esta pareja compañero y compañera permanente.

"El artículo segundo establece una presunción simplemente legal sobre la existencia de sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes, en dos casos: el primero supone la inexistencia, entre los

compañeros permanentes, de impedimento legal para contraer matrimonio; el segundo, por el contrario, supone la existencia de tal impedimento, por la disolución y liquidación, previas a la iniciación de la unión marital de hecho, de la sociedad o sociedades conyugales anteriores.

“Dice así el artículo 20.:

"Art. 20. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

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

“b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho”.

“Es claro que la ley presume, entre los compañeros permanentes, cuando se dan los supuestos de hecho previstos, la existencia de una sociedad de ganancias, a título universal, semejante a la sociedad conyugal. Así lo demuestra el artículo 30., según el cual "El patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por igual a ambos compañeros permanentes", y más aún el párrafo de esta disposición, que determina qué bienes "no formarán parte del haber de la sociedad", en forma similar a lo dispuesto para la sociedad conyugal.”

Y más adelante se verifica una primera conclusión:

“En síntesis, la ley 54 de 1990 representa una actitud diametralmente opuesta frente al concubinato: en tanto que la legislación anterior no le asignaba consecuencias económicas por sí mismo, la nueva ley, no sólo lo denomina unión marital de hecho, sino que hace de esta unión el supuesto de hecho de la presunción simplemente legal que permite

declarar judicialmente la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.” (Corte Constitucional, Sentencia C-239, 19-05-94, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía, Expediente D-445)

COMENTARIOS

Los MAZEAUD distinguen tres concepciones de la familia que pueden, deben en nuestro concepto, ser acogidas y desarrolladas en una organización jurídico-política dada: una primera concepción que reconozca como fuente de la familia una situación jurídica y moral protegida y aprobada por el derecho; así la familia se origina en el matrimonio dando origen a la llamada familia legítima; una segunda concepción ha de considerar que la familia también puede tener su fuente en la unión libre dando con ello lugar a la denominada familia natural y una tercera concepción considerará que la familia se conforma partiendo de un fundamento artificial o ficción jurídica llamada familia adoptiva.

Partiendo de la plena validez jurídica del anterior planteamiento, encontramos la problemática, no tanto sociológica ni de política legislativa -que parece por fortuna superada- a cerca del reconocimiento y alcance de protección jurídica normativa de la familia natural, con claras consecuencias sobre los fundamentos de incriminación y conformación estructural de prácticamente todos los tipos penales incluidos en el título de “delitos contra la familia”; de esta forma se estudia en primer término su existencia jurídica y en segundo lugar los efectos jurídicos de la misma. Nuestra Corte Constitucional tuvo ocasión de profundizar sobre el tema al estudiar la constitucionalidad de algunas de las normas contenidas en la ley 54 de 1990 en referencia a la “unión marital de hecho”, otrora denominada “concubinato”, origen de la llamada familia natural, dentro del esquema conceptual que hemos reseñado.

El concepto civilista restringido desde un sentido material define la familia como aquel conjunto de personas que viven en un mismo domus -hogar-, unidas o relacionadas por vínculos de la mas variada índole: afectivos, jurídicos, etc. que emergen de la relación de los padres entre sí y de estos con sus hijos. A este concepto que consideramos muy habilitante en materia penal dada su inicial connotación material, se le acusa de restringir toda una institución

social como la familia a la cohabitación o al espacio común. Por el segundo aspecto la definición, fruto de la concepción jurídica naturalista, restringe el origen de la familia a la relación conyugal con funciones circunscritas a la reproducción y a la crianza; desconociendo -como elemento constante en todas las definiciones civilistas que hemos examinado- otras formas de agrupación humana que integran, asisten, expresan afectos, satisfacen necesidades, presentan comunión de vida, con vínculos serios, estables y permanentes con indudable trascendencia jurídica y que no implican exclusiva o simple conexión marital-sexual.

TEMA III. LA UNIÓN MARITAL DE HECHO Y PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA PROTECCIÓN JURÍDICA.

“Sea lo primero decir que es erróneo sostener, como parece hacerlo el demandante, que la Constitución consagre la absoluta igualdad entre el matrimonio y la unión libre, o unión marital de hecho, como la denomina la ley 54 de 1990. Basta leer el artículo 42 de la Constitución para entender por qué no es así.

“El noveno inciso del artículo mencionado, determina que "Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derecho de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo se rigen por la ley civil". Nada semejante se prevé en relación con la unión marital de hecho, precisamente por ser unión libre.

“Tampoco acierta el actor al afirmar que la unión marital de hecho es el mismo concubinato existente antes de la vigencia de la ley. Podría serlo si se tienen en cuenta únicamente los hechos, desprovistos de sus consecuencias jurídicas. Pero la verdad es la creación de una nueva institución jurídica, la unión marital de hecho, a la cual la ley 54 le asigna unos efectos económicos, o patrimoniales como dice la ley, en relación con los miembros de la pareja.

“De allí, al establecimiento de los mismos derechos y obligaciones que existen entre los cónyuges, hay un abismo. Basta pensar, por ejemplo, que la sola voluntad de uno de sus miembros, es suficiente para poner término a la unión marital de hecho, lo que no ocurre con el matrimonio.

“En síntesis sostener que entre los compañeros permanentes existe una relación idéntica a la que une a los esposos, es afirmación que no resiste el menor análisis, pues equivale a pretender que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado, y que, al mismo tiempo, pueda éste imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una unión libre. (Corte Constitucional, Sentencia C-239, 19-05-94, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía, Expediente D-445)

La anterior doctrina fue reiterada en la siguiente providencia:

(...)

“Algunas reflexiones sobre el matrimonio y la unión libre, a la luz de la Constitución. Es verdad que en el artículo 42 de la Constitución, se reconoció que la familia 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” Pero de ahí a sostener que la Constitución estableció la igualdad entre el matrimonio y la unión libre, hay mucha distancia. El matrimonio es diferente de la unión libre, y, por lo mismo, difieren entre sí las situaciones jurídicas de los cónyuges y de los compañeros permanentes.”

“A todo lo anterior podría agregarse que en el mismo artículo 42 de la Constitución hay otras normas sobre el matrimonio, inaplicables también a la unión libre, o unión marital de hecho como la denomina la Ley 54 de 1990. Estas son algunas de ellas.

“Según el inciso décimo, Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley” Obsérvese que la atribución de efectos civiles a los matrimonios religiosos, no está sometida a lo que disponga la respectiva religión. No: esos efectos se dan en los términos que establezca la ley”. Y esta norma es aplicable sólo al matrimonio. De conformidad con el inciso décimo primero, del mismo artículo 42, Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil” Esta es otra norma sólo aplicable al matrimonio, que nada tiene que ver con la unión marital de hecho.

“Y lo mismo puede decirse del inciso décimo segundo, según el cual También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religioso dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley”. Si bien en el plano puramente teórico podría pensarse en la nulidad de la unión marital de hecho, por ejemplo, por la fuerza que uno de los compañeros ejerciera sobre el otro para iniciar o mantener tal unión, es claro que una autoridad religiosa no sería la llamada a decidir sobre tales hechos, por sentencia que produjera efectos civiles. Esas diferencias entre el matrimonio y la unión libre, establecidas en la Constitución, existen también, lógicamente, en la ley.

“Ya se vio cómo el inciso noveno del artículo 42, dispone que Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil”. Si bien diversas leyes, entre ellas la 54 de 1990, han atribuido efectos civiles, por razones de equidad, a la unión libre, es evidente que el legislador no podría llegar a establecer una reglamentación como la prevista para el matrimonio, pues tal reglamentación, como ya lo ha dicho la Corte, iría en contra de la esencia de la unión libre.

“La ley determina una situación jurídica diferente de los cónyuges y de quienes viven en unión libre. Los primeros, por ejemplo, están sujetos a prohibiciones que no rigen para los segundos. Así, el artículo 1852 del Código Civil establece la nulidad del contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados, el artículo 30. de la Ley 28 de 1932, establece la nulidad absoluta de las donaciones irrevocables entre cónyuges, y de todos los contratos relativos a inmuebles entre los mismos, salvo el de mandato general o especial; el artículo 906 del Código de Comercio prohíbe a los cónyuges no divorciados comprar bienes del otro directamente, ni aun en pública subasta, prohibición cuya violación trae consigo nulidad absoluta, según la misma norma; según el numeral 13 del artículo 1068 del Código Civil, modificado por el artículo 50. del decreto 2820 de 1974, el cónyuge del testador no puede ser testigo en el testamento solemne.

“Todas estas restricciones no existen para los compañeros permanentes. Es claro, en síntesis, que una es la situación jurídica de

los cónyuges, y otra, diferente, la de los compañeros permanentes. Diferencia que trae consigo consecuencias jurídicas.

“Algunas reflexiones sobre el tratamiento diverso que la ley da al matrimonio y a la unión libre. En razón de las diferencias que la Constitución y la ley establecen entre el matrimonio y la unión libre, la ley consagra obligaciones y derechos diferentes para los cónyuges y los compañeros permanentes. Basta examinar algunos de ellos.

“Según el artículo 1774 del Código Civil, A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal...”. Entre los compañeros permanentes, por el contrario, la sociedad patrimonial sólo se presume y hay lugar a declararla judicialmente cuando la unión marital de hecho ha durado por un lapso superior a dos años, y se reúnen los requisitos señalados en el artículo 20. de la Ley 54 de 1990. Y en cuanto a los derechos y obligaciones de los cónyuges y de los compañeros permanentes, hay que decir que, según la Constitución, su determinación corresponde a la ley. Así se deduce inequívocamente del inciso final del artículo 42 de la misma Constitución, por las siguientes razones. Dispone el último inciso del citado artículo 42.

"La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

“Y según el artículo 10. del decreto 1260 de 1970, el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley”

“Obsérvese cómo la Constitución consagró lo que ya se había establecido en la definición transcrita, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia: que la determinación del estado civil, su asignación, corresponde a la ley. Y es la misma ley la que señala los derechos y obligaciones correspondientes al estado civil. Así lo consagra el citado artículo 42 de la Constitución.

“En razón de las consecuencias jurídicas que la unión libre, o unión

marital de hecho, trae consigo, tal unión, en determinadas circunstancias, establece o modifica el estado civil de quienes hacen parte de ella. Y la ley, en consecuencia, acorde con la constitución, determina en estos casos el estado civil, lo asigna, lo mismo que los consiguientes derechos y deberes". Derechos y deberes entre los miembros de la unión marital de hecho, y entre éstos y los hijos, si los hubiere." (Corte Constitucional, Sentencia C-174, 29-04-96, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía, Expediente D-1047)

La precitada providencia posee una importante aclaración de voto que, aunque no de manera radical, propugna con serios fundamentos el tratamiento igualitario, en múltiples aspectos de la unión de hecho frente a la unión matrimonial, los argumentos expuestos deben significar valiosa ayuda a la hora de delimitar la protección penal que se debe surtir de manera integral frente al vínculo marital o de hecho. Los apartes mas sobresalientes de la mencionada aclaración son los siguientes: "Con todo respeto discrepamos de los fundamentos que apoyan la decisión adoptada en la sentencia de la referencia por las razones que se sintetizan a continuación.

"1. Según la sentencia, las normas acusadas no violan la Constitución básicamente por dos motivos: en primer término, porque el matrimonio y la unión libre no son fenómenos jurídicos iguales, por lo cual el Legislador no está obligado a regularlos de la misma manera. Y en segundo lugar, porque la materia regulada por las normas acusadas está relacionada con el estado civil de las personas, que es un campo reservado por entero al Legislador, razón por la cual no es procedente el cargo de inconstitucionalidad por presunta vulneración de la igualdad.

Disentimos de esas apreciaciones por cuanto consideramos que ellas se basan en una inadecuada comprensión del juicio de igualdad y de la completa relación Constitución-ley.

"2. Esta Corporación ha establecido, en varias oportunidades que una regulación legal puede violar el principio de igualdad y vulnerar la Constitución si ella establece distinciones irrazonables. Por ejemplo, la Corte ha reconocido que la definición de los recursos que proceden en cada proceso, con excepción del recurso de apelación en materia penal, es un asunto de libre configuración legal. Por esta razón puede el legislador crear o suprimir formas de reposición o apelación de una

determinada decisión judicial o administrativa. Sin embargo, no podrá hacerlo introduciendo distinciones arbitrarias o caprichosas. Esto explica que la Corporación haya retirado del ordenamiento ciertas regulaciones que excluían, sin razón objetiva suficiente, algunos recursos en determinados procesos, mientras los reconocían en otros de idéntica naturaleza (Ver, entre otras, las sentencias C-345/93, C-006/96, C-0017/96 y C-102/96). Por consiguiente, incluso en relación con derechos de creación y configuración legal pueden presentarse violaciones de la igualdad si las distinciones establecidas por la ley no tienen un fundamento objetivo y razonable. Por las razones anteriores consideramos desafortunada y contraria a la jurisprudencia de la Corte en materia de igualdad, la afirmación de la sentencia, según la cual, siendo los derechos consagrados por las normas acusadas "de carácter legal, no vulnera la Constitución la ley que los consagra en unos casos y los niega en otros".

“3. En punto a los fundamentos de la sentencia que desechan el cargo por presunta vulneración de la igualdad, con fundamento exclusivo en el hecho de que el matrimonio y la unión libre son instituciones jurídicas disímiles, se hace necesario hacer algunas consideraciones.

“Como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte, dependiendo del patrón de comparación que se utilice, dos situaciones pueden resultar iguales y, al mismo tiempo, diferentes. El matrimonio es semejante a la unión de hecho por ser ambas formas de conformación de una familia, pero a la vez son diferentes por cuanto el matrimonio se basa en ciertas formalidades jurídicas que no son propias de la unión de hecho. Por ello, el problema en el juicio de igualdad, que es siempre relacionar, es establecer si frente a la finalidad perseguida por la norma, un determinado criterio de comparación o patrón valorativo es relevante y admisible. En efecto, dos situaciones pueden ser fácticamente iguales con respecto a un cierto criterio, sin que ello signifique que deban ser tratados jurídicamente de la misma forma, por no ser el criterio de igualación relevante para el caso. Así por ejemplo el hecho de que dos personas tengan la misma profesión -y por ende su situación sea igual desde ese punto de vista- no implica que tengan que pagar los mismos impuestos, pues pueden tener distinta capacidad de pago. En este caso, el elemento esencial de análisis es la capacidad de pago y no el trabajo profesional. En este mismo orden de ideas, dos situaciones pueden ser diversas con respecto a otro criterio, y

no por ello deben obligatoriamente ser reguladas en forma distinta, por no ser tal criterio de diferenciación relevante.

“Pese a que la jurisprudencia de la Corte ha sido clara al definir los elementos del juicio de igualdad, la sentencia de cuya parte considerativa nos apartamos, se limitó a considerar las diferencias relevantes entre el matrimonio y la unión marital de hecho, sin atender a las equivalencias sustanciales entre estas dos instituciones, elemento necesario para estudiar el cargo de exequibilidad planteado por el actor. Resulta entonces necesario formular al respecto algunas precisiones.

“4. Desde múltiples perspectivas el matrimonio se distingue de la unión marital de hecho. La conformación del matrimonio exige una serie de formalidades legales y da lugar, por mandato legal, a un catálogo de derechos y obligaciones correlativos libremente aceptados por las partes contrayentes. Por su parte, la unión marital de hecho se configura por la unión de un hombre y una mujer que, sin formalidad alguna, dan lugar a una comunidad de vida permanente y singular, sin que sea su voluntad asumir los derechos y obligaciones que la ley impone a los cónyuges.

“Se trata de dos opciones vitales igualmente protegidas por la constitución pero distinguibles en razón de su conformación y efectos jurídicos. En estas condiciones, el trato diferenciado resulta no solo constitucional sino necesario, pues, una regulación idéntica, equivaldría a desconocer las diferencias existentes entre las dos instituciones e incluso podría implicar anular una de las dos opciones, constitucionalmente protegidas, con que cuentan los ciudadanos para conformar una familia.

“Sin embargo, y pese a las diferencias anotadas, existe una equivalencia sustancial entre el matrimonio y la unión marital de hecho: las dos instituciones dan origen a una familia y, desde este punto de vista, merecen igual protección constitucional.

“El razonamiento anterior permite concluir que las normas que establecen un trato diferenciado entre quienes ostentan la condición de cónyuge y de compañero permanente, deben ser respetuosas de la

identidad sustancial existente entre las dos instituciones que dan origen a cada una de dichas condiciones. En consecuencia, la sentencia cuyos fundamentos no compartimos, debió analizar si efectivamente el trato diferenciado que se deriva de las normas demandadas se apoya en una diferencia relevante -objetiva y razonable- entre las dos instituciones que se regulan y si las medidas estudiadas se referían de manera exclusiva a las circunstancias divergentes, ajustándose en forma estricta al grado de la diferencia. No bastaba entonces alegar una presunta diferencia radical entre las dos instituciones analizadas, ni resultaba suficiente un análisis en bloque de la normatividad demandada. Por el contrario, en el presente caso se imponía, como condición del juicio de igualdad, un estudio detallado de cada una de las materias reguladas por las normas cuestionadas conforme a los criterios diseñados por esta misma corporación.

“El problema que debió plantearse la Corte en la sentencia era entonces si la distinción entre unión de hecho y matrimonio era relevante y admisible, teniendo en cuenta cada una de las materias reguladas por las normas acusadas.

“5. Las normas demandadas regulan aspectos atinentes al deber de alimentos (C.C. art. 423 y C.P. art. 236), la vocación hereditaria (C.C. arts. 1025, 1026, 1040, 1046) y la porción conyugal (C.C. arts. 1016, 1045, 1054, 1230 a 1235, 1237 y 1238).

“El deber de alimentos así como la porción conyugal son instituciones fundadas en el principio de solidaridad que impregnan el conjunto de las relaciones familiares. En determinadas circunstancias, las razones de equidad que llevaron al legislador a establecer los deberes y derechos que aquí se estudian son predicables integralmente de las relaciones familiares que se establecen a partir de una unión marital. En tales circunstancias la única decisión ajustada a la Carta sería la de otorgar idéntica protección a quienes conforman una familia fundada en el matrimonio y a quienes la integran en virtud de una unión marital de hecho, pues de otra manera se estaría vulnerando el deber de protección de los miembros de la pareja sin distinción de su origen (C.P. arts. 13 y 12).

“Ahora bien, la identificación de las circunstancias y condiciones que

permitirían extrapolar a la unión marital de hecho los derechos y deberes que se consagran exclusivamente como efecto de la unión conyugal, es una tarea compleja que requiere de ponderaciones razonadas que den lugar a clasificaciones dentro de la institución de la unión de hecho. Dichas clasificaciones tienen la función de establecer las condiciones de aplicación del principio de solidaridad dentro de las relaciones familiares que surgen a raíz de una unión marital de hecho, que de otro lado no anulen las particularidades que la diferencian del matrimonio.” (Aclaración de voto, (Sentencia C-174, 29-04-96, Magistrados Drs. Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Expediente D-1047)

COMENTARIOS

La Corte Constitucional acepta y proclama la desigual protección de la unión marital de hecho, antiguo concubinato, para efectos civiles; comprensión que si bien no puede ser extendida a la órbita punitiva, si tiene claros efectos en algunos órdenes de protección, exigiendo por ejemplo la interpretación amplia de la expresión cónyuge utilizada para el delito de inasistencia alimentaria (art. 233 C.P. de 2000), por oposición a la especificación “cónyuge o compañero permanente” contenida en la descripción del delito de malversación y dilapidación de bienes familiares (art. 236 Idem.). La desigual protección que se opera en nuestro Ordenamiento a la unión originada en el vínculo matrimonial respecto de aquella concedida a la unión de hecho es fundamentada por la Corte en la anterior providencia.

Ahondando y al parecer llenándose de razones sobre el diverso tratamiento jurídico que la Carta concede a la familia originada en el matrimonio, respecto de aquella que tiene su fuente en la libérrima voluntad de la pareja, en argumentación que invita a la reflexión acerca de si en nuestro Ordenamiento se han operado reales cambios en referencia a la comprensión jus naturalista de la familia.

En otro aislado salvamento de voto se dejó clara la protección integral de la familia en nuestro Ordenamiento superior, sin atisbo de trato desigual o discriminatorio: La Corte, en esta ocasión, dejó de lado el principio de protección integral de la familia (C.P. art. 42), con prescindencia de su origen, en su afán por favorecer una de sus

normas tradicionales. Ante la patente violación del derecho a la igualdad, que resulta incompatible con preferencias normativas basadas en el origen familiar (C.P. art. 13), lo mismo que del principio de respecto al pluralismo cultural (C.P. art. 1) y del derecho a la libertad personal para escoger formas de unión familiar (C.P. arts. 16 y 42), la norma ha debido ser declarada inexecutable". (Corte Constitucional, Sentencia C-114, 21-03-96, Salvamento de Voto Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente D-934)

Desde los puntos de vista jurídico y material la expresión "familia" se utiliza en dos sentidos generales plenamente aceptados y con clara repercusión en la determinación del objeto tutelar cuyo estudio abordamos. el primero amplio o extenso que abarca a todos los parientes de una persona unidos por el vínculo de sangre, dentro del cual estarían los padres abuelos, hijos, nietos, hermanos, tíos, primos, etc; a esta acepción se refiere la Real Academia cuando define la familia como "el conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales de un mismo linaje"; este criterio de determinación material, con relieve jurídico, se ha ampliado aun más al incluir en él no solo el vínculo de consanguinidad sino también el vínculo civil incorporando también la filiación adoptiva y los lazos civiles generados por la unión matrimonial.

A esta extensión del concepto se refiere JOSSEERAND: "Lato sensu, la familia engloba a todas las personas unidas por una lazo de parentesco o de afinidad; se extiende hasta límites lejanos que nuestro derecho positivo establece en el duodécimo grado; en esta acepción, descansa a la vez en la comunidad de sangre, en el matrimonio y en la adopción." JOSSEERAND, Louis, Derecho civil, Ed.. Jurídicas Europa-América, Bosch y Cia, Buenos Aires, 1952, p. 7).

La comprensión y utilización restringida del término, también desde el ángulo material con repercusión jurídica se refiere a la familia como el grupo de personas conformada por el padre la madre y los hijos, que viven en comunión de vida -convivencia- o comunidad doméstica; de acuerdo con este criterio la familia estará conformada por un grupo bien determinado de personas, en el cual también se ha operado una ampliación de trascendencia al incluir en ella a las personas que, sin encontrarse unidas por los vínculos consanguíneos y civiles, se integran de una manera permanente al grupo, dando con

ello origen al concepto de “núcleo familiar”. JOSSERAND explica de la siguiente manera la acepción restringida del concepto material de familia: “En un sentido mucho más restringido y muy diferente, designa la familia las personas que viven bajo el mismo techo: padre, madre hijos, y, si hubiera lugar, nietos, y aun colaterales: se convierte entonces, o poco menos, en el sinónimo de hogar, de domus;...” (Idem p 8).

Finalmente, también bajo un sentido jurídico-material, el ordenamiento se refiere a la familia como institución, comprensión que congloba tanto sus acepciones amplia y restringida como su conformación conceptual teleológica, tanto desde el punto de vista normativo como estructural; a este respecto se habla de la familia como célula primaria de reproducción y vida social, cuyo marco de licitud se encuentra en la institución matrimonial.

Concepto etimológico. La expresión familia se deriva de la voz latina *famulia*, derivada a su vez de *famulus*, como especificación del *famulado* o grupo de personas y *servidumbre* que habita con el amo o señor de una casa; en ella se observa una relación de derechos y obligaciones determinados directamente con las funciones y derechos mutuos; esta es la significación etimológica mas aceptada; no obstante también se afirma que la palabra familia deriva de *fame* - hombre-, comprendiendo el ámbito material en el que se satisfacen las necesidades vitales del ser humano (Cfr. BONET RAMÓN, Francisco, *Compendio de derecho civil*, t. IV, *Derecho de familia*, cit. en MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de familia*, t. I, Rubinzal - Edzoni, Editores, Santa Fe, Argentina, 1994, P. 13)

Concepto formal-tradicional. De acuerdo con esta comprensión conceptual, la familia es un núcleo social que se caracteriza por tres elementos esenciales: vivienda común, colaboración y realización económica común, unidos todos a la finalidad reproductiva. Esta célula estaría compuesta por adultos de ambos sexos, de los cuales por lo menos una pareja debe encontrarse en relación sexual mutua, aprobada socialmente mediante matrimonio y uno o mas hijos, propios o adoptados fruto de la unión de los adultos que conviven sexualmente. (Cfr. PÉREZ, Luis Carlos, *Derecho Penal*, t. IV, p. 257 citando a MURDOCK, George).

Como se observa este amplio concepto excluye las familias constituidas por unión libre o marital, además de no incorporar los deberes y obligaciones de asistencia y socorro, en los ámbitos afectivo o emocional.

Concepción civilista. Para los efectos estrictos del derecho privado, que presentan utilidad en orden al deslinde penal del concepto, los MAZEAUD señalan que la definición de familia puede obtenerse sin mayores dificultades siguiendo dos criterios fundamentales: parámetro de autoridad y parámetro sucesorio; de acuerdo con el primero tendremos un grupo constituido por esposo, esposa e hijos en relación paterno-filial de autoridad, y, según el segundo, definiremos la familia como la conformación a la cual pertenecen todos los parientes con vocación hereditaria (Cfr. MAZEAUD, Jean, Henri y León, Lecciones de derecho civil, p. I, trad. Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1959, Vol. 3, p. 29). Como tendremos ocasión de anotarlo, la concepción civilista de la familia ha influido en gran medida la tradicional comprensión o conformación de este peculiar bien objeto de tutela en el ámbito punitivo.

Concepto civilista restringido. Desde un sentido material define la familia como aquel conjunto de personas que viven en un mismo domus -hogar-, unidas o relacionadas por vínculos de la mas variada índole: afectivos, jurídicos, etc. que emergen de la relación de los padres entre sí y de estos con sus hijos. A este concepto que consideramos muy habilitante en materia penal dada su inicial connotación material, se le acusa de restringir toda una institución social como la familia a la cohabitación o al espacio común. Por el segundo aspecto la definición, fruto de la concepción jurídica naturalista, restringe el origen de la familia a la relación conyugal con funciones circunscritas a la reproducción y a la crianza; desconociendo -como elemento constante en todas las definiciones civilistas que hemos examinado- otras formas de agrupación humana que integran, asisten, expresan afectos, satisfacen necesidades, presentan comunión de vida, con vínculos serios, estables y permanentes con indudable trascendencia jurídica y que no implican exclusiva o simple conexión marital-sexual.

Criterios civilistas jurídico-normativos de identificación. En desarrollo del contenido del artículo 874 C.C. se considera que la familia es el conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, del parentesco o de la adopción (Cfr. Derecho de familia, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, Imprenta Universal, Santiago, 1982, p. 10)

Así, la disposición se refiere a la familia, en relación directa a los derechos reales de uso y habitación, considerando que “comprende la mujer y los hijos, tanto los que existen al momento de la constitución como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

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

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

Si bien es cierto de la norma precitada no se puede deducir una concepción civilista estricta de la familia, pues hace referencia exclusiva a los sujetos beneficiarios de los derechos reales mencionados, el precepto sí se erige como antecedente legal, de la moderna comprensión de “núcleo familiar”, en el pleno sentido material de la expresión, tutelado punitivamente y de manera específica en los delitos de maltrato y violencia intrafamiliar.

Criterio de la autoritas familiar. Según algunos desarrollos contenidos en el Estatuto civil, la familia por este criterio se limita a los padres e hijos en cuanto grupo que posee una dirección y autoridad radicada en el padre de familia; la familia de acuerdo con este parámetro comprenderá exclusivamente al marido, a la esposa y a los hijos sometidos a la autoridad de aquel. Esta forma de identificación trasluce oscurantistas rezagos de la potestad familiar y marital radicada exclusivamente en el varón sin ningún valor contemporáneo ya que nuestra ley civil ha abolido estas formas patriarcales de ejercicio del poder: la mujer no está sometida al esposo, la autoridad familiar está radicada en forma compartida en

el padre y la madre y nuestro Ordenamiento protege extensamente y sin reserva a la mujer cabeza de familia.

Criterio parental. A efectos de la identificación ontológica de la familia se acude al contenido del artículo 61 C.C. que enumera las personas a quienes la ley considera parientes, comprendiéndose en él el concepto extenso de familia, muy utilizado, con algunas limitaciones, en los procesos de diseño de tipos penales como el incesto; así son parientes para la legislación civil:

- * Los descendientes legítimos*
- * Los ascendientes legítimos*
- * El padre, la madre y el hijo natural reconocido*
- * El padre y la madre adoptantes y el hijo adoptivo*
- * Los colaterales legítimos hasta el sexto grado*
- * Los hermanos naturales*
- * Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado*

Criterios sucesoral y económico. Por el primer aspecto se identifica la familia como el grupo de personas con vocación sucesoral mutua o recíproca, comprendiéndose dentro de ella a los descendientes, ascendientes, cónyuge, hijo adoptivo y colaterales hasta el cuarto grado. Como fuente de la determinación económica encontramos el ya mencionado artículo 874 que reduce la familia a las personas que viven bajo el mismo techo, llegando por este aspecto a incluir a los servidores domésticos plenamente integrados al grupo y que dependen para su sostenimiento y subsistencia de las mismas fuentes de producción.

TEMA IV. TEORÍAS EXPLICATIVAS DE LA FAMILIA. TEORÍA NATURALISTA

“La Constitución Política de 1991 reconoce el matrimonio religioso como garantía de la pluralidad ideológica que inspira el nuevo ordenamiento constitucional colombiano, pero en condiciones de plena igualdad legal; de modo que ante a ley, todos los matrimonios cesan en sus efectos civiles por divorcio. Son particularmente importantes para el asunto de que se ocupa la Corte los incisos sexto, séptimo, octavo y noveno del artículo 42 de la Carta.

“El inciso sexto señala: "Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y disolución del vínculo, se rigen por la ley civil".

“Conforme a la nueva Constitución, la ley civil, es la que rige en los aspectos formales de todo matrimonio, así como en lo relativo a las relaciones jurídicas de (y entre) los cónyuges y a la disolución del vínculo. Con respecto a este último punto, hay que armonizarlo con lo prescrito en el inciso octavo, que señala una directriz constitucional categórica: "Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil". De lo anterior se deduce que ante la ley civil todos los matrimonios cesan en sus efectos civiles por divorcio. Al emplear la expresión "todo", se trata de una afirmación universal, lo cual confirma la generalización el inciso sexto, cuando habla de "las formas del matrimonio", se refiere así a todo matrimonio, pero en cuanto hace a sus efectos civiles, ya que al legislador no le compete regular la esfera espiritual, propia de la autoridad religiosa, de la misma manera como ésta no puede regular el orden civil. A la luz del texto constitucional, la disolución del matrimonio -en general se rige por la ley civil; pero nada impide que el legislador reconozca la naturaleza sacramental del vínculo religioso, pues no contradice en ninguna de sus partes la filosofía de la Carta, ya que ésta consagra la libertad de cultos, la libertad de conciencia y la existencia de los diversos ritos religiosos.

“Por su parte, el inciso séptimo estipula: "Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley". Este texto indica que hay pluralidad y no homogeneidad. La Constitución reconoce efectos civiles a los diversos tipos de matrimonios religiosos, pero con arreglo a la ley civil que establece un principio de igualdad a las diversas celebraciones religiosas de matrimonio, (Cfr. art. 13 C.P.), según la libertad de conciencia (Cfr. art. 18 ibídem) y de cultos (Cfr. art. 19 ibídem).

“El reconocimiento que la Carta Política hace de los matrimonios religiosos en el inciso séptimo, es complementado por el inciso noveno del mismo artículo constitucional, cuando dispone que "también tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley". Pero el inciso siguiente es perentorio al

prescribir que "la ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes". Por tanto, el artículo citado señala tres aspectos novedosos con respecto al régimen anterior: 1o) La ley civil regula los efectos civiles de todo matrimonio, los cuales cesan con el divorcio; 2o) Ante la ley civil el matrimonio en general es disoluble, aunque en el dogma interno de la respectiva religión se considere que el vínculo es indisoluble; 3o) El Estado civil de las personas no será determinado por las autoridades religiosas, sino exclusivamente por la ley.

“Así, aunque el vínculo religioso de los divorciados permanezca en el fuero de la conciencia, la realidad es que ante la ley civil los efectos civiles del vínculo religioso cesan por divorcio. De este modo, el matrimonio canónico no implica que ante la potestad civil los efectos civiles del vínculo sean la indisolubilidad pues el matrimonio ante el Estado es disoluble de conformidad con los incisos 6 y 8 del artículo 42 Superior.

“Como un reconocimiento a la libertad de cultos, repetimos, el artículo 42 del Estatuto Superior, señala que "los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley"; ello en el entendido de que los efectos civiles se rigen por la ley civil. Así establece la Carta una forma de discernimiento entre las dos esferas: por una parte, la esfera religiosa en sí, es decir lo concerniente a la creencia íntima de los que profesan una religión, es de competencia de la respectiva autoridad religiosa; por otra parte, la esfera civil, o temporal, requiere una regulación proporcionada, es decir, civil, lo cual significa que su competencia corresponde a la autoridad secular.” (Corte Constitucional, Sentencia C-456, 13-101993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)

COMENTARIOS

Con criterio de aroma seudolaicista, en relación con el contenido del artículo 42 de la Carta la Corte Constitucional ha proclamado, en desarrollo de los relativos avances que alcanzaron a impregnar el proceso constituyente de 1991, la disolubilidad de todas las clases de matrimonio. Veamos como los anteriores criterios representan desarrollo del criterio naturalista del matrimonio y la familia.

Esta concepción de la familia la afirma como producto de la ley natural, en cuanto instintivamente los seres humanos de diferente sexo tienden a unirse con la finalidad de conservación y perfeccionamiento de la especie. La familia de acuerdo con esta concepción surge antes del Estado, del derecho y de la sociedad, aún antes del matrimonio como institución o sacramento, en virtud de lo cual el hombre y la mujer procuran su unión sexual con la finalidad de prolongar su existencia en los descendientes. (Cfr. PACHECO OSORIO, Pedro, Derecho penal especial, t. II, Ed. Temis, Bogotá, 1972, p. 1 citando en apoyo a la doctrina clásica)

Tal comprensión explicativa de la familia pareciera, a primera vista, ser la asumida por nuestro Ordenamiento superior, en desarrollo de lo cual ha sido en reiteradas oportunidades remarcada por la Corte Constitucional: “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.” (Sentencia T-278 15-06-94, M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara, Expediente T-31510)

Pues bien, de acuerdo con el criterios naturalista la familia tendría su origen en el instinto sexual de procreación, del cual emergerían como consecuencia el mutuo socorro y asistencia y el cuidado de la prole, luego de la cual se generarían los fuertes lazos de afecto recíproco que caracterizan la institución desde sus orígenes. Las premisas de las que parte esta forma de naturalismo son cuestionables; en primer término parece que el instinto hacia el ayuntamiento sexual, no tiene por única finalidad la procreación, sino que tiene un alto componente de satisfacción de apetitos, vale decir, que el coito en si mismo considerado no tiene por objeto la conservación de la especie, mucho menos la conformación de una familia. En segundo lugar la institución familiar puede conformarse sin que en ella aparezca la

descendencia, sea por decisión voluntaria de sus miembros o por otro genero de imperativos, sin que por ello pueda ser negada su existencia y la consecuente necesidad de su protección jurídica.

En el origen y fundamento de esta primera concepción explicativa de la familia encontramos sin duda el prejuicio moral y religioso que fundamenta su conformación exclusiva en el amor, y centra sus finalidades en la conservación y perfeccionamiento de la especie, considerando, como consecuencia, que la satisfacción del apetito sexual es actividad pecaminosa: “mundo, demonio y carne”, de la cual se deben alejar todos los seres humanos, al punto de aceptar y exigir el coito con la exclusiva finalidad reproductora, y, si esta no se cumple, ha de ser por circunstancias naturales ajenas a la voluntad de la pareja; los llamados “medios naturales de control natal”, también tienen este fundamento mágico-religioso.

Un tercer elemento introducido por el naturalismo, que por fortuna va siendo derrumbado en los tiempos que corren, es aquel que finca la protección jurídica de la familia, y el desarrollo normativo de los deberes y derechos de sus miembros, en el matrimonio con las características de estabilidad y permanencia indefinidas -cuando no de indisolubilidad-, también comprendido como institución natural, el cual le proporcionaría solidez a la familia, comprensión que también tiene como fuente la moral y la religión y poseería como característica esencial la de ser un vínculo de naturaleza espiritual , asumiendo la forma de contrato-sacramento o rito con efectos jurídicos.

Del último componente expresado en la jurisprudencia transcrita – también por el naturalismo- surgen infinidad de consecuencias: la fidelidad entre los cónyuges como compromiso moral que se impone en el texto normativo objetivo, y alcanza, en fases dramáticas de la historia del derecho penal, a elevar a categoría punitiva el adulterio y el amancebamiento o la unión libre y de hecho; mas recientemente fue constante en la legislación, la punición del matrimonio ilegal y la bigamia mediante modelos que invaden la libertad y privacidad de los coasociados, imponiendo y exigiendo uniformidad de creencias, de concepciones éticas y morales, míticas, modos de ser, actuar y pensar, inaceptables dentro del marco de libertad que pretende desarrollar el Estado Social y Democrático de Derecho.

**TEMA V. LA FASE OSCURANTISTA DE LA PROTECCIÓN A LA UNIÓN DE HECHO.
EL NATURALISMO.**

“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. (Sentencia T-278 15-06-94, M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara, Expediente T-31510)

COMENTARIOS

Como una consecuencia mas de esta forma de concebir el bien jurídico de la familia, encontramos la mas grave y delicada violencia a la libertad de pensamiento, creencias y actuación social, que avasalla las facultades de autodeterminación y de libre e igualitario desarrollo de la personalidad, cuando se consideró que el único matrimonio que podía ser objeto de protección jurídica era aquel realizado de acuerdo con las concepciones morales y religiosas imperantes, lo que conllevó el absurdo de estimar que la única organización familiar tutelable era aquella que tenía por origen y fuente el matrimonio -contrato, sacramento y rito con efectos jurídicos-; a la órbita penal ingresaba plenamente la familia legítima y el parentesco legítimo, siendo totalmente laxa la represión para las organizaciones familiares que no tuvieran dicho carácter.

La unión carnal “ilegítima” se considero contraria a la moral pública y solo por ello no mereció reconocimiento y mucho menos protección por parte del derecho; todo lo contrario en la mayor medida posible debía reprimirse, pues atentaba contra los conceptos de “familia legítima” y “matrimonio legítimo”; negando con esto a las uniones libres o de hecho su naturaleza de fenómenos sociales, uniones vinculares sólidas, que también tienen innegables componentes afectivos y espirituales, que englobadas bajo las expresiones de adulterio, concubinato y amancebamiento, no podían crear, en esta

fase oscura del desarrollo del bien jurídico de la familia, derechos merecedores de protección penal y, por el contrario, debían, en múltiples circunstancias ser consideradas como delictuosas.

Finalmente el naturalismo sirve de soporte a la concepción religiosa-cristiana de la familia conyugal, suplantando la autoridad del paterfamilias por la autoridad Divina, concretada en la impartación sacramental del matrimonio, produciendo con ello una real influencia en la comprensión de la institución, que tan solo contemporáneamente a venido a perder importancia, permitiendo con ello el ingreso de criterios de ampliación o restricción del concepto bajo parámetros materiales de naturaleza sociológica, histórica y antropológica.

Si bien es cierto las profundas y serias críticas que han hecho carrera en contra de la concepción religioso-naturalista de la familia, han obligado el ingreso, a ciertos niveles de protección jurídica, -como ya se dejó expuesto-, del compañero o compañera permanente y en general de la familia sin origen matrimonial, otrora denominada ilegítima y en el peor de los momentos “de dañado u punible ayuntamiento”, que han obligado su plena incursión en la esfera punitiva de tutela. Veamos un nuevo ejemplo de la forma como nuestra Corte Constitucional, ha desarrollado, a la luz del artículo 42 superior, el concepto de familia, bajo una presentación o “ropaje” civilista y laicista, que sin duda contiene la Carta. Las consideraciones de la Corte están cargadas, en nuestro concepto, del mas puro naturalismo, y prescinden expresamente de la consideración, siquiera marginal, de la familia como institución sociológica de carácter evolutivo:

TEMA VI. TEORÍAS EXPLICATIVAS DE LA FAMILIA. OTROS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.

“A partir de la vigencia de la ley 29 de 1982, en virtud de lo dispuesto por su artículo 10., desapareció la "consanguinidad ilegítima" y fue reemplazada por la extramatrimonial". Esto, porque si los hijos se clasificaron en legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, con iguales derechos y obligaciones, no se ve cómo puede subsistir un parentesco "ilegítimo", concretamente, el de hijo. Obsérvese, además, que al desaparecer, según la norma citada, las diferencias entre las tres clases

de hijos, en cuanto a sus derechos y obligaciones, desapareció la razón de ser de la distinción entre el parentesco legítimo y el ilegítimo.

“Habría, pues, razones suficientes para considerar que los artículos 39 y 48 del Código Civil fueron modificados por el 10. de la Ley 29 de 1982, que sustituyó la expresión "ilegítimo" por extramatrimonial". Esto llevaría a una sentencia inhibitoria, en razón de la derogación parcial de estas dos normas citadas.

“Sin embargo, la Corte estima que lo procedente es declarar inexecutable los artículos 39 y 48, por estos motivos:

“En primer lugar, si el inciso primero del artículo 42 de la Constitución reconoce, en un pie de igualdad, la familia constituida por vínculos "naturales o jurídicos", no se ve cómo la inexistencia del matrimonio origine una consanguinidad ilegítima", entendiéndose ésta como ilícita.

“De otra parte, la igualdad de derechos de los hijos ilegítimos, extramatrimoniales y adoptivos, establecida, como se ha dicho, por el artículo 10. de la Ley 29 de 1982, fue elevada a norma constitucional por el inciso sexto del artículo 42 de la Constitución. Siendo esto así, el calificativo de ilegítimo dado a un parentesco, no tiene ninguna finalidad, pues sólo la tendría si implicara una diferencia en los derechos.

“Finalmente, la declaración de inexecutableidad carece de efectos prácticos. Especialmente, en nada afecta los derechos de las personas, pues desde la vigencia de la ley 29 de 1982 desaparecieron las diferencias que existían entre los hijos. La igualdad de derechos entre éstos, además, continúa en sus descendientes, como lo ha establecido la Corte.

“En síntesis: a juicio de la Corte, la declaración de inexecutableidad es razonable porque elimina la posibilidad de cualquier interpretación equivocada de la expresión "ilegítimo", y ratifica toda la jurisprudencia sobre la imposibilidad de trato discriminatorio por el origen familiar.” (Corte Constitucional, Sentencia C-595, 6-11-96. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía, Expediente D-1267)

En interesante salvamento de voto a la precitada sentencia se asume aun una posición mas clara respecto de la absoluta igualdad reinante en nuestro Ordenamiento, entre las familias matrimonial y extramatrimonial: “Dice la sentencia de la cual me aparto, que calificar como ilegítimos entendida, esta expresión, como lícitos- los vínculos que nacen de una familia originada en una relación marital de hecho, resulta inconstitucional, dado que la propia Carta establece la licitud de este tipo de familia. Sin embargo, considera que calificar como "legítimos" los vínculos -de parentesco o afinidad- que surgen de una relación matrimonial, no compromete el ordenamiento constitucional. En consecuencia, declara ajustadas a la Carta, las disposiciones contenidas en los artículos 38 y 47 del Código Civil, que se refieren al parentesco "legítimo", como aquel que se origina en una relación marital nacida de un contrato matrimonial.

“En síntesis, la mayoría acepta que el legislador adscriba a los vínculos familiares -de parentesco o afinidad- que surgen del matrimonio, la condición de "legítimos". Sin embargo, proscribe que los vínculos de parentesco que se originan en una relación marital de hecho sean calificados como "ilegítimos". Estos últimos, a voces de la sentencia, son vínculos "naturales".

“2. La contradicción en la que incurre la decisión de la cual me aparto resulta patente. si a un fenómeno se le señala una determinada característica para diferenciarlo de otro, lo lógico, es que este último no comparta la característica del primero, so pena de que la diferenciación resulte inútil. En estas condiciones, si a la familia originada en un contrato de matrimonio se le otorga la condición de "legítima", justamente para diferenciarla del resto de las formas que dan lugar a una familia-, es porque se admite que la familia nacida de una unión de hecho, no es acreedora de tal atributo y, por lo tanto, puede ser identificada como "no legítima" o "ilegítima".

“Esta diferente calificación legal viola la igualdad. En primer lugar, las dos clases de familia con igualmente legítimas. En segundo termino, detrás de la aparente irrelevancia del trato diferenciado se esconde una clara discriminación que afecta, incluso, la dignidad de las personas cuya condición familiar no resulta calificada como "legítima".

“3. Desde un punto de vista estrictamente positivista -que confunde la legalidad con la legitimidad-, la calificación legal de determinada circunstancia jurídica como "legítima", indica que ésta se encuentra autorizada por las leyes. Desde una perspectiva moral, la condición de "legítimo", permite aseverar que se trata de un hecho ajustado a los valores de justicia adoptados por el locutor. Por último, hablar de una circunstancia legítima, desde una óptica sociológica, significa considerar que se trata de un fenómeno aceptado socialmente. Por el contrario, aquello que no es legítimo, es lo que no se encuentra autorizado por las leyes, que violenta un determinado catálogo moral, o que no es aceptado por la sociedad.

“Atribuir a un tipo de familia un atributo como el de la "legitimidad", implica diferenciarla de las otras formas de familia que el legislador considera "no legítimas". En estas condiciones era necesario que la Corte se detuviera a analizar si el tratamiento diferenciado consagrado por las normas declaradas exequibles, se encontraba fundado en una justificación objetiva y razonable.

“4. De conformidad con el régimen constitucional imperante, el legislador no puede conceder a la familia originada en el matrimonio, el calificativo de "legítima", excluyendo, por contera, de tal caracterización, a las otras formas de familia. En efecto, la totalidad de las formas reconocidas en el artículo 42 de la Carta para originar una familia, deben ser tenidas como legítimas, pues todas ellas se encuentran autorizadas y protegidas por el ordenamiento constitucional. No existe ninguna razón que justifique el tratamiento diferenciado que las normas estudiadas confieren a las distintas formas de constituir una familia.

“De otra parte, al legislador le está prohibido preferir un modelo de justicia que altere el código ético mínimo consagrado en la Carta Política y, por lo tanto, no puede calificar como ilegítima -o apartada de los principios de justicia-, una opción vital que el propio constituyente consideró digna de protección. En consecuencia, carece de justificación constitucional la preferencia del legislador por la familia matrimonial. En efecto, tal preferencia afecta los principios de justicia constitucional en tanto supone una descalificación moral, contraria al postulado de igualdad (C.P. art. 13, 16, 42), al negar a la familia de hecho el atributo moral que se reconoce a la familia matrimonial.

“Por último, desde una óptica sociológica, resta simplemente mencionar el impacto social -que no meramente jurídico- de las disposiciones normativas declaradas exequibles. En este punto, basta recordar que el lenguaje, -y más el lenguaje jurídico cuyo valor simbólico se oculta detrás de un velo de presunta objetividad-, produce una influencia notable en la moralidad positiva y en los comportamientos sociales, que no puede pasar desapercibida para el juez constitucional. En este sentido, calificar como legítimo cierto comportamiento, implica prohiar el virtual rechazo social de comportamientos contrarios. Sin embargo, a la luz del régimen constitucional, resulta palmario que el legislador no puede promover el rechazo social hacia conductas reconocidas y avaladas por la Carta. En efecto, la libertad de configuración de las mayorías virtuales representadas en el Congreso, llega hasta donde empieza el acuerdo ético mínimo plasmado en la Constitución Política. (Corte Constitucional, Sentencia C-595, 6-11-96. Salvamento de voto Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente D-1267)

En aclaración de voto también de sumo interés se expresó con claridad: “... pensamos que la sola referencia a un parentesco "legítimo" suscita de inmediato la idea de que hay una "ilegítimo"; y el concepto de uniones entre hombre y mujer "autorizadas por la ley" permite concluir que existen uniones de esa misma naturaleza "no autorizadas por la ley".

Y, dígase lo que se diga en defensa de tales preceptos, lo cierto es que a la luz del artículo 42 de la Constitución Política no puede haber discriminación alguna entre hijos legítimos e ilegítimos, ni puede haber líneas de parentesco clasificadas en esa forma, ni hay uniones entre hombre y mujer, como origen de la familia, desautorizadas por la ley o contrarias a ella. Ya el vínculo matrimonial no es factor determinante para legitimar a la descendencia, ni su falta constituye baldón que la haga ilegítima.

Según nuestro criterio, no hay en Colombia hijos legítimos ni ilegítimos. Hay simplemente "hijos", seres humanos que gozan todos, en su esencia de la misma dignidad e iguales derechos". (Corte Constitucional, Sentencia C-595, 6-11-96. Aclaración de voto

magistrados Drs. José Gregorio Hernández Galindo, Antonio Barrera Carbonell, Expediente D-1267)

COMENTARIOS

Hemos dejado reseñada la doctrina jurisprudencial de orden constitucional, aclarando que los planteamientos naturalistas no constituyen criterio general y reiterado de la Corte; en múltiples ocasiones también la alta Corporación ha expuesto con total claridad y acierto, la igualdad que el Ordenamiento trata la familia matrimonial y aquella originada en un vínculo o acuerdo común y de hecho, en relación directa con la protección institucional de la familia y bajo las precisas restricciones del artículo 42 superior; entre ellas reseñamos las anteriormente transcritas que estimamos especialmente sobresalientes; no obstante algunos de los desarrollos aquí manifestados, en referencia al diverso manejo del tema económico en la sociedad conyugal y de la sociedad de hecho, sirvieron de pábulo para la reiteración de comprensiones ius naturalistas de la familia y de la sobrevaloración de su origen matrimonial en cuanto aparentemente privilegiado por la Carta.

Estimamos que el análisis del tema debe necesariamente partir de la plena y absoluta igualdad entre la familia extramatrimonial y la originada en el contrato formal, no obstante que la ley puede regular tratamientos deferentes -no desiguales-, que no impliquen ningún género de discriminación, aspecto que desafortunadamente no se dejó totalmente claro en las providencias que tocaron el tema patrimonial entre cónyuges y compañeros permanentes.

Así en referencia y desarrollo de los deberes de asistencia, socorro, solidaridad y en lo atinente a la incriminación de la violencia intrafamiliar, la Corte Constitucional fue clara en predicar la igualdad entre las familias matrimonial y extramatrimonial.

Para la Escuela Clásica, que especialmente en este campo, tuvo como fuente el naturalismo mítico-religioso, los principales derechos de los integrantes de la familia que merecen tutela penal son: los que adquieren los cónyuges al contraer matrimonio ritual, contractual o sacramental, ante los cuales se determinarán como básicos la fidelidad conyugal y la unidad e indisolubilidad del vínculo, su

inobservancia merecería represión mediante la tipificación del adulterio, el amancebamiento, la bigamia y otros “matrimonios ilegales”; los derechos radicados en cada uno de los integrantes de la familia de respeto mutuo los cuales se verían lesionados fundamentalmente por el delito de incesto; el estado civil o de familia, emergente únicamente de la familia “legítima” y la asistencia familiar con la misma característica (Cfr. PACHECO OSORIO, Pedro, Derecho Penal Especial, t. III, p. 4)

La llamada concepción supranaturalista encuentra su mas radical expresión en la Escuela Clásica; en los siguientes términos se expresa CARRARA: “la familia es la primera exteriorización del instinto humano que nos impulsa a vivir en unión de nuestros semejantes, aun antes de que una ley humana nos lo haya impuesto y antes de que la razón y la experiencia nos hayan hecho ver la necesidad y las ventajas de ello, porque esta suprema ley del orden en la raza humana no podía quedar entregada por la sabiduría del Creador a las eventualidades de nuestros caprichos o a la lentitud de nuestras experiencias.

“Mucho antes de que se constituyeran los sociedades civiles y de que el Estado y el imperio se identificaran con la vida de la humanidad, los hombre se reunieron en pequeños grupos que representaron el embrión de los futuros Estados, así como en sus jefes apareció el embrión de los futuros gobernantes. Esta es una verdad positiva que la razón demuestra como un hecho necesario y que las tradiciones confirman como evolución histórica de la humanidad. Por consiguiente, cualquier cosa pueden afirmar seriamente las fantasías de un filósofo, excepto que la familia sea una institución social”. (Cfr. en PÉREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, t. IV, p. 252), MAGGIORE asume posición un tanto mas radical definiendo la familia como “sociedad natural, cuyo fin es el incremento y la elevación ética de la humanidad, tiene sus raíces en el matrimonio, que MODESTINO define como la unión del hombre y la mujer, el consorcio de toda una vida, la comunicación de los derechos divinos y humanos, que San Pablo llama gran sacramento” (Cfr. en PÉREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, t. IV, p. 254)

TEMA VII. LA FAMILIA. PRINCIPIO DE IGUALDAD. TEORÍAS EXPLICATIVAS EXCLUIDAS.

“... la Corte Constitucional encuentra que la actual regulación no es compatible con la Constitución puesto que desconoce principios y derechos constitucionales. De un lado, esta regulación viola el núcleo esencial del derecho del hijo a reclamar su verdadera filiación, puesto que la causal no cubre todas las hipótesis razonables en las cuales sería constitucionalmente legítimo que el hijo pudiera acudir a los tribunales a impugnar la presunción de paternidad.

“De otro lado, la Corte encuentra que esta regulación viola el principio de igualdad, puesto que establece privilegios irrazonables en favor del padre con respecto al hijo. Esto era compatible con una visión patriarcal de la familia y del matrimonio, en la cual el marido, como una reminiscencia del "*pater familias*" romano, ostentaba privilegios y potestades desorbitantes no sólo sobre la mujer sino también sobre sus descendientes. Pero esa concepción del matrimonio y la familia no es compatible con el orden de valores instaurado por la Constitución de 1991, puesto que éste reposa en la igualdad en dignidad y derechos de los integrantes del núcleo familiar, tal y como se desprende de los artículos 13 y 42 de la Carta.

“Es cierto que algunos podrían considerar que en este caso no se viola el principio de igualdad porque la ley no tiene por qué regular de manera uniforme dos situaciones que son fácticamente diversas, la del marido y la del hijo. Por ello, según estas tesis, el establecimiento de causales diferentes para uno y otro no puede ser entendido como una discriminación en contra del hijo sino como una regulación diferenciada de hipótesis fácticas disímiles. Sin embargo la Corte no comparte ese análisis, por cuanto considera que el hecho relevante desde el punto de vista constitucional es que ambas personas, padre y marido, ostentan idéntico interés jurídico para poder impugnar la presunción de paternidad establecida por el artículo 214 del Código Civil. En efecto, ambos buscan desvirtuar una relación de filiación que los afecta, que ha sido presumida por la ley y que los relaciona al uno como padre y al otro como hijo. Se encuentran entonces en la misma situación jurídica, sin que importe que se sitúen en dos extremos diversos de la relación de filiación, por lo cual la ley debió darles el mismo trato. Y como no existe ningún fundamento constitucional razonable para haberles dado un trato distinto, la Corte Constitucional concluye que esta regulación legal configura una discriminación que

viola el artículo 13 de la Carta.” (Corte Constitucional, Sentencia C-109, 15-03-95, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, Expediente D-680)

COMENTARIOS

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. PÉREZ, Luis Carlos, Derecho penal, t. III, ob. cit. p. 39 y 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 influida por perjuicios 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.

Adicionalmente la comprensión patriarcal de la familia y del parentesco, podríamos decir están proscritos de nuestro sistema de organización jurídico-político, según lo expresó el máximo Juez constitucional, en la providencia que transcribimos anteriormente.

TEMA VIII. LOS PROBLEMAS DE GÉNERO. EVALUACIÓN CONSTITUCIONAL.

“Breves anotaciones sobre la histórica discriminación de la mujer. Tradicionalmente en nuestra sociedad, como en la mayoría de las sociedades actuales, el “paradigma de lo humano” se ha construido alrededor del varón. Es a él a quien se le atribuyen características socialmente valoradas como la racionalidad, la fuerza, el coraje, por oposición a la mujer a quien se caracteriza como irracional, débil, sumisa (Alda Facio Montejo explica con precisión las implicaciones de la asignación de roles. Al respecto señala que “el que se atribuyan características dicotómicas a cada uno de los sexos, tal vez no sería tan grave si las características con que se define a uno y otro sexo no gozaran de distinto valor, no legitimaran la subordinación del sexo femenino, y no construyeran lo masculino como el referente de todo lo humano”. Alda Facio Montejo. El principio de Igualdad ante la Ley. En el contexto de una política para la eliminación de la discriminación sexual en: Avances en la construcción jurídica de la igualdad para las mujeres colombianas. Santa Fe de Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1995). Tal dicotomía en la construcción del género o, en otras palabras, los diferentes roles y estereotipos que culturalmente se han asignado al hombre y a la mujer, no han hecho nada distinto que generar una enorme brecha entre los sexos que, a su vez, ha dado lugar a la discriminación de esta última en los más variados campos. En especial, este trato diferente ha relegado a la mujer al espacio de lo privado, al de la fiel esposa, aquélla que debe guardar sumisión frente al marido,

“quien debe liberar al ciudadano de las preocupaciones y tareas del ámbito privado (el de la naturaleza) para que éste pueda dedicarse al ámbito de lo público (el de la cultura)”.

Varias referencias históricas dan cuenta de ello.

“Rousseau, por ejemplo, filósofo de vanguardia en su época, en el Capítulo V del Emilio escribió en un tono que refleja su tiempo:

“Toda la educación de las mujeres debe estar referida a los hombres... Agradarles, serles útiles, hacerse amar y honrar por ellos, criarles de pequeños, cuidarles cuando sean mayores, aconsejarles, consolarles, hacerles la vida agradable y dulce: esos son deberes de todos los tiempos y lo que ha de enseñárseles desde la infancia”.

Kierkegaard, padre del existencialismo, en el Diario de un seductor, sostuvo:

“La esencia de la mujer viene indicada justamente como gracia, expresión que nos recuerda la vida vegetativa; ella es como una flor, gusta decir a los poetas, y por último lo que en ellas hay de espiritual tiene algo de vegetativo. Entra en los límites de la naturaleza y es, por esto, libre más bien estéticamente. En un sentido más profundo, es liberada por medio del hombre” (Kierkegaard, S., Diario de un seductor, Madrid, Guadarrama, 1975).

Schopenhauer, por su parte, afirmó:

“El defecto fundamental del carácter femenino es que no tiene sentido de la justicia. Ello es debido al hecho mencionado de que las mujeres son deficientes en los poderes de razonar y deliberar” (Arthur Schopenhauer, On Woman en: R. Agonito, History of Ideas on Women, Nueva York, Putnam, 1977. Sobre el sexismo en la filosofía puede verse, por ejemplo: Celia Amorós. Hacia una Crítica de la Razón Patriarcal. Barcelona, Antropos, 1985).

“De acuerdo con estos pensadores la individualidad y la autonomía eran connotaciones predicables sólo del sexo masculino, y la mujer, por tanto, sólo debía ajustarse al lugar que “la naturaleza” (principalmente por sus atributos biológicos) le había reservado: tener hijos, criarlos, cuidar al marido y a toda la familia, ocuparse de la casa. De esta manera se fue constituyendo una especie de “contrato social”, donde

cada quién ocupaba el espacio que le era destinado, con el agravante de que aquél que correspondía a las mujeres estaba sub valorado.

“Aunque estas referencias están ubicadas en la producción filosófica, ilustrada, la concepción de la mujer como ser inferior al hombre, alejada de la cultura y, por consiguiente, sometida a la voluntad del varón, impregnó más de un ámbito social y de producción cultural, entre ellos el de derecho. Las instituciones jurídicas y políticas reflejaron este estado de cosas e incluso, muchas veces, reforzaron las prácticas discriminatorias.

Sin ir más lejos, en nuestro ordenamiento jurídico se pueden reseñar, entre muchas otras, las normas que restringían la ciudadanía, aquéllas que equiparaban a la mujer con los menores y dementes en la administración de sus bienes o las que la obligaban a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula “de” como símbolo de pertenencia.

“En especial, para el tema que ocupa a la Corte, vale la pena recordar que varias de las consecuencias jurídicas del adulterio recaían exclusivamente en cabeza de la mujer. Por ejemplo, el Código Penal de 1890 establecía: “La mujer casada que cometa adulterio sufrirá una reclusión por el tiempo que quiera el marido, con tal que no se pase de cuatro años. Si el marido muriese sin haber solicitado la libertad de la mujer y faltare más de un año para cumplir el término de reclusión, permanecerá en ella un año, después de la reclusión hasta que cumpla su condena” (artículo 712). Por su parte, las normas civiles vigentes hasta 1976, establecían como causal de divorcio “el adulterio de la mujer” (artículo 154), que implicaba la suspensión de la vida de los casados sin disolver el matrimonio (artículo 153).

“Sin duda alguna esta normatividad, impregnada por lo que las feministas han denominado una “lógica patriarcal”, no hizo nada distinto que perpetuar la discriminación y generar, en consecuencia, un efecto simbólico perverso: la mujer, y en especial la mujer casada, es propiedad del marido y, por tanto, cualquier ofensa que a él haga debe ser castigada.

“3. Sobre la construcción jurídica de la igualdad de los sexos. Tras una lenta evolución, el camino que han recorrido las mujeres en defensa de sus derechos, y principalmente en el reconocimiento de su igualdad

jurídica, se ha visto plasmado en numerosas normas e instrumentos internacionales. A manera de ejemplo, en nuestro ordenamiento, pueden citarse la Ley 28 de 1932 que consagró la libre administración y disposición de los bienes de cada uno de los cónyuges; el Decreto 1972 de 1933 que abrió las puertas de las universidades a las mujeres; la reforma de 1954 que les permitió ejercer el derecho al sufragio; el Decreto 1260 de 1970 que eliminó la obligación de llevar el apellido del esposo; el Decreto 2820 de 1974 que acabó con la potestad marital, figura que convertía a la mujer en incapaz relativo al momento de contraer matrimonio; o el Decreto 1398 de 1990 que reglamentó la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, suscrita por Colombia en 1981.

“Ahora bien: Uno de los mayores logros en la construcción de la igualdad jurídica de la mujer sin duda la Constitución de 1991. Nuestra Carta Política no solo reconoce la igualdad de derechos para todas las personas, sino que de manera explícita consagra la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y la prohibición expresa de discriminar a la mujer (Además de lo anterior la Constitución contempló acciones afirmativas concretas a nivel constitucional para la protección efectiva de la mujer. Ejemplo de ello es la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo, después del parto y el subsidio alimentario si estuviere desempleada o desamparada. Igualmente en el artículo 42 se consagró la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges (art. 42 C.P.). En el ámbito de los derechos políticos se estableció un mandato a las autoridades para garantizar la participación adecuada y efectiva de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública (art. 40 C.P.).

“Dice el artículo 13 de la Constitución:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familia, lengua, religión, opinión política o filosófica.

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva adoptará medidas en favor de grupos discriminados.

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

“Y el artículo 43 de la Carta expresa:

“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación...”.

“El principio de tratamiento igual reconocido constitucionalmente se configura, entonces, en un derecho fundamental de cuyo respeto depende la dignidad y la realización de la persona humana. En consecuencia, cualquier acto que pretenda “anular, dominar, ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales” (Sobre el concepto de acto discriminatorio, véase la Sentencia T-98 de 1994. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), como puede serlo el sexo, es un acto discriminatorio proscrito por la Constitución.

“Sobre las distinciones que se fundan exclusivamente en la pertenencia a un determinado sexo, vale la pena recordar lo expuesto en la Sentencia C-588 de 1992. Dijo la Corte:

“El legislador está obligado a instituir normas objetivas de aplicación común a los destinatarios de las leyes, sin concebir criterios de distinción que representen concesiones inmerecidas a favor de algunos o trato peyorativo respecto de otros. Las diferencias que se introduzcan deben estar inspiradas, bien en la realización del propósito constitucional de la igualdad real (artículo 13 C.N.), o en el desarrollo de los postulados de la justicia distributiva.

(...)

“La pertenencia al sexo masculino o al femenino tampoco debe implicar, por sí misma, una razón para obtener beneficios de la ley o para hallarse ante sus normas en inferioridad de condiciones. De allí que sean inconstitucionales las disposiciones que plasman distinciones soportadas única y exclusivamente en ese factor (Sentencia C-588 de 1992. MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

“Claro está, que la igualdad de derechos que se reconoce al hombre y a la mujer no es simplemente de carácter formal, pues en algunos eventos se justifican diferenciaciones en aras de terminar con la histórica discriminación que ha sufrido la población femenina. En este sentido se “autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económicos y sociales” (Corte Constitucional. Sentencia C-410 de 1994. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz). Es decir, que no siempre que se utilicen criterios distintivos como el sexo, existe un tratamiento discriminatorio; sin embargo, para que estas diferenciaciones sean constitucionalmente válidas, deben sustentarse en criterios razonables y objetivos que así las justifiquen.” (Corte Constitucional, Sentencia C-082, 17-02-99, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, Expediente D-2137)

COMENTARIOS

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.

La igualdad de la mujer en nuestra actual organización institucional fue detenidamente analizada por la Corte Constitucional, frente a cuya argumentación no queda sobra de duda de la modificación y erradicación definitiva de toda discriminación en orden al género

En conclusión, profundos cambios en los procesos de socialización e internalización, en la comprensión de la autoridad masculina y familiar, en las causas y efectos económicos determinantes para la conformación y conservación del núcleo, y, en general, en la asunción de nuevos roles por parte de todos sus integrantes, marcan e imponen la adopción de un concepto evolutivo, material y extenso del bien jurídico de la familia, el cual posee claros fundamentos legales, constitucionales e internacionales, y sobre el cual se ha de determinar el alcance de la protección jurídico-penal a la institución, con pleno y total abandono de la ideología naturalista y patriarcal, de la comprensiónseudomoralista y religiosa del matrimonio, del concepto sociológico de familia uterina, del pensamiento machista y autoritario, en fin del desarrollo meramente formal de los conceptos de familia extensa y nuclear.

Las anteriores consideraciones que deben enmarcar una comprensión actual de la familia no se encuentran muy distantes de algunas consideraciones jurídico-normativas que ha emitido nuestra Corte Constitucional: “La familia puede constituirse o en virtud del matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla por la decisión libre de un hombre y una mujer, es decir por vínculos naturales o jurídicos, razón esta por la cual resulta por completo indiferente para que se considere a una mujer como cabeza de familia su estado civil, pues, lo esencial, de acuerdo con la definición que sobre el particular adoptó el legislador es que ella tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar, lo que significa que será tal, no solo la mujer soltera o casada, sino también

aquella ligada en unión libre con un compañero permanente.” (Corte Constitucional, Sentencia C-034, 27-01-99, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, Expediente D-2122)

TEMA IX. FUNCIONES DE LA FAMILIA. CORRELATOS PENALES.

“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 da 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, conscientes 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.” (Corte Constitucional, Sentencia T-278, 15-06-94, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, Expediente T-31510).

COMENTARIOS

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 domestica 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 distinción 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-

En relación con esta función formadora, socializadora e internalizadora de valores y principios ha dicho la Corte Constitucional: “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.”(Corte Constitucional, Sentencia T-278, 15-06-94, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, Expediente T-31510).

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 especificaciones, el nivel punitivo de protección.

TEMA X. LOS DERECHOS DEL MENOR EN LOS ÁMBITOS INTERNACIONAL, CONSTITUCIONAL Y LEGAL

“Protección a los Derechos del Niño en las Normas Internacionales. La prevalencia de los derechos de los niños, y la obligación de los padres de reconocerla, se recoge en la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 que estableció:

“Principio 6:

“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material” (Por su parte el Código del Menor en el artículo 60. inciso 3o. establece que: "son deberes de los padres, velar porque los hijos reciban los cuidados

necesarios para su adecuado desarrollo físico, intelectual, moral y social". La protección al menor en la ley va aún más allá. El artículo 57 del mismo Código habla de la resolución por medio de la cual se declara a un menor en situación de abandono o peligro y establece que se pueden ordenar las medias de protección que consagra el artículo entre las que se encuentra: "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 formación moral". (Numeral 6o ibídem).

“De igual manera la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño con vigor para Colombia el 27 de febrero de 1991, mediante Decreto de promulgación número 94 de 1992 consagró:

“Artículo 8

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

“2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia con miras a establecer rápidamente su identidad.

“En igual sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado el 27 de abril de 1977 en su artículo 24 establece:

Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

“Además de la citada Convención de 1989 hay otros instrumentos internacionales de protección al menor los cuales son: La Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Declaración de los Derechos del Niño (1959); la Declaración sobre la protección a los niños y mujeres en situación de emergencia o conflicto armado (1974). Estos instrumentos internacionales conforman un bloque de

constitucionalidad como lo ha reconocido esta Corporación: La Constitución establece que la interpretación de los derechos fundamentales en ella consagrados debe hacerse con arreglo a las pertinentes disposiciones de los tratados internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por Colombia (artículo 94 C.P.), por lo cual las normas constitucionales relativas a tales derechos no son taxativas ni su contenido protector se agota en esos mismos textos" (T-106/96 Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández).

“Por lo anterior debe entenderse que la protección que dan la Constitución, los Tratados Internacionales, Declaraciones Internacionales y la ley a la familia y a las personas que forman parte de ella, se dirige preferencialmente al menor.

“La Constitución ha previsto que la familia es el lugar más indicado para que al menor se le garanticen sus derechos; sin embargo el Estado debe cumplir una función supletoria, cuando los padres no existan, no puedan o no quieran proporcionar a sus niños los requisitos indispensables para llevar una vida plena.

“Por esta razón y en virtud del principio de solidaridad propio del Estado Social de Derecho, la sociedad y el Estado deben estar pendientes de que al niño se le garanticen en su familia sus derechos y que ésta cumpla con sus deberes como institución básica de la sociedad. Cuando por razones ajenas a la voluntad e intereses del niño, éste es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros, como por ejemplo un hermano, se le está, violando al niño su derecho a tener una familia y a no ser separado de ésta. El niño necesita para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares, impedirselo o negárselo entorpece su crecimiento y puede llevarlo a carecer de lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral. Respetar las emociones y afectos de los niños es respetar su dignidad y es abrirles paso a que sean ellos mismos quienes las respeten y respeten a los demás.” (Corte Constitucional, Sentencia T-182, Sentencia 2-05-96, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, Expediente T-83594)

COMENTARIOS

El reconocimiento, aplicación y ejercicio eficaz y efectivo de los derechos del niño, deben representar el origen, causa y fundamento de la incriminación de la explotación del menor en los ámbitos determinados a lo largo de todo el título de los delitos contra la familia; el adecuado desarrollo de la preceptiva internacional y constitucional sobre la materia es el fin de la normatización de estos comportamientos, que a su vez se erige en su fundamento positivo-normativo de incriminación; es por ello que consideramos oportuno, el anterior esbozo de la precitada protección jurídica realizado por la Corte Constitucional.

TEMA XI. DERECHOS DEL MENOR. DERECHO A LA FAMILIA. ADOPCIÓN.

La Constitución ha previsto que la familia es el lugar más indicado para que al menor se le garanticen sus derechos; sin embargo el Estado debe cumplir una función supletoria, cuando los padres no existan, no puedan o no quieran proporcionar a sus niños los requisitos indispensables para llevar una vida plena.

“Por esta razón y en virtud del principio de solidaridad propio del Estado Social de Derecho, la sociedad y el Estado deben estar pendientes de que al niño se le garanticen en su familia sus derechos y que ésta cumpla con sus deberes como institución básica de la sociedad. Cuando por razones ajenas a la voluntad e intereses del niño, éste es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros, como por ejemplo un hermano, se le está, violando al niño su derecho a tener una familia y a no ser separado de ésta. El niño necesita para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares, impedírsele o negárselo entorpece su crecimiento y puede llevarlo a carecer de lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral. Respetar las emociones y afectos de los niños es respetar su dignidad y es abrirles paso a que sean ellos mismos quienes las respeten y respeten a los demás.

“Derecho del niño a la convivencia y acercamiento con su familia. La Carta Política del 91 consagró el amparo a la familia como institución básica de la sociedad. Por su parte estableció en el artículo 42 la obligación del Estado y de la sociedad de garantizar la protección integral de ésta.

“La familia es un derecho del niño. El artículo 44 consagra el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ésta. También establece que en el seno de la familia se deben garantizar y respetar los derechos de los niños; cuando la familia no cumpla con este deber, subsidiariamente lo adquiere la sociedad y el Estado. (Además de la Constitución Política, la normatividad nacional incluye sobre este tema: El Código del Menor (Decreto 2737 de 1989); el Decreto 594 de 1993; el Decreto 415 de 1994; la Ley 10 de 1990; la Ley 124 de 1994; y a nivel de Santafé de Bogotá: los Acuerdos 20 de 1990 y 31 de 1992).

Dentro del derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ésta; encontramos el concepto de la unidad familiar.

...

“La Convención sobre los derechos del niño destaca la importancia de que el niño se mantenga al lado de sus padres, artículo 90. numeral 10.: “Los Estados velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño” (Los instrumentos internacionales de protección al menor son: La Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Declaración de los Derechos del Niño (1959); la Declaración sobre la protección a los niños y mujeres en situación de emergencia o conflicto armado (1974); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

“De lo anterior debe resultarse la importancia que se le otorga al interés superior del niño. Interés que se ha consagrado en el artículo 44 de la Constitución. Es derecho exigible del niño, el tener una familia y el no ser separado de ella. Este derecho debe ser garantizado en primer término por la familia, de ahí que cuando habla la Convención citada sobre la separación de los niños de los padres contra la voluntad de éstos, en concordancia con los derechos consagrados en el artículo 44, debemos entender que la voluntad de los padres no puede ir en contra de los intereses superiores del niño. Así lo expresa el inciso final del artículo “Los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás”.

“El deber de los padres y de la familia de garantizarle al niño sus

derechos se mantiene aún después de roto el vínculo natural o jurídico entre ellos.

“Es importante tener presente que en muchas ocasiones cuando se rompe el vínculo entre los padres, ocurre de manera no cordial, lo cual implica que muchas veces se rompan también los vínculos entre las dos familias, o que las relaciones entre éstas se deterioren. El ambiente de peleas y malas relaciones es perjudicial para el menor ya que él no es quien está en conflicto con sus parientes, él tiene derecho a disfrutar del amor que su familia le puede brindar. No se le puede impedir a un niño que no se hable ni que vea a sus hermanos, o prohibírsele jugar con sus primos o demás familiares.

“Los familiares del menor entendidos en primer término en su núcleo elemental y luego los familiares en sentido amplio, no pueden hacer prevalecer sus intereses sobre los del niño. Las desavenencias de la separación de los padres o de la muerte de uno de éstos es ya de por sí bastante difícil para el menor.

“Por su parte cuando la familia no cumpla su deber de garantizar al menor la unidad y ambiente familiar adecuado, la sociedad y el Estado deben intervenir, con la exclusiva finalidad de protegerlo.

Al respecto la Corte ha dicho:

"... Es claro, que si el niño carece de una familia que lo asista y proteja, bien porque haya sido abandonado por sus padres, bien porque carezca de ellos, o bien porque éstos o, en su defecto, sus abuelos, hermanos mayores, u otros parientes cercanos, no cumplan con ese sagrado deber, la asistencia y protección incumbe directa e insoslayablemente a la sociedad y, a nombre de ésta, al Estado, a través de los organismos competentes para ello. Con esto se configura la intervención subsidiaria del Estado, a falta de una familia que cumple con las obligaciones antes señaladas.

“El bienestar de la infancia, es una de las causas finales de la sociedad - tanto doméstica como política-, y del Estado; por ello la integridad física, moral, intelectual y espiritual de la niñez, y la garantía de la plenitud de sus derechos son, en estricto sentido, asunto de interés

general. Son fin del sistema jurídico, y no hay ningún medio que permita la excepción del fin.

“Pero no basta con el deber de asistencia, porque la Constitución obliga al Estado, a la sociedad y a la familia también a proteger al niño. Esta protección implica realizar las acciones de amparo, favorecimiento y defensa de los derechos del menor. Por ello el artículo 44 superior, concluye en su último inciso: "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás"; lo cual está en consonancia con el inciso tercero del artículo 13 de la Constitución que señala: "El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta (...)" (Sentencia T-29/94, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa).

“Por esta razón cuando sobreviene la separación de los padres, y estos no han cumplido su deber de garantizarle al niño sus derechos por la arrogancia de mantener los suyos, el legislador prevé entre varios mecanismos la reglamentación de visitas. Mecanismo éste que le permite al niño conservar el afecto de sus familiares y a éstos seguir influyendo en el proceso de desarrollo integral del niño. Al respecto dice la Corte (T-500/93 Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía) Las visitas no son sólo un mecanismo para proteger al menor, sino que le permiten a cada uno de los padres, desarrollar y ejercer sus derechos, es decir, son un dispositivo que facilita el acercamiento y la convivencia entre mantener la unidad familiar, que la Constitución consagra como derecho fundamental de los niños”.

“Cuando las desavenencias no son únicamente entre los padres del menor, sino que su radio abarca a los demás miembros de la familia, se toma relevante el derecho de visitas respecto de los demás familiares a quienes el que ostenta la custodia, les impide el acercamiento y la convivencia con el menor.

“Las visitas no son el único medio posible para lograr el acercamiento, además es importante aclarar que todo mecanismos tendiente a lograr dicho acercamiento no es suficiente si no logra crear un ambiente de entendimiento y cercanía no necesariamente física sino espiritual. El compromiso debe ser real y el ambiente que rodea al niño debe ser de

armonía. Los padres y parientes deben abstenerse de indisponer a los menores entre ellos y contra su familia.

La prevalencia de los derechos de los niños exige que la conducta de los padres y demás familiares del menor, esté efectivamente dirigida a proteger al niño y a garantizarle o facilitarle el espacio de convivencia.

Al respecto la Corte ha expresado:

“El interés jurídico del menor se manifiesta como aquella utilidad jurídica que es otorgada a un menor con el fin de darle un tratamiento preferencial, su naturaleza jurídica está integrada por elementos que de manera alguna pueden desconocerse. Estos elementos constituyen un concepto de aplicación superior que establece elementos de coercibilidad y obligatoriedad de estricto cumplimiento o acatamiento por todos” (T-477/95 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero). (Corte Constitucional, Sentencia T-182, 2-05-96, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, Expediente T-83594)

COMENTARIOS

El Código del Menor introdujo la figura de defensor de familia, con claras funciones en el procedimiento de adopción; este servidor público adquiere en virtud del Estatuto toda una extensa gama de atribuciones, funciones y responsabilidades razón por la cual sobre él recae una tal vez exagerada carga, que debe necesariamente incluir la obtención real de las plausibles finalidades que se propone esta regulación.

En referencia a la órbita policiva -preventiva y represiva- se crearon las Comisarías de Familia que haciendo parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, tienen la función básica de colaborar con las restantes autoridades competentes en la protección del menor en peligro o situación irregular y en la atención inmediata del conflicto intrafamiliar.

Como principio general, el Código del Menor vigente tiene como fin primordial (art. 22) la protección al menor de edad, con lo que todo este conjunto normativo, pretende velar por sus intereses y derechos y procurar que su desarrollo físico y síquico se cumpla de una manera armónica e integral. El Estado por intermedio del Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar, y en general, de todo su aparato investigativo y coercitivo posee e implementa toda una serie de mecanismos tendientes a la obtención de dichas finalidades; en tal virtud, reprime y sanciona todas aquellas conductas punibles que afectan al menor tales como el tráfico, el secuestro y las adopciones ilegales, tipos penales consagrados en los artículos 23 a 28 del C. del M. vigentes hasta la fecha de entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, la cual los incorpora y recodifica. El derecho del menor a tener una familia, desarrollado expresa y materialmente mediante la institución de la adopción; ha sido concepto expuesto con suma claridad por la Corte Constitucional, en los anteriores criterios que se erigen en fundamento de incriminación frente al delito de adopción irregular.