

Derecho de propiedad y protección a la mujer y a la familia. Las inconsistencias del legislador colombiano¹

Right to property and protection to the woman and the family. The inconsistencies of the Colombian legislator.

Le droit de propriété et la protection des femmes et la famille. Les incohérences du législateur Colombien.

Direito de propriedade e proteção à mulher e à família. As inconsistências do legislador colombiano.

María Virginia Gaviria Gil²

- 1 El presente artículo es resultado de los proyectos de investigación "Una mirada histórica al derecho de propiedad en Colombia desde las políticas de género y las políticas de restitución de tierras" y "Análisis de derecho comparado sobre políticas de género en la propiedad de bienes inmuebles y sobre políticas de restitución de tierras", financiados por la Universidad Eafit – Escuela de Derecho durante los años 2012 y 2013. Ambos proyectos están inscritos en la línea de investigación "Derecho, política, cultura e historia" del Grupo de Investigación "Derecho y Poder" de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit (Medellín – Colombia), con la dirección de María Virginia Gaviria Gil.
- 2 Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín), especialista en Derecho Administrativo de la misma universidad, magister en Historia de la Universidad Nacional de Colombia – sede Medellín; profesora e investigadora de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit (Medellín), y actual coordinadora académica de la Maestría en Derecho de la misma universidad. En el proceso de investigación y análisis también participaron los

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar las normas jurídicas aprobadas por el legislador colombiano con la finalidad de proteger el derecho de propiedad sobre bienes inmuebles de la familia o de la mujer cabeza de familia. Los cuatro casos analizados permiten cuestionar la existencia de una verdadera protección para la familia o para la mujer colombiana, así como el equilibrio que debe existir entre dicha protección y los derechos de terceros acreedores.

Palabras clave

Derecho de propiedad; Familia; Mujer cabeza de familia.

Abstract

The present paper aims to analyze the laws approved by the Colombian legislator with the goal of protecting the right to property over real estate owned by the family or by Head-of-Family woman. The four cases to be analyzed allow to question the existence of a genuine protection for the family or for the Colombian woman, as well as the balance which must exist between the mentioned protection and the rights of third-party creditors.

Keywords

Right to Property; Family; Head-of-Family Woman.

siguientes estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit: Laura Daniela Alzate Tobón, Camilo Espinal Arango, Diana Paola Gil Guzmán, José Jaime Posada Molina, y Juan Pablo Restrepo Upegui. Correo electrónico: mgaviria@eafit.edu.co - <http://orcid.org/0000-0002-2993-0864>

Cómo citar este artículo:

Gaviria, M. (2015). Derecho de propiedad y protección a la mujer y a la familia. Las inconsistencias del legislador colombiano. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(123), pp. 577-598.

Recibido: 30 de julio de 2015.

Aprobado: 18 de noviembre de 2015.

Résumé

Cet article vise à analyser les normes juridiques adoptées par le législateur colombien afin de protéger le droit de propriété des biens de la famille ou de la femme chef de famille. Les quatre cas analysés posent des questions sur l'existence d'une véritable protection pour la famille ou pour les femmes colombiennes, ainsi que l'équilibre qui doit exister entre tel protection et les droits des créanciers tiers.

Mots-clés

Droit de propriété; Famille; Femme chef de famille.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar as normas jurídicas aprovadas pelo legislador colombiano com a finalidade de proteger o direito de propriedade sob imóveis da família ou da mulher chefe de família. As quatro experiências analisadas permitem questionar a existência de uma verdadeira proteção para a família ou para a mulher colombiana, assim como o equilíbrio que deve existir entre essa proteção e os direitos de terceiros credores.

Palavras-chave

Direito de propriedade; Família; mulher chefe de família.

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo analizar las normas jurídicas aprobadas por el legislador colombiano con la finalidad de proteger el derecho de propiedad sobre bienes inmuebles de la familia o de la mujer cabeza de familia. Estas disposiciones se han establecido a través de legislación complementaria del Código Civil expedido en 1887, que reguló el derecho de propiedad y el derecho de familia en Colombia.

Para desplegar el objetivo propuesto, se seleccionaron las normas jurídicas que regulan la afectación a vivienda familiar, la protección a la mujer cabeza de familia a través de la constitución del patrimonio de familia inembargable, la protección a las mujeres rurales, y la protección a las mujeres en la restitución de tierras. Como podrá observarse en el texto, la legislación analizada presenta contradicciones y dificultades en su aplicación, que llevan a cuestionar la existencia de una verdadera protección para la familia o para la mujer colombiana, así como el equilibrio que debe existir entre dicha protección y los derechos de terceros acreedores.

El artículo cuenta con cinco capítulos; en el inicial están los antecedentes históricos de la protección del derecho de propiedad para la mujer y la familia en el derecho occidental, y especialmente en Colombia. Los cuatro capítulos siguientes tienen como finalidad analizar cada una de las instituciones jurídicas elegidas para la materia propuesta.

Aunque hoy es posible encontrar una abundante literatura sobre los derechos humanos consagrados en nuestra carta política, entre ellos la igualdad de género y el derecho a la familia, y sobre el derecho de familia colombiano a partir de 1991, los temas propuestos están prácticamente ausentes de la discusión nacional. El rastreo que de los mismos se hizo en el derecho comparado latinoamericano tampoco mostró resultados significativos. Por esta razón las principales fuentes de estudio son las normas jurídicas colombianas que regulan las cuatro instituciones jurídicas escogidas, incluidas las constitucionales, legislativas y reglamentarias, así como algunas decisiones judiciales de nuestra Corte Constitucional en ejercicio del control concentrado de constitucionalidad.

Antecedentes históricos

Las ideas liberales existentes en Europa durante los siglos XVIII y XIX, y que llevaron entre otras a movimientos como la Revolución Francesa, defendieron la existencia de derechos inherentes al ser humano como la vida, la libertad, la igualdad y la propiedad privada. Pero simultáneamente consideraron que las desigualdades existentes por naturaleza, por ejemplo entre hombres y mujeres, debían ser la base de la legislación existente y por eso, en el derecho privado occidental continuaron vigentes varias disposiciones del anterior derecho romano o germánico que subordinaban la mujer a la potestad del hombre (Arnaud – Duc, 1993).

Algunos filósofos y juristas no compartieron la desigualdad de género, pero consideraron que por lo menos en el matrimonio solo debía existir una autoridad, la cual debía reservarse al marido con el objetivo de lograr una buena administración del patrimonio social y la toma acertada de las decisiones relacionadas con la familia. En Colombia tal posición fue defendida por abogados como Fernando Vélez en su obra “Estudio sobre el derecho civil colombiano” (1898) y por Antonio José Uribe en el “Tratado de Derecho Civil colombiano” escrito con E. Champeau (1899). Argumentos similares también pueden encontrarse en el estudio sobre derecho civil del chileno Luis Claro Solar (1978).

Consecuencia de lo anteriormente expuesto fue la regulación, en todas las codificaciones decimonónicas occidentales, de la institución de la potestad marital, según la cual la mujer casada carecía de capacidad de ejercicio pues la administración y disposición de sus bienes correspondían al marido. Otras disposiciones del derecho civil reforzaron la subordinación de la mujer casada a su cónyuge, por ejemplo en relación con la potestad sobre los hijos, reservada al padre, o la obligación de la mujer casada de seguir el domicilio de su marido.

Solo a finales del siglo XIX y durante el siglo XX, los Estados occidentales comenzaron a eliminar la potestad marital y se permitió que todas las mujeres, cualquiera que fuera su estado civil, pudieran ser titulares de la capacidad de ejercicio para administrar y disponer de sus propios bienes. Los cambios fueron más rápidos en los países anglosajones como consecuencia de la mayoría protestante existente en ellos, la rápida industrialización que llevó a la necesidad de mayor mano de obra femenina durante la Primera Guerra Mundial, y la poca influencia del derecho romano y del Código Civil

napoleónico de 1804 en su ordenamiento jurídico. En cambio, en los Estados de tradición francesa y latina solo se abolió la potestad marital en la segunda mitad del siglo XX, en algunos casos como consecuencia de la existencia de dictaduras de extrema derecha hasta la década de los 70, por ejemplo en España y Portugal (Sineau, 1993).

En América Latina también se hallan grandes diferencias en la abolición de la potestad marital. Costa Rica fue el primero en adoptar dicha reforma a finales del siglo XIX, y lo siguieron México, Brasil, Cuba, El Salvador, Honduras y Nicaragua a principios del siglo XX, aunque en El Salvador y Honduras todavía se encuentran vigentes algunas disposiciones que subordinan a la mujer a la potestad del hombre. Otros Estados como Argentina, Chile, Ecuador y Perú permitieron a la mujer administrar sus propios bienes en la primera mitad del siglo XX, pero solo le otorgaron plena capacidad civil a la mujer casada en la segunda mitad del siglo. En la década del 40 abolieron la potestad marital Venezuela y Uruguay, y recientemente lo han hecho Bolivia en 1972 y Guatemala en 1986 (Deere, 2000).

En Colombia el cambio se dio durante la primera mitad del siglo XX con la Ley 28 de 1932, cuyo artículo primero dispuso que

durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y en consecuencia se procederá a su liquidación.

Una vez obtenido el reconocimiento legislativo de la igualdad entre hombres y mujeres frente al derecho de propiedad, han surgido nuevas disposiciones que buscan hacer efectiva dicha igualdad a partir de una mayor protección del derecho de propiedad para las familias o para las mujeres. En América Latina, estas disposiciones han sido expedidas con nuevas cartas políticas que garantizan expresamente el derecho a la familia (De la Fuente Linares, 2012).

La institución más característica en el derecho latinoamericano es el patrimonio de familia inembargable, que busca proteger el hogar de

la familia de actos dispositivos de sus propietarios, o de embargos de terceros acreedores (Deere, 2000). Algunos Estados también han adoptado normas jurídicas que exigen el consentimiento del cónyuge para vender o hipotecar el patrimonio común, normas conocidas como “doble firma” o “afectación a vivienda familiar” en el caso colombiano. Otra medida que ha empezado a tener difusión recientemente es la titulación conjunta de bienes inmuebles en nombre de ambos cónyuges o compañeros permanentes.

En Colombia encontramos normas legislativas en todas las áreas mencionadas, pues desde la década del 30 del siglo pasado se creó la institución del patrimonio de familia inembargable, y a finales del siglo XX se reguló la afectación a vivienda familiar. También se han expedido varias leyes que buscan la protección de la mujer cabeza de familia, entre otras, frente a la propiedad de bienes inmuebles. Y disposiciones más recientes, como la Ley 1.448 de 2011, han incursionado en la exigencia de la titulación conjunta de bienes inmuebles para ambos cónyuges o compañeros permanentes.

Adicionalmente, la Constitución política de 1991 es más amplia que la carta política de 1886 en la regulación de los derechos humanos, y por eso hoy se encuentra la protección especial que el Estado le otorga a la familia como institución básica de la sociedad (artículos 5 y 42); y el reconocimiento del derecho a la igualdad y la obligación del Estado de promover las condiciones para que dicha igualdad sea real y efectiva. Para ello ha adoptado medidas en favor de grupos discriminados o marginados (artículo 13); la igualdad de género y la obligación del Estado de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia (artículo 43), y el derecho de todos los colombianos a tener una vivienda digna (artículo 51).

La afectación a vivienda familiar

Mediante la Ley 258 del 17 de enero de 1996, modificada por la Ley 854 del 25 de noviembre de 2003, se creó la afectación a vivienda familiar con el fin de proteger la familia, mediante la imposibilidad de enajenar o constituir gravamen u otro derecho real sobre el inmueble utilizado como vivienda

familiar, excepto si se cuenta con el consentimiento libre de ambos cónyuges o compañeros permanentes³ expresado con su firma.

De no cumplirse con el requisito de la doble firma, los actos jurídicos que tengan como objeto la enajenación o constitución de gravámenes o derechos reales sobre el inmueble utilizado como vivienda familiar, quedarán viciados de nulidad absoluta. Y aunque la ley no especifica el motivo que crea la citada nulidad, lo más adecuado es pensar que hay objeto ilícito por tratarse de un contrato prohibido por las leyes, de acuerdo con el artículo 1523 del Código Civil. Es oportuno recordar que en estos casos, de acuerdo con el artículo 1742 del Código Civil, no procede la ratificación, y por lo tanto el saneamiento del acto jurídico solo puede darse por prescripción.

A continuación se exponen dos casos en los que las disposiciones sobre afectación a vivienda familiar no son claras ni sencillas de aplicar, lo que pone en duda la protección que busca el legislador.

2.1. Momento desde el cual procede la constitución de la afectación a vivienda familiar

En el artículo primero de la Ley 258 de 1996, modificado por la Ley 854 de 2003, el legislador estableció que el bien inmueble adquirido en su totalidad por uno o ambos cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio y destinado a la habitación de la familia, se entenderá afectado a vivienda familiar.

De acuerdo con el artículo segundo de la Ley 258 de 1996, la afectación opera por ministerio de la ley respecto de las viviendas que se adquieran con posterioridad a la vigencia de la norma. Pero, según el artículo quinto, la afectación a vivienda familiar solo será oponible a terceros a partir de la anotación ante la Oficina de registro de instrumentos públicos y en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria.

3 De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 258 de 1996, las disposiciones referidas a los cónyuges se aplicarán extensivamente a los compañeros permanentes cuya unión haya perdurado por lo menos dos años. Mediante Sentencia C 029 del 28 de enero de 2009, la Corte Constitucional indicó que lo estipulado en el artículo 12 de la Ley 258 de 1996 se extiende a las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990 y demás normas en la materia.

Cuando se relacionan los dos artículos mencionados se encuentran contradicciones en la regulación legislativa, pues una es la consecuencia del artículo segundo ya citado, y otra muy distinta la del artículo quinto. Como se verá, no es claro si la ley busca darle prioridad a la protección a la familia o a la protección a los terceros que eventualmente puedan verse perjudicados con dicha afectación.

Si optamos por el artículo segundo, la afectación a vivienda familiar opera por ministerio de la ley, es decir, siempre que se den los supuestos del artículo primero, a saber: que se adquiera la totalidad de un bien inmueble por uno o ambos cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio, y que el mismo se encuentre destinado a la habitación de la familia. Cumplidos estos requisitos, opera la protección legal.

De acuerdo con el artículo quinto, la protección solo será oponible a terceros cuando se realice la inscripción en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria, para lo cual se requiere una escritura pública en la que los cónyuges afecten el inmueble a vivienda familiar. Lo anterior significa que la protección no opera por ministerio de la ley cuando se dan los supuestos del artículo primero⁴, sino cuando tenemos una declaración de las partes interesadas para indicar que desean afectar el inmueble a vivienda familiar y que, por lo tanto, solicitan el registro de tal afectación en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria.

En mi concepto, la última interpretación es la correcta porque permite la protección de la familia pero también de los derechos de terceros interesados en el inmueble, pues para ellos no es pública la información relacionada con el estado civil de los propietarios del mismo, y menos su intención de destinarlo a vivienda y, por lo tanto, debe ser el artículo quinto el que se utilice para determinar la vigencia de la afectación y la protección al inmueble. Además, la protección de los terceros es esencial pues permitirá que la familia tenga mayores facilidades de crédito y acceso al sistema bancario.

4 De esto se concluye que la afectación a vivienda familiar tiene efectos entre los cónyuges o compañeros permanentes desde el momento en que se cumplen los requisitos estipulados por el artículo primero, y solo tiene efectos ante terceros cuando se cumplan los requisitos del artículo quinto. Pero, dado que la institución busca proteger el derecho de propiedad sobre el inmueble que se utiliza como casa de habitación de la familia, protección que se materializa frente a terceros, ¿qué utilidad tiene la protección cuando solo tiene efectos entre los cónyuges o compañeros permanentes?

Pero no podemos desconocer que la “afectación a vivienda familiar” como institución de derecho privado, tiene una íntima relación con el derecho constitucional a una vivienda digna, y en el ámbito latinoamericano también es posible encontrar otra tendencia que defiende este derecho sin limitación alguna, de manera que ningún acreedor puede privar al deudor de su vivienda, sin importar que exista declaración expresa de afectación a vivienda familiar, o registro de la misma que le dé oponibilidad frente a terceros (Moisset de Espanés, 2009). Ni la jurisprudencia ni la doctrina nacional han mostrado su adhesión a esta posición, pero la confusión en la redacción de la ley podría originar opiniones diferentes.

El análisis anterior también es aplicable a la Ley 1.183 de 2008, por la cual se asignaron funciones a los notarios. Según el artículo primero de la ley, los poseedores materiales de inmuebles urbanos de estratos uno y dos que carezcan de título inscrito, pueden solicitar al notario la inscripción de la declaración de la calidad de poseedores regulares de dichos bienes, a fin de quedar habilitados para adquirir su dominio por prescripción ordinaria. En el artículo 16 el legislador determinó que “los inmuebles adquiridos como consecuencia de la prescripción establecida en esta ley quedarán afectados por ministerio de la ley, al régimen de vivienda familiar de que trata la Ley 258 de 1996, cuando el adquirente sea casado o viva en unión marital de hecho permanente”.

2.2. La exigencia de la doble firma

Continuando con la regulación de la afectación a vivienda familiar, encontramos el artículo tercero de la Ley 258 de 1996 según el cual es necesario el consentimiento libre de ambos cónyuges o compañeros permanentes, expresado con su firma, para enajenar o constituir gravamen u otro derecho real sobre un inmueble afectado a vivienda familiar.

Esto significa que un inmueble puede ser enajenado a cualquier título o hipotecado, para solo dar los ejemplos más comunes, si ambos cónyuges o compañeros permanentes firman la correspondiente escritura pública. Sin embargo, la Superintendencia de Notariado y Registro ha entendido el asunto de otra manera y ha indicado que es necesario cancelar la afectación a vivienda familiar para proceder con cualquier enajenación, gravamen o constitución de derecho real sobre el inmueble.

En efecto, la Instrucción Administrativa 01 – 46 de 2001, por medio de la cual se unificó el criterio de aplicación de la ley de afectación a vivienda familiar, indicó:

La exigencia de la doble firma prevista por el legislador para ejecutar actos de disposición sobre un inmueble sometido a dicho régimen, en ningún momento sustrae a los cónyuges o compañeros permanentes de la obligación de cancelar expresamente la afectación, lo cual implica que el Registrador de Instrumentos Públicos rechazará el documento por el cual se enajene, grave o se constituya otro derecho real sobre el bien de que se trate, sin que previamente se haya cancelado la inscripción correspondiente a la constitución de afectación a vivienda familiar.

De acuerdo con lo anterior, siempre que se quiera enajenar un inmueble, hipotecarlo o constituir un derecho real sobre el mismo, es necesario cancelar la afectación a vivienda familiar existente, y posteriormente constituir una nueva si se quiere continuar con la protección. Es claro que las autoridades administrativas excedieron su poder de reglamentación en esta materia, y establecieron una carga adicional no prevista por el legislador que aumenta los costos para las familias beneficiarias de la afectación. En estas condiciones es más difícil y costoso para la familia hacer uso de la protección establecida por el legislador.

3. La protección a la mujer cabeza de familia

La carta política de 1991 en su artículo 43 estableció que el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia, y con base en el mandato constitucional se expidió la Ley 82 del 3 de noviembre de 1993. Dicha ley, reformada posteriormente por la Ley 1.232 de 2008, definió que debe entenderse por mujer cabeza de familia en los siguientes términos:

Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios socio demográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil. En concordancia con lo anterior, es mujer cabeza de familia, quien

siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u 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.

Las leyes ya mencionadas establecieron diferentes apoyos y beneficios para la mujer cabeza de familia, entre ellos facilidades para el acceso a la vivienda a través de orientación para la asignación de subsidios, programas de crédito, y capacitación. Los beneficios en materia de vivienda fueron complementados por la Ley 861 de 2003, por la cual se dictaron disposiciones relacionadas con el único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer cabeza de familia, el cual puede constituirse en patrimonio de familia inembargable a favor de sus hijos menores existentes y de los que estén por nacer, ante la Oficina de registro de instrumentos públicos de la jurisdicción donde se encuentre ubicado el inmueble.

La protección establecida en la ley para la mujer cabeza de familia remite a la institución del patrimonio de familia inembargable, el cual fue regulado por primera vez en Colombia mediante la Ley 70 del 28 de mayo de 1931. Dicha ley permitió la constitución voluntaria del patrimonio de familia inembargable a favor de toda familia⁵, sobre el dominio pleno de un inmueble que no se posea con otra persona proindiviso, ni esté gravado con hipoteca, censo o anticresis, y cuyo valor en el momento de la constitución no sea mayor de \$10.000, valor actualizado mediante la Ley 495 de 1999 en 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Normas posteriores como la Ley 91 de 1936 y la Ley 9 de 1989 – modificada por la Ley 3 de 1991, regularon la constitución obligatoria del patrimonio de familia inembargable, sin sujeción a los procedimientos establecidos por la Ley 70 de 1931. Dicha constitución obligatoria se da por ejemplo, según la Ley 9 de 1989, en las ventas de viviendas de interés social realizadas por entidades públicas o privadas.

5 De acuerdo con el artículo 4 de la Ley 495 de 1999, el patrimonio de familia puede constituirse a favor de una familia compuesta por un hombre y una mujer mediante matrimonio, o por compañero o compañera permanente y los hijos de éstos y aquellos menores de edad, o a favor de una familia compuesta únicamente por un hombre o mujer mediante matrimonio o por compañero o compañera permanente. La Sentencia C 029 de 2009 extendió los beneficios de la ley a las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990.

La última reforma en la materia quedó incluida en el Decreto 19 del 10 de enero de 2012, por el cual se dictaron normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública. Este decreto incorporó la posibilidad de cancelar o sustituir el patrimonio de familia inembargable ante notario público, cuando existen hijos menores de edad beneficiarios de dicha protección.

Pero el patrimonio de familia inembargable regulado por la Ley 861 de 2003 tiene diferencias importantes con las otras modalidades. La primera y más obvia es que puede constituirse a favor de la mujer cabeza de familia y de su descendencia, mientras que en las otras normas se exige la existencia de una familia conformada por cónyuges o compañeros permanentes, sean estos últimos de igual o diferente sexo. Sin embargo, hoy también puede constituirse a favor de los hijos menores de edad del hombre cabeza de familia, según la Sentencia C 964 de 2003 de la Corte Constitucional.

En la demanda que originó el pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en la citada Sentencia C 964 de 2003, se afirmaba que la Ley 82 de 1993 establecía una discriminación entre los hombres cabeza de familia y las mujeres cabeza de familia; sin embargo, la Corte Constitucional defendió la protección para esta última por tratarse de una acción afirmativa⁶. Pero adicionalmente la Corte consideró que debe existir igualdad entre los hijos menores de edad que están a cargo de los hombres cabeza de familia y de las mujeres cabeza de familia y, por lo tanto, determinó que ciertos beneficios establecidos para la mujer cabeza de familia deberían extenderse al hombre cabeza de familia. Entre ellos está el acceso a la vivienda, y la posibilidad de constituir patrimonio de familia inembargable sobre el único bien urbano o rural de su propiedad. Una decisión similar consta en la Sentencia C 722 del 3 de agosto de 2004 de la Corte Constitucional, en la cual se revisó la constitucionalidad de la Ley 861 de 2003.

La segunda diferencia está en el trámite de constitución del patrimonio de familia inembargable. Mientras que la Ley 70 de 1931 reguló la constitución voluntaria de dicho patrimonio por vía judicial, las posteriores Ley 91 de 1936 y Ley 9 de 1989 establecieron la constitución obligatoria del patrimonio de

6 Según la Corte Constitucional colombiana, las acciones afirmativas son políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado o discriminado, tengan una mayor representación.

familia inembargable, por escritura pública, para ciertos eventos como la venta de vivienda de interés social por personas jurídicas públicas o privadas. Pero en el caso de la mujer cabeza de familia, basta la solicitud de la titular del derecho de dominio sobre el inmueble dirigida a la Oficina de registro de instrumentos públicos, y la revisión del correspondiente folio de matrícula inmobiliaria para acreditar el derecho de propiedad de quien solicita el amparo legal, de acuerdo con lo estipulado por el Decreto 1762 de 2004.

La última diferencia es la que más llama la atención, pues en el patrimonio de familia inembargable establecido en beneficio de la mujer o del hombre cabeza de familia no existe un límite de cuantía, por lo tanto podría constituirse sobre un inmueble de cualquier valor y así lo ha entendido la Corte Constitucional mediante Sentencia C 317 de 2010. En cambio en las otras clases de patrimonios de familia inembargable, se establece una cuantía máxima de 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes, o la obligación de constituirlo cuando se trata de vivienda de interés social.

La citada Sentencia C 317 de 2010 de la Corte Constitucional incluye una revisión de derecho comparado en el ámbito latinoamericano sobre el patrimonio de familia inembargable, y se ha encontrado que la tendencia en los Estados del continente es establecer límites para su constitución, pero concluye que en este caso no es procedente el límite para cumplir con la protección constitucional para las mujeres cabeza de familia.

La interpretación de la Corte Constitucional, de obligatorio cumplimiento en el actual sistema normativo colombiano, genera un gran interrogante en lo relacionado con los derechos de terceros acreedores, especialmente frente a viviendas de alto valor económico. En el último siglo ha cambiado considerablemente la organización familiar, y las mujeres cabeza de familia no solo son consecuencia de los problemas económicos y sociales que vive el país, sino, también, especialmente en zonas urbanas, del mayor acceso de la mujer a la educación y a empleos que les generan altos ingresos. Además, como ya se mencionó anteriormente, la protección también se extiende al hombre cabeza de familia con hijos menores. En estos casos, aun permitiendo la protección al único bien inmueble de la mujer o del hombre cabeza de familia, debería conservarse la limitación por cuantía que existe para las otras modalidades de patrimonio de familia inembargable. De esta manera existiría un mayor equilibrio entre la protección exigida por la carta política y los derechos de los terceros acreedores.

4. La protección para las mujeres rurales

La Ley 731 del 16 de enero de 2002 estableció normas para favorecer a las mujeres rurales, y en su artículo 24 reguló la titulación de predios de reforma agraria a nombre del cónyuge o compañero (a) permanente dejado en estado de abandono, en los siguientes términos:

En los casos donde el predio esté titulado o en proceso de serlo, bien sea, conjuntamente a nombre de los cónyuges o de las compañeras (os) permanentes o, tan solo a nombre de uno de los cónyuges o de uno de los compañeros permanentes, en el evento en que uno de ellos abandonare al otro, sus derechos sobre el predio en proceso de titulación o ya titulado, deberán quedar en cabeza del cónyuge o compañera (o) permanente que demuestre la situación de abandono y reúna los requisitos para alegar la prescripción.

Esta es la norma más compleja de todas las examinadas en el presente texto, y su aplicación está rodeada de tantas dificultades que no permite obtener el beneficio buscado por el legislador. Por ejemplo, aunque la norma busca la protección para las mujeres rurales, el artículo 24 otorga beneficios para cualquiera de los cónyuges o compañeros permanentes, pues es quien puede probar el abandono del otro cónyuge o compañero permanente, sea hombre o mujer, el beneficiario de la titulación del predio por parte del Estado.

El término “abandono”, alrededor del cual gira la sanción establecida en el artículo 24, no se encuentra definido en la ley. Tampoco hay remisión a otra norma jurídica en la cual podamos encontrar definido el término, simplemente porque ella no existe. En efecto, el Código Penal colombiano no ha creado el delito de abandono, y el Código Civil no incluye ninguna regulación del abandono del cónyuge o compañero permanente, ni siquiera en la parte relacionada con los derechos y obligaciones entre los cónyuges.

Si el ordenamiento jurídico colombiano no ha regulado el “abandono” del cónyuge o compañero (a) permanente, ¿cómo podría probarse la existencia de abandono en un caso determinado? ¿Y cómo podría defenderse quien es acusado de abandono? ¿Qué pruebas deberían entregar ambas partes para comprobar la existencia de abandono, o para defenderse del mismo? El derecho colombiano no tiene respuestas para estas preguntas, y la realidad de las zonas rurales en Colombia, caracterizadas por la movilidad de la población

como consecuencia de la situación de orden público, la falta de oportunidades laborales o las dificultades de la explotación agrícola, hacen muy difícil pensar en regular con detalle lo que el legislador llamó “abandono”.

Pero el problema no solo se presenta con el término “abandono” y la imposibilidad de definirlo, sino con la consecuencia que trae: la pérdida de la posibilidad de ser adjudicatario de un predio por parte del Estado, o si ya lo fue, la pérdida del derecho de dominio sobre el mismo. ¿Esto significa que no importan los motivos por los cuales una pareja de cónyuges o compañeros permanentes dejan de tener vida en común? ¿En todos los casos en que esta situación se presente, se aplicará la sanción al cónyuge o compañero permanente que ya no se encuentra en el hogar? En ninguna otra norma de nuestro ordenamiento jurídico se estipula una norma de este tipo, ni siquiera para sancionar la violación de los deberes entre cónyuges y compañeros permanentes.

Supongamos que se quiere aplicar la sanción en un caso determinado. Si el predio todavía no ha sido titulado, el Estado puede hacer el cambio en la adjudicación. Pero la norma también prevé que se pueda hacer el cambio con posterioridad a la titulación. ¿Quién lo hace? ¿La autoridad administrativa que aprobó la adjudicación o un juez de la República previa solicitud del interesado, y garantizando el derecho de defensa de quien supuestamente abandonó al otro cónyuge o compañero permanente?

El Decreto 2.998 de 2003, reglamentario de los artículos 24 y 26 de la Ley 731 de 2002, trató de corregir la disposición legislativa al no hacer referencia al abandono del cónyuge o compañero (a) permanente, sino al abandono de la explotación de la tierra. Los artículos primero y segundo permiten la titulación de baldíos o de UAF a favor del cónyuge o compañero (a) permanente que continúa con la explotación directa del predio, cuando el otro cónyuge o compañero permanente ha abandonado dicha explotación.

Los reglamentos administrativos no pueden exceder ni cambiar lo dispuesto por el legislador, así que la corrección planteada en el Decreto 2.998 de 2003 no soluciona el problema de redacción que trae la ley. Además, el decreto reglamentario tampoco explica cuáles son los requisitos que debe reunir el “abandono” del predio para justificar la exclusión del cónyuge o compañero (a) permanente de la titulación del mismo. Por último, determina de manera simplista que el abandono se prueba con la simple declaración bajo la gravedad del juramento del otro cónyuge o compañero permanente.

En conclusión, la Ley 731 de 2002 y el Decreto Reglamentario 2.998 de 2003 no establecen una verdadera protección para la mujer rural. Seguimos pendientes de una regulación clara y completa que permita proteger a la mujer ubicada en zonas rurales, especialmente frente al derecho de propiedad sobre la tierra.

5. La protección en los procesos de restitución de tierras

La Ley 1.448 de 2011, por medio de la cual se dictaron medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, incluye un capítulo con normas para las mujeres en procesos de restitución. Los artículos 114 y siguientes establecen atención preferencial para las mujeres en los trámites administrativos y judiciales del proceso de restitución, en la entrega de predios, y en la obtención de los beneficios consagrados en la Ley 731 de 2002.

El artículo 118 regula la titulación de la propiedad y la restitución de los derechos en los siguientes términos:

En desarrollo de las disposiciones contenidas en este capítulo, en todos los casos en que el demandante y su cónyuge, o compañero o compañera permanente, hubieran sido víctimas de abandono forzado y/o despojo del bien inmueble cuya restitución se reclama, el juez o magistrado en la sentencia ordenará que la restitución y/o la compensación se efectúen a favor de los dos, y cuando como consecuencia de la sentencia se otorgue el dominio sobre el bien, también ordenará a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos que efectúe el respectivo registro a nombre de los dos, aun cuando el cónyuge o compañero o compañera permanente no hubiera comparecido al proceso.

La titulación conjunta de predios a nombre de ambos cónyuges o compañeros permanentes es una excelente herramienta para proteger a la mujer, tradicionalmente aislada del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, especialmente en zonas rurales. Su consagración no es novedosa en el ámbito latinoamericano ni en Colombia, pero como en este caso se busca restituir un derecho real que se tenía en el pasado y que se perdió por despojo o abandono forzado a partir del primero de enero de 1991 – según el artículo 75 de la ley, es importante hacer algunas reflexiones.

Sin lugar a dudas el artículo 118 amerita un estudio desde el derecho procesal, pues allí se permite dictar una sentencia que favorece a una persona natural que no ha solicitado la restitución del derecho perdido por despojo o abandono forzado. Pero este análisis no hace parte de la presente investigación, que se concentra en mirar las implicaciones que tiene la norma jurídica citada en materia civil, específicamente en la regulación de la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial de hecho que hace parte del Código Civil colombiano y de algunas leyes complementarias.

Dice la norma que la restitución del inmueble objeto de despojo o abandono debe hacerse a nombre del demandante y su cónyuge o compañero (a) permanente. Debemos entender que el legislador se refiere al cónyuge o compañero (a) permanente que tenía el demandante al momento del abandono o despojo del inmueble, no a la fecha de presentación de la demanda, y por lo tanto es posible que el vínculo matrimonial o la unión marital de hecho ya no existan, y que las respectivas sociedades conyugales o sociedades patrimoniales ya se encuentren disueltas y liquidadas. Incluso, podría suceder que los propietarios a la fecha del abandono o despojo del inmueble, tengan a la fecha de la restitución nuevas sociedades conyugales o sociedades patrimoniales.

Una vez se procede con la restitución mediante sentencia judicial, ¿el inmueble restituido debe entrar a la sociedad conyugal o sociedad patrimonial existente a la fecha del abandono o despojo? ¿O entra a la sociedad conyugal o sociedad patrimonial que tienen los beneficiarios de la restitución, a la fecha de esta última? ¿O será que el derecho de propiedad sobre el inmueble restituido queda excluido de las mencionadas sociedades conyugales o patrimoniales?

Si entendemos la restitución de un bien inmueble como una adquisición a título gratuito mediante sentencia judicial, es necesario aplicar el artículo 1.788 del Código Civil según el cual “las cosas donadas o asignadas a cualquier otro título gratuito, se entenderán pertenecer exclusivamente al cónyuge donatario o asignatario (...)”. Pero según el artículo 1.793 del Código Civil, “se reputan adquiridos durante la sociedad los bienes que durante ella debieron adquirirse por uno de los cónyuges, y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haberse tenido noticia de ellos o por haberse embarazado injustamente su adquisición”.

El citado artículo 1.793 del Código Civil se adapta mejor a las circunstancias que rodean la restitución de tierras, y de ser aplicado, el inmueble restituido

entraría a la sociedad conyugal o sociedad patrimonial existente a la fecha del despojo o abandono. Es fácil imaginar los problemas que pueden suscitarse con la aplicación de esta disposición, pues las relaciones familiares existentes en el momento del despojo o abandono habrán cambiado en la mayoría de los casos.

Conclusiones

Una vez eliminada la potestad marital del derecho privado colombiano, se han creado diferentes instrumentos para proteger el derecho de propiedad de la familia o de la mujer cabeza de familia. El patrimonio de familia inembargable, la afectación a vivienda familiar y la titulación conjunta de los predios restituidos son algunos de ellos, cuya finalidad sin lugar a dudas es importante para construir una mayor igualdad de género.

Pero el legislador colombiano no ha sido claro en la construcción de estas instituciones, y la jurisprudencia y la doctrina tampoco han entrado a desarrollar estas temáticas. Hoy nos enfrentamos a vacíos en las normas legislativas, contradicciones entre éstas y las antiguas normas del Código Civil, excesos de la reglamentación administrativa, o ausencia de equilibrio con la protección que requieren otros actores del escenario jurídico, por ejemplo los acreedores. Las circunstancias mencionadas impiden que la protección para la familia o la mujer cabeza de familia pueda conseguirse efectivamente.

El poder legislativo colombiano tiene como reto expedir una nueva legislación que favorezca la protección de la familia y la mujer cabeza de familia, superando los problemas mencionados en éste artículo, y supeditando la misma a las normas constitucionales vigentes que garantizan la igualdad de género y la protección de la familia. Ojalá el proyecto sea más ambicioso, y con el objeto de superar la descodificación propia del Derecho civil en este siglo XXI, proponga una nueva regulación de la familia y de la mujer, que acoja los cambios que se presentan en nuestro país desde finales del siglo XX.

Referencias

- Arnaud-Duc, N. (1993). Las contradicciones del derecho. En G. Duby, M. Perrot (Dir), *Historia de las Mujeres – Tomo 7: El siglo XIX: la ruptura política y los nuevos modelos sociales* (pp. 91 – 127). México: Taurus.

- Claro, L (1978). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Volumen I: De las personas*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Champeau, E & Uribe, A. J. (1899). *Tratado de Derecho Civil Colombiano*. París: Contant Laguerre.
- Colombia. Código Civil colombiano. (1887).
- Colombia. Constitución Política de Colombia. (1886).
- Colombia. Constitución Política de Colombia. (1991).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 70 de 1931, que autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables (1931).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 28 de 1932, sobre reformas civiles – régimen patrimonial en el matrimonio (1932).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 91 de 1936, por la cual se autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables, con criterio y fines de acción social (1936).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 9 de 1989, por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones (1989).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes (1990).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 3 de 1991, por la cual se crea el sistema nacional de vivienda de interés social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el ICT y se dictan otras disposiciones (1991).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 82 de 1993, por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia (1993).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 258 de 1996, por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones (1996).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 495 de 1999, por medio de la cual se modifican los artículos 3, 4 (literales a y b), 8 y 9 de la Ley 70 de 1931 y se dictan otras disposiciones afines sobre constitución voluntaria de patrimonio de familia (1999).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 731 de 2002, por la cual se dictan normas para favorecer a las mujeres rurales (2002).

- Colombia. Congreso de la República. Ley 854 de 2003, por medio de la cual se modifica el artículo primero y el parágrafo segundo del artículo cuarto de la Ley 258 de 1996, a fin de dar protección integral a la familia (2003).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 861 de 2003, por la cual se dictan disposiciones relativas al único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer cabeza de familia (2003).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1183 de 2008, por medio de la cual se asignan unas funciones a los notarios (2008).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1232 de 2008, por la cual se modifica la Ley 82 de 1993 y se dictan otras disposiciones (2008).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones (2011).
- Colombia. Corte Constitucional. (2003). Bogotá D. C. Sentencia C 964 de 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Colombia. Corte Constitucional. (2004). Bogotá D. C. Sentencia C 722 de 2004. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia. Corte Constitucional. (2009). Bogotá D. C. Sentencia C 029 de 2009. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia. Corte Constitucional. (2010). Bogotá D. C. Sentencia C 317 de 2010. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- Colombia. Presidente de la República. Decreto 2.998 de 2003, por el cual se reglamentan los artículos 24 y 26 de la Ley 731 de 2002 (2003).
- Colombia. Presidente de la República. Decreto 1.762 de 2004, por la cual se reglamenta la Ley 861 de 2003, relativa al único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer cabeza de familia (2004).
- Colombia. Presidente de la República. Decreto 019 de 2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública (2012).
- Colombia. Superintendencia de Notariado y Registro. Instrucción Administrativa 01 – 46 de 2001, por la cual se unifica el criterio de aplicación de la Ley 258 de 1996 sobre afectación a vivienda familiar.
- De la Fuente Linares, J. C. F. J. (2012). *“La protección constitucional de la familia en América Latina”*. *Revista IUS – Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 6 (29), pp. 60 – 76.

Deere, C. & León, M. (2000). *Género, propiedad y empoderamiento: Tierra, Estado y mercado en América Latina*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.

Lepin, C. (2013). "El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno derecho de familia". *Revista Chilena de Derecho*, 40 (2), pp. 513 - 548.

Moisset de Espanés, L. (2009). "Bien de familia. Su protección registral. Derecho argentino e iberoamericano". *Derecho y cambio social*, # 19, pp. 1 – 34.

Sineau, M. (1993). Las mujeres en la ciudad: derechos de las mujeres y democracia. En G. Duby, M. Perrot (Dir), *Historia de las Mujeres – Tomo 10: El siglo XX – La nueva mujer* (pp. 125 – 153). Madrid: Taurus.

Vélez, F. (1898). *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. Medellín: Imprenta del Departamento.

Vélez, F. (1926). *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. París: Imprenta París – América.