

EL CARÁCTER CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE FAMILIA EN COLOMBIA

JORGE PARRA BENÍTEZ

Profesor de Cátedra de Introducción al Derecho
Facultad de Derecho Universidad Pontificia Bolivariana

1. Delimitación del problema

La doctrina colombiana, recurrentemente, sostenía que en la Constitución Nacional de 1886 sólo había dos referencias al derecho de familia: una, en el artículo 23, cuando se disponía que nadie podía ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino por orden de autoridad competente y en forma legal; otra, en el artículo 50, que establecía que la ley determinaría lo relativo al estado civil de las personas y al patrimonio de familia inalienable e inembargable.

De esta apreciación se concluía que Colombia era pobre, constitucionalmente, en esta materia, lo que no era del todo cierto. En verdad, no se consagraba un esquema como el que hoy contiene la actual Carta política; pero otros textos sí permitían afirmar que había una protección jurídica de la familia. Por ejemplo, el del artículo 16 que regulaba los deberes de las autoridades, orientado a defender la vida, honra y bienes de las personas; el artículo 38, a través del cual se aseguraba el derecho a la intimidad; el artículo 53, para garantizar la libertad de cultos, etc..

Pero, aunque se intente ampliar esta visión, no puede dejar de observarse que la Constitución de 1886 era incompleta en el sector del derecho familiar, en lo que atañe a la existencia de normas expresas; y que su orientación, o al menos su interpretación en lo relativo a principios fundamentales, era diversa, porque no de otra manera pue-

de entenderse que únicamente con el correr de los años del siglo XX y para terminar éste, se haya logrado que la legislación elimine desigualdades evidentes entre las personas-no corregidas en su totalidad todavía-, que estaban albergadas o propiciadas por la Constitución de Caro y Núñez que, al fin y al cabo, era la que presidía el orden jurídico de Colombia. En otras palabras: si cabían leyes que discriminaban a los individuos y eran constitucionales, era porque la Constitución de 1886 abría paso a ello. Vgr., el propio Código Civil, en lo referente al tratamiento de la mujer casada, tenía normas que contenían desigualdades. Fue la ley 28 de 1932 la que le retornó capacidad y no porque se dijera que el Código era inconstitucional. Lo mismo se puede decir de las reglamentaciones sobre patria potestad e hijos extramatrimoniales.

Este panorama de la Constitución de 1886 lo que significa es que ella no regía el derecho de familia, más allá de lo que teóricamente fuera cierto en que la Carta se tratara como el fundamento general de validez del derecho positivo. Por ende, el derecho de familia no se impregnaba de manera directa de la naturaleza y jerarquía constitucional. Los asuntos de familia eran únicamente de la incumbencia del legislador, porque no había determinaciones constitucionales superiores para él. Los derechos subjetivos familiares y la relación jurídica familiar eran típicos o comunes, de orden positivo-legal.

Consecuencialmente, el derecho de familia era sólo una rama del derecho civil.

La Constitución de 1886 era, pues, silenciosa en los temas del derecho de familia. Y apenas aisladamente se sostuvo otra cosa, como se ve en sentencia de junio 6 de 1974, de la Corte Suprema de Justicia¹, en que se lee:

1o. El artículo 16 de la Constitución define la esencia y la finalidad del poder público: las autoridades, expresión genérica, están institui-

¹ JAIME BETANCUR CUARTAS, Derecho Constitucional Colombiano, Colección Jurídica Bedout, 3ª. Edición, 1979, Págs. 102 y 103.

das para proteger a los residentes en el territorio nacional en su honra, vida y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Protección y garantía indispensables para crear la convivencia humana dentro del orden jurídico.

20. En este precepto, que aparece en la Constitución de 1886 y completa la reforma de 1936, el que da sustento o base a la normación legal de la familia. A la inicial del Código Civil, y a la posterior de las leyes 45 de 1936, 83 de 1946 y 75 de 1968.

Mas, sucede que el conocido como “constitucionalismo social”, condujo a que se elevara a la jerarquía constitucional-consagración expresa y no implícita- la familia, lo cual, al decir de LÓPEZ DEL CARRIL ²” ...es reconocer expresamente la necesidad de su existencia como elemento esencial e indispensable para la vivencia social y quien dice vivencia social dice sociedad y dice Estado”.

Según Hernando Morales Molina ³, el constitucionalismo social se inició con la Constitución de Weimar, en 1919 y tuvo empuje en las Cartas de Grecia, en 1927, Irlanda en 1937, Bolivia de 1945, Francia de 1946, Argentina de 1957, Uruguay 1966, Cuba 1949, Guatemala y también la de España de 1978 y Perú de 1979.

Con todo se indica que la primera consagración de la familia en una constitución tuvo lugar, al parecer, en Costa Rica, en el siglo XIX ⁴.

² Cita de HERNANDO MORALES MOLINA, en prólogo a la obra “Lecciones de Derecho de Familia”, de Josefina Amézquita de Almeyda, Temis, 1980, Pág. IX, aparte al parecer tomado de “El derecho de familia en la problemática contemporánea”, Pág. 111.

³ Prólogo citado, Pág. IX.

⁴ VALENCIA ZEA Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve: Derecho Civil. Derecho de Familia Tomo V. 7ª. Edición. Temis, 1995. Pág. 66.

Muchas constituciones en el mundo brindan protección a la familia mediante normas que explícitamente la destacan⁵.

2. La Constitución Colombiana de 1991

Colombia no podía quedarse atrás. Y contrario a lo que acontecía con la Constitución de 1886, la de 1991 sí contempló la familia como objeto de protección jurídica. Hay en la Carta un verdadero derecho objetivo familiar, cuyo propósito es la eficacia. Debe interrogarse seguidamente, ¿de qué depende ésta? Si se miran las normas como de simple valor declarativo o programático, se creará que los textos constitucionales correspondientes necesitarán leyes precisas que los desarrollen posteriormente; mas, podría opinarse lo contrario y entender que estos preceptos pueden ejecutarse directamente y garantizarse los derechos fundamentales subjetivos familiares con la acción de tutela, entre otros medios. Todo esto a la luz del carácter constitucional del derecho de familia, que dejó de ser de naturaleza solamente legal como era hasta 1991, cambio que envuelve el de requerirse otros sistemas y bases de interpretación.

Según LUIS EDUARDO MONTOYA MEDINA⁶ “Donde marcan una diferencia notable la nueva Constitución y la anterior es en el tema constitucional de los derechos de familia. Como se recordará la

⁵ Así, ALBANIA, Art. 17 de la Constitución; CHINA, arts. 25, 49 *ibidem*; CUBA, art. 35 a 38; Hungría, artículo 15 y 16 de la Constitución; ITALIA, arts. 29 y ss.; URUGUAY, Art. 39 y ss; Venezuela, art. 47, 48, 49. Además, en América Latina, varios países consagran protección al matrimonio, la familia y la maternidad: por ejemplo, en Bolivia (art. 131 de la Constitución); Brasil (art. 167 de la Constitución); Costa Rica (arts. 50, 71, 131 y 167 de la Constitución); Ecuador (Constitución de 1977, arts. 22, 23, 24 y 25 y al decir que el matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y en el principio de igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges); El Salvador (arts. 17, 97 y 180 de la Constitución); en Guatemala (arts. 72 y 74 de la Constitución); en Honduras (también en la Constitución; sin referencia normativa); México (art. 4º. de la Constitución); Nicaragua (arts. 34, 35 y 123 de la Constitución) y Perú (Constitución de 1942 arts. 51 y 52).

⁶ LUIS EDUARDO MONTOYA MEDINA, *Jurisdicción de Familia*, Jurídica Radar Ediciones, 3ª edición, 1994, Pág. 14

precedente contaba con pocos textos destinados al tema, pues principalmente se los destinaba al hombre, al individuo o a la persona y dejaba al legislador la obra de definir los derechos inherentes a su ubicación dentro de la sociedad y en la familia, como se hizo por la vía del estatuto del estado civil (art. 1o. decreto-ley 1250 de 1970 (sic) y los derechos económicos familiares a la ley de patrimonio de familia inembargable, de alguna manera los económicos de los cónyuges y antes de la vigencia de la actual Carta al Código de Comercio los aspectos de la sociedad mercantil de familia y a la ley 54 de 1990 para los compañeros permanentes que determinó el esquema de la sociedad patrimonial. En cambio, ahora esta parte de los derechos sociales, culturales y económicos en al Carta Política, comienza por dejarnos una de las definiciones de la familia como "núcleo fundamental de la sociedad".

En efecto, en la Asamblea Nacional Constitucional se recogió un clamor sobre la problemática familiar, que se justificó haciendo constar que "En las Mesas de Trabajo y en las Comisiones preparatorias que se realizaron en todo el territorio nacional para estudiar los temas con destino a la Asamblea Nacional Constituyente, se presentaron 698 propuestas relacionadas con los derechos de la familia, el niño, el joven, la mujer y al tercera edad", con el significado de que "El país demostró que quería ver reflejada (sic) en la Constitución a cada uno de los componentes del grupo humano. El hecho de que la Constitución de 1886 no mencione ninguno de estos cinco derechos y que ellos apenas tangencialmente fueran tratados en las reformas durante los 105 años, tal vez incentivó a la Nación a buscar que ahora sí se definan los derechos y deberes específicos de las personas que componen el núcleo fundamental de la sociedad". Se dijo, entonces, que lo que la ciudadanía quería era que la Constitución consagrara "...los asuntos esenciales que tienen que ver con el colombiano durante las diferentes etapas de su vida, concretamente los derechos específicos de los más vulnerables,..."⁷

⁷ Gaceta Constitucional de 29 de mayo de 1991. Pág. 5

Los profesores VALENCIA ZEA Y ORTIZ M.⁸ también reconocen los cambios fundamentales en el campo familiar, introducidos por la Constitución de 1991. En su obra, comentan muy positivamente los aspectos de la protección de la familia, la libertad nupcial o libertad para constituir una familia, la igualdad de la pareja y la igualdad de los hijos. En cuanto a la protección a la familia, que califican de integral, insisten en que fue prevista en una norma cuyo carácter es programático y preceptivo, siendo un verdadero mandato constitucional cuyo desarrollo debe ser oportuno, al punto que la tardanza en la reglamentación adecuada constituye violación de la Constitución por omisión.

Y añaden⁹:

“La norma constitucional que consagra la protección integral de la familia es también una norma preceptiva que no puede ser desconocida por el legislador y determina los contenidos y alcances en la interpretación de los derechos de la familia y de sus integrantes y del derecho vigente en general. Así, por ejemplo, si se llegara a expedir una ley que menoscabara la igualdad entre el hombre y la mujer, sería inconstitucional; y si alguna autoridad administrativa, e inclusive un particular, segregara a la mujer, o a quienes se han casado por lo civil, los jueces estarían obligados a ordenar que cesen esas conductas, cuando el afectado reclamara mediante la acción de tutela la protección de sus derechos”.

3. Lo normativo

El derecho de familia en Colombia, pues, tiene jerarquía constitucional y está integrado por dos clases de reglas: unas orientadoras o básicas-las constitucionales- y otras reguladoras, que son las civiles¹⁰.

⁸ VALENCIA ZEA y otro. Op. cit. Pág. 64 y ss.

⁹ VALENCIA ZEA Y ORTIZ M., Op. cit., Pág. 67.

¹⁰ ANTONI, Jorge. La ubicación de la familia en el Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la U. de Tucumán. Pág. 20. Según el autor, esa división de las reglas del derecho familiar es sostenida por Enrique Díaz de Guíjarro.

Se compone, dados los términos de la Constitución, por el derecho matrimonial, el derecho de menores y el derecho de otras personas del grupo familiar, como las de la tercera edad o los disminuidos físicos, psíquicos o sensoriales. Todo este conjunto, además, regido por unos principios generales y con tendencia a la internacionalización.

Para Monroy Cabra ¹¹ la temática constitucional del derecho de familia se concreta del siguiente modo:

- a) Reconocimiento de la familia como base de la sociedad;
- b) Constitución de la familia,
- c) Protección de la familia;
- d) Patrimonio de la familia inembargable;
- e) Igualdad de los hijos;
- f) Primogenitura responsable;
- g) Planificación familiar;
- h) Reglamentación del matrimonio por ley;
- i) Cesación de efectos civiles del matrimonio;
- j) Estado civil;
- k) Derechos del menor, del adolescente, de la tercera edad y de los disminuidos.

En Colombia, la legislación de familia está contenida en el Libro I del Código Civil, lo que la convierte en derecho civil y derecho privado, sin perjuicio de su matiz social dispuesto por la Carta de 1991; y en otras leyes que le adicionan y reforman, cuya relación fue hecha en la primera parte de esta obra (179)

11 MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia y de Menores. segunda edición. Wilches, 1991. Pág. 540 y ss

4. Derechos subjetivos familiares

Los derechos subjetivos familiares son, de acuerdo con la caracterización de la doctrina, poderes-deberes o derechos-funciones. Es decir, son facultades que, al ejercerse, implican unos deberes en particular y no unas prerrogativas absolutas para su titular.

Así, por ejemplo, un padre separado tiene derecho de visitar su hijo menor; pero debe ejercerlo de manera tal que no estorbe el desarrollo de éste ni lo perjudique.

Hay derechos subjetivos familiares de contenido patrimonial, como el derecho de alimentos; y los hay de naturaleza extrapatrimonial (derecho a la unidad familiar, por ejemplo).

En nuestro medio, tanto la Ley como la Constitución consagran derechos subjetivos familiares.

Del conjunto de normas constitucionales vigente, puede deducirse el grupo de derechos familiares más importante (y desde luego no el único, como señala el artículo 94 de la misma Constitución), cuyo desarrollo positivo corresponde a la ley:

1. Derecho a elegir la forma de constituir la familia (inciso 1o. artículo 42).
2. Derecho a recibir como miembro de la familia, la protección integral por parte del Estado y la sociedad (Inc.2. Art. 42).
3. Derecho a la honra, a la dignidad e intimidad familiares (Inc. 2o. Art. 42, art. 15).
4. Derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos (Inc. 5 Art. 42).
5. Derecho de los hijos al sostenimiento.
6. Derechos de la mujer (Art. 43)
7. Derechos de los menores de edad (Art. 44).

8. Derechos de los adolescentes, según el Art. 45.
9. Derechos de las personas de la tercera edad (Art. 46).
10. Derechos de los minusválidos (Art. 47).

5. Consecuencias o implicaciones jurídicas del rango constitucional del derecho de familia

La “constitucionalización” del derecho de familia, esto es, la mención expresa de las normas sobre la familia en la Constitución, apareja dos consecuencias prácticas importantes que deben subrayarse con precisión:

- a. La interpretación del derecho familiar no puede estar apegada al texto legal, al estilo de la exégesis que la presidió antes de la Constitución de 1991.
- b. Los principios generales del derecho y los que para el derecho de familia contempla la Constitución, son el primer fundamento que ha de tener en cuenta todo aplicador del derecho, sea juez, funcionario administrativo o particular interesado en la solución de un conflicto familiar.

Con estas premisas, resulta bien claro que todas las personas y entidades comprometidas con el derecho de familia, habrán de ser rigurosas en la funcionalidad real de la antiguamente denominada excepción de inaplicabilidad de la ley, para cuando ésta sea contraria a la Constitución (institución de la que trata hoy el artículo 4o. de la Carta vigente) y en la de la insubsistencia, figura que recogió el artículo 9o. de la ley 153 de 1887 y cuyo alcance puntualizó la Corte Constitucional en fallo de enero 21 de 1993, diciendo que si la regla general es la subsistencia de la legislación preexistente cuando se produce una reforma constitucional, “...la diferencia entre la nueva Constitución y la ley preexistente debe llegar al nivel de una incompatibilidad real, de una contradicción manifiesta e insuperable entre los contenidos de las proposiciones de la Carta con los de la ley preexistente. Por tanto, no basta una simple diferencia”.

En resumen, son tres los puntos de apoyo con los que actualmente debe ser enfocado el derecho de familia en Colombia, a partir de su consagración directa en la Constitución: a) los principios generales; b) la inaplicabilidad de la ley; c) la insubsistencia.

Justamente, los principios del derecho, en su labor creadora, admiten la modalidad derogatoria de normas inconstitucionales. Por ejemplo, aquellas del Código Civil sobre igualdad de los hijos que no hayan sido declaradas inexecutable (fallo de marzo 10 de 1994), pero que en su texto o espíritu sean similares a las que sí fueron.

También permitirán los principios que el juez constitucional se pronuncie mediante sentencias integradoras y moduladoras del derecho preexistente. En tal sentido vale el ejemplo de la providencia de marzo 15 de 1995, que al referirse a los casos en que el propio hijo tendría acción de impugnación de la paternidad, señaló que una sentencia integradora "...proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria para, de esa manera, integrar aparentes vacíos normativos o hacer frentes a inevitables indeterminaciones del orden legal"¹².

6. Procedencia de los principios generales del derecho en el derecho de familia

Para un buen número de autores, el derecho de familia tiene unas connotaciones especiales, que le separan de otras ramas del derecho, a tal punto que se hacen inaplicables los principios generales del derecho. Afirma ANTONI¹³, al respecto, que "Savigny sostenía que en el

¹² Sentencia C-109/95, publicada en Jurisprudencia y Doctrina, en la cual se declaró executable el art. 3º. de la Ley 75 de 1968, sobre acción de impugnación de paternidad legítima presunta, por el propio hijo, "...siempre y cuando se interprete que, además de esta causal, y en virtud del derecho que tiene toda persona de reclamar su verdadera filiación y del principio de igualdad de derechos dentro de las relaciones familiares, consagrados en la Constitución, el hijo de mujer casada cuenta otras posibilidades para impugnar la presunción de paternidad, así:..."

¹³ ANTONI, Op. cit., Pág. 32.

estudio del Derecho Civil había principios básicos aplicables a todas las instituciones, criterio que bien o mal ha sido seguido en algunos códigos. Un breve análisis de esos principios nos lleva a la conclusión de que ninguno de ellos tiene aplicación en el ámbito de la familia”.

Y agrega:

“Lo que caracteriza al Derecho Civil ese predominio del interés material y todas las normas y principios se vinculan con ellos. Es allí que se habla de obligaciones con un sentido de tipo económico, en tanto que en el Derecho de Familia se reglan deberes de tipo moral, aunque tengan repercusiones económicas, que algunas escuelas como la del materialismo histórico consideran por este hecho que tiene bases económicas. No compartimos esta idea y estimamos que lo patrimonial en el Derecho de Familia cede siempre a lo ético”.

Concluye su negativa, el profesor argentino, con el argumento de que son diversos el contenido del Derecho Civil y el del Derecho de Familia, por lo que los principios son inaplicables, “...pues el principio de la autonomía de la voluntad contraría las necesidades del ente familia y ni aún los principios clásicos, como los de la prescripción, o las modalidades, pueden tener cabida...” en esta materia.

También RUGGIERO¹⁴, al referirse a los derechos económicos en el derecho de familia, señala: “Estos derechos, que reproducen a veces figuras de derecho patrimonial común, a veces son tipos especiales y específicos del derecho familiar, constituye siempre algo distinto con peculiaridades y características privativas, de modo que sería inútil, para fijar su noción, recurrir a los principios que presiden las demás ramas del Derecho Privado. Se reproduce aquí lo dicho respecto al fin superior para cuya consecución se organiza la familia y al aspecto de deber que tiene todo derecho subjetivo familiar”. (Subraya fuera del original).

¹⁴ RUGGIERO, Roberto de. Instituciones de Derecho Civil. Reus. Págs. 36 y 37

Mas, a la luz de la nomoárquica, que trata los principios generales del derecho como normas fundamentales, taxativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento, es imposible dejar de considerar la posibilidad de que los principios generales del derecho civil estén presentes en el derecho de familia. Sin duda, principios como el de la buena fe, la imposibilidad de condonar el dolo futuro, la condena del enriquecimiento torticero, la exclusión de poder alegar la propia torpeza o valerse de la ilicitud del acto propio, la necesidad de volver a pagar por pagar mal, la asimilación de la impericia y la culpa, la presunción de que quien dio lugar al daño fue quien lo hizo, el rechazo del abuso del derecho, el aprecio por la equidad y las buenas costumbres, la relatividad de la cosa juzgada en los fallos judiciales, son de plena aplicación en derecho familiar, sea puro o patrimonial. No más piénsese en las funciones de los principios, que al fin de cuentas estructuran una sola, por intercambiabilidad, como quiera que el ordenamiento positivo en el campo de la familia padece, como todos, de vacíos y lagunas, pues su legislador no es diferente al de otras ramas del derecho.

Un segundo argumento en favor de la aplicación de principios generales del derecho civil al campo jurídico familiar estriba en la naturaleza de éste como normatividad impregnada y ética.

Con todo, hay principios (propios) generales del derecho de familia, que son los fundamentos o bases que dan estructura a las relaciones familiares, tanto jurídicamente, porque con ellos se organizan las normas del derecho de familia, como socialmente, porque le brindan fisonomía a figuras o instituciones que han sido objeto de reproche social (como en el caso de la unión marital).

Estos principios pueden ser expresos o implícitos. Pero son una constante.

Y se pueden descubrir a partir del concepto y naturaleza de la materia. Su carácter constitucional, en primer lugar, sirve para afirmar que hay principios constitucionales, como la igualdad, el respeto, la protección, la unidad familiar, la responsabilidad, la solidaridad o la re-

serva legal. Otros dependerán de su pertenencia al derecho privado y al derecho civil, como son los vinculados a la autonomía de la voluntad. Habrá otros, en fin, que sean sólo monovalentes.

7. Principios constitucionales del derecho de familia

7.1 Principio de igualdad

Como derecho a la no discriminación, pero sí al tratamiento similar frente a otros, puede entenderse el principio de igualdad, que no equivale a identidad, por ser de orden cualitativo y no cuantitativo. Tiene un significado normativo (o sea frente a la ley) y debe ser real. Es, además, transmisible de generación en generación y su aplicación no debe vulnerar la seguridad jurídica, de acuerdo con lo expresado en la sentencia C-105 de marzo 10 de 1994, de la Corte Constitucional, en la que se precisó: “La igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, no termina en ellos: continúa en sus descendientes, sean éstos, a su vez, legítimos, extramatrimoniales o adoptivos”. Por lo que dijo la Corporación que “Es evidente, por todo lo dicho, que toda norma que establezca una discriminación basada en el origen familiar, es contraria a la Constitución”.

7.2 Principio de respeto

El principio de respeto alude al buen trato que se merecen las personas y la familia, cualquiera que sea el medio empleado para la comunicación- gesto, palabra, obra- puesto que su ejercicio no debe afectar ni el honor ni la dignidad ni la intimidad. Su alcance es limitativo y su ejercicio elimina la violencia y beneficia la libertad. Tiene un claro sabor de reciprocidad y su aplicación concreta debe analizarse en un marco cultural, pues no todos los individuos gozan del mismo. La ausencia del respeto produce la violencia, que en cualquier forma está proscrita por la Constitución (inciso 3o. Del art. 42), como quiera que vulnera la armonía y la unidad familiar. Son manifestaciones de esa

violencia los golpes, las ofensas, las palabras de mal gusto o los gestos y actitudes desobligantes, el menosprecio, el silencio hostil, el menosprecio o la indiferencia, el ademán de rechazo, el ultraje al amor propio o al afecto por los familiares, etc.¹⁵.

7.3 Principios de reserva legal

La reserva legal hace referencia a la atribución por parte de la Constitución, de la materia familiar, al ordenamiento estatal. Es un principio determinativo de los contenidos de la ley y traduce un claro control por el Estado de las relaciones jurídicas de familia. Ya desde 1887 las leyes 57 y 153 anticiparon la existencia de este principio, al ser ellas y no el Concordato que más tarde se suscribió, las que conferirían efectos civiles a los matrimonios católicos (lo que permitió declarar inexecutable disposiciones del Concordato de 1973). Desde luego, no significa que no tenga lugar, en casos, la autonomía de la voluntad.

En otro sentido, la reserva legal es la proyección del derecho a la intimidad, que la ley dispone en procesos contenciosos de divorcio y en los de adopción.

7.4 Principio de protección

Consiste en que las normas jurídicas han de procurar la defensa del grupo familiar y de sus miembros, en especial de los que se consideran débiles, para generar derechos en su favor y condiciones que les brinden solidez física y social. Es complementario del principio de igualdad y se funda en la misma noción de la familia como núcleo social. Un claro ejemplo de su bondad puede verse en la ampliación de

¹⁵ IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ, "La violencia en familia", *El Colombiano*, Noviembre 10 de 1994. Este comentario fue hecho a raíz de una providencia de la Corte Constitucional, conforme a la cual podría llegar a privarse la libertad a quien maltrate a su cónyuge o a sus hijos (al efecto ver publicación del periódico *El Tiempo* de 8 de noviembre de 1994, Pág. 9A).

los medios probatorios en los procesos, cuando se trata de situaciones vinculadas a menores y en asuntos que requieran una colaboración interdisciplinaria.

7.5 Principio de los intereses prevalentes

En la Constitución Nacional y en el Código del Menor, se consagra la prevalencia de los intereses de los menores cuando los derechos de éstos resulten enfrentados con los de otros sujetos.

Así mismo, la Constitución protege los derechos de la mujer cabeza de familia.

Síguese de esto que el derecho de familia tiende a ser un derecho protector o tuitivo. Lo es, sin duda, marcadamente, el derecho de menores y lo será, por esta vía, el derecho familiar en general.

Entonces, como aproximación a su noción, puede afirmarse que su esencia radica en la prioridad de ciertos derechos familiares, frente a otros de igual o diferente naturaleza. Por ejemplo, cuando la paz familiar debe salvaguardarse frente a ruidos producidos por vecinos.

Los intereses de los menores son prevalentes y superiores.

LAFONT¹⁷ enseña que por interés superior del menor se debe entender “aquella situación jurídica integral (formal y material) de aprovechamiento o perjuicio especial (individual, autónomo y en formación determinada), que por asignársele al menor como sujeto especial (que formalmente recae sobre una individualidad, autónoma, en desarrollo y con proyección determinada), lo ha reconocido o considerado inte-

¹⁶ Sentencia T-494 de 12 de agosto de 1992, publicada en Jurisprudencia y Doctrina Tomo XXI, No. 250, octubre de 1992, Pág. 991.

¹⁷ PEDRO LAFONT PIANETA, Interés Superior del Menor, en Código del Menor. Tratados y Convenios Internacionales, Tomo I. UNICEF, Corte Suprema de Justicia e ICBF, 1994. Pág. 36.

gral y especialmente como índole, pero siempre relativos y limitados (jurídica e intrínsecamente por la naturaleza de los intereses en relación y por los intereses ajenos, públicos y estatales del caso)".

Consecuencias de este principio son, según Antonio José Martínez López ¹⁸, la oficiosidad en la actuación judicial o administrativa, la escogencia de normas aplicables, la presunción de menor edad (en caso de duda), la sana crítica en la valoración de las pruebas y la admisión limitada del principio de la cosa juzgada, de recursos judiciales, de la transacción y de otros fenómenos propios del procedimiento ordinario.

Una clara aplicación práctica del principio puede hallarse en las determinaciones que deben adoptarse sobre régimen de visitas de menores: en ellas no se debe favorecer el querer paterno, exclusivamente, puesto que, por el contrario, se debe preservar antes que todo el beneficio del menor (en el plano académico, cultural, de su estabilidad emocional, etc.).

7.6 Principio de favorabilidad

Significa este principio que se debe preferir la interpretación que produzca un beneficio para los sujetos del derecho familiar, a la de la pura exégesis. Así mismo, que se debe preferir que los actos produzcan efectos (por lo cual podría llamarse o asimilarse a un principio de supervivencia de los actos).

La protección del grupo familiar, individual y colectivamente, destacada como una de las instituciones que rigen este orden normativo es, sin embargo, algo más. Es la finalidad misma de sus preceptos, es decir, constituye su objetivo o filosofía. De ahí que la interpretación, fuere auténtica, o doctrinal o judicial, deba estar presidida por el sano criterio de la favorabilidad, es decir, que permite elegir la norma

¹⁸ ANTONIO JOSÉ MARTÍNEZ LÓPEZ, Código del Menor y jurisdicción de familia. Ediciones Librería del profesional, 2ª. edición, 1994, Pág. 5.

que salvaguarde mejor el derecho y ofrezca mayores garantías para su efectivo ejercicio y por el obligado respeto a la persona y a los derechos humanos. Conclusiones opuestas deben rechazarse, pues pugnar con la necesidad jurídica de dignificar la situación del sujeto de derecho, desde su nacimiento hasta su muerte, cualquiera sea su suerte o su preferencia, se una o no a otro.

Un ejemplo de aplicación se observa en el artículo 19 de la Convención Interamericana de 1984, sobre conflictos de leyes de adopción (Decreto 971 de mayo 19 de 1994): cuando surge el conflicto, se debe estar por la validez de la adopción y el beneficio del adoptado.

Otra muestra clara de este principio se infiere del menor rigor que ha de tenerse en el procedimiento judicial, como ordena el artículo 228 de la Constitución, al preferirse el derecho sustancial al formal o procesal.

7.7 Principio de unidad familiar

En una conocida sentencia, de 18 de septiembre de 1992¹⁹ la Corte Constitucional, a partir de la consideración de que unidad familiar no es lo mismo que indisolubilidad del matrimonio, planteó que ella significa estabilidad y armonía, así exista convivencia entre los miembros de la familia.

La unidad familiar puede provenir de la convivencia del grupo y, tratándose del fundado en el matrimonio, de aquel en el que no ha habido ruptura de ninguna especie. Pero, dice la Corte, "...no es solamente y siempre, pues, unión de afectos y sentimientos, unidad espiritual; ni su función se limita exclusivamente a la igualdad de los cónyuges; la unidad tiene relevancia jurídica tanto en el momento fisiológico como en el patológico de la vida familiar, mientras exista una comuni-

¹⁹ Sentencia T-523 de septiembre 18 de 1992, publicada en Jurisprudencia y Doctrina Tomo XXI, No. 251, noviembre de 1992. Pág. 1088

dad, -así sea **materialmente separada**, que deba perseguir, aún en reducidos rangos- la función social a que está destinada. En efecto, no parece que la unidad de la familia sea un límite válido "sólo cuando los cónyuges viven unidos, de modo que en régimen de separación personal sería inconcebible hablar de ella". **Negrillas del autor.**

Este principio tiene jerarquía sobre otros. Para la Corte, supera el de la igualdad y por eso "La unidad se convierte en el más genuino instrumento para la actuación del respeto, pleno e integral, de la personalidad de los cónyuges y de la prole; es el fundamento en que debe inspirarse para una interpretación moderna de la exigencia y de la tutela del sujeto en el ámbito de la comunidad familiar".

Tiene, además, un carácter material prevalente sobre lo formal, pues exige investigar -señala el fallo- el interés o intereses superiores de la familia.

8. Reconocimiento internacional y jurisprudencial de estos principios

Estos principios han sido reconocidos internacionalmente. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de SAN JOSÉ DE COSTA RICA, del 22 de noviembre de 1969, por ejemplo, se impone que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado; que los Estados deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo, que en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos; y que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".

Los principios de la unidad y la estabilidad familiar fueron consagrados en la concepción de la familia en el pacto de New York de diciembre 19 de 1966, aprobado por Colombia mediante ley 17 de 1968, ratificado en octubre 29 de 1969 y cuyo rigor data de 23 de marzo de 1976.

También la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, adoptada por la Resolución 2263 de la XXII Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su artículo 6 trata de la unidad y armonía de la familia.

La jurisprudencia, a su vez, los ha puesto en marcha. Así, para citar solamente dos casos: en la sentencia T-494 de agosto 12 de 1992, dijo la Corte Constitucional que el trabajo doméstico de una concubinaria tenía significación económica. Lo contrario, expresó, "...estimula y profundiza la desigualdad y la injusticia en las relaciones sociales, hace inequitativo el desarrollo económico y vulnera derechos fundamentales de la persona humana" (19). Y en fallo T-179 de mayo 7 de 1993 estableció que la protección a la familia debía ser desde tres puntos de vista: social, o relativa a la protección a su intimidad y a la educación de sus miembros; jurídico, al concederse los medios jurídicos para su defensa; y económico, con la protección al derecho al trabajo, la seguridad social, etc..