

Aspectos de familia en la Constitución Política de 1991

Ligia Echeverri de Ferrufino

*Decana Facultad de Ciencias Sociales,
Humanidades y Arte
Universidad Central*

Las familias de hecho tienen profundo arraigo en nuestra nación. Lo que ocurría en las sociedades aborígenes, en materia de costumbres y rituales, a lo largo del ciclo vital y en las relaciones sexuales y matrimoniales, aparece en la mitología y en narraciones de cronistas y misioneros españoles cargadas de prejuicios. Pero las uniones de hecho, en Colombia, surgen como tales cuando los conquistadores establecen en América el matrimonio católico. Es decir, cuando a las modalidades matrimoniales aborígenes se agregan, por imposición o por catequesis, rituales foráneos para definir como legítimo el contrato matrimonial.

Es entonces cuando aparecen otros conceptos rituales, de solemnidad y de publicidad, con los consecuentes efectos sociales, culturales, civiles y penales. Por supuesto, las uniones culturalmente legítimas quedan por fuera de ese nuevo marco de legalidad. A partir de la Conquista, se alude, de una parte, a la familia de derecho, conformada inicialmente sólo por hispánicos y cuya fuente es el matrimonio católico y, de otra, a múltiples modalidades de relación hombre-mujer que se comportan como pareja en status reproductivo y se denominan familias de hecho.

Para una comprensión cabal del devenir de la familia colombiana como fenómeno socio-antropológico y jurídico, es muy importante analizar la evolución de las actitudes y de las normas en los distintos momentos de la historia

patria. Para un análisis completo, ha servido la extensa obra de Virginia Gutiérrez de Pineda.

Esa obra, permite observar que cuando cambian los modos de producción la sociedad modifica, igualmente, sus estructuras y, por fuerza de esa remoción, transforma las pautas de comportamiento colectivo e individual. Ese proceso genera desajustes entre los hechos económicos, culturales y sociales y el sistema normativo. En la línea general de estas transformaciones, se desarrolla el cambio de comportamiento sexual y familiar.

De acuerdo con evidencias etnográficas, las relaciones sexuales prematrimoniales, así como las uniones conyugales estables no aceptadas por la sociedad, han compartido espacio con las relaciones matrimoniales legitimadas por la sociedad-cultura. Lo que denota el cambio, entonces, es la generalización de unas u otras y la admisibilidad social y/o jurídica que se les asigna. Bien sabido es que la ley no siempre se establece según la voluntad, los intereses o las necesidades de las mayorías, sino de conformidad con ideologías predominantes o de acuerdo con los intereses de dominación de un grupo sobre otro u otros grupos.

De otra parte, la legitimidad, igual que la ilegitimidad de las relaciones sexuales y de la procreación, son valores exclusivos de la familia humana y, como tales, se convierten en conceptos centrales en el debate sobre las incidencias de las reglas que rigen el comportamiento familiar, las formas y el significado de las estructuras de parentesco,

sobre los individuos. La ley trata aspectos que atañen no solamente a razones de Estado y de seguridad e intereses civiles, sino también a cuestiones de moral privada e índole biológica y psicológica (sexo- afecto), en las que una regulación adecuada y justa es, sino imposible, difícil de lograr. Por eso, la legislación se debe revisar y adaptar a las nuevas realidades socioculturales sino se quiere caer en nuevas y más perfeccionadas arbitrariedades legales o que devengan en «letra muerta».

Los reformadores, tanto como los analistas sociales, consideramos de la mayor importancia la comprensión del comportamiento familiar y de los patrones familiares como elementos fundamentales de la estructura social. Por eso es que la definición de la familia, así como la claridad de su regulación, son importantes, porque una y otra –la definición y la regulación– sirven de medio de enlace dinámico entre el individuo y la sociedad mayor.

Con estas precisiones en mente, me limitaré a mostrar cómo la familia, en el lapso comprendido entre la vigencia de las constituciones de 1886 y la del 1991, ha sido regulada de una manera ajena a su realidad. Sólo a partir de 1991, y por razón de que a la Corte Constitucional accedieron mentes lúcidas y de posturas avanzadas, en éste y otros aspectos del pensamiento, se ha intentado recomponer ese desfase entre lo normativo y lo real.

La Familia y la Ley en Colombia de 1886 a 1991

A partir de 1886 las relaciones familiares en todo el territorio colombiano se rigen por la Constitución Política y el Código Civil. Mediante estos postulados máximos y estas normas positivas, se ha regulado la situación

de los cónyuges, la filiación de los hijos y los derechos y obligaciones de todos los componentes de la familia.

Se entiende por familia legítima, entonces, la que nace de matrimonio civil celebrado ante autoridad competente y con los requisitos establecidos por la ley. Más tarde, según el artículo 12 de la Ley 57 de 1887, el matrimonio católico se considera válido para todos los efectos civiles y políticos. Hasta entonces, el matrimonio civil o el católico empezaron a darle legitimidad a esa unión entre dos individuos de distinto sexo.

La expedición de la Ley Concha en 1924(Ley 24), modifica esta situación. En ella se establece que los colombianos católicos que pretendan contraer matrimonio civil deben apostatar de la fe católica. Con esta ley se restringió el enlace civil a los extranjeros residentes en el país y a los ateos, y se impuso como norma genérica el matrimonio sacramental que conserva los efectos civiles.¹

Como consecuencia de la regulación anterior, se establece, en los órdenes cultural, social y jurídico, la discriminación explícita de las modalidades de familias de hecho, previas o posteriores a esta normatividad.

En 1984 la investigación *La familia de Hecho en Colombia*² define esta modalidad como el grupo social que consta de dos o más adultos de sexo diferente, unidos maritalmente con intención duradera y, además, constituido por individuos que tienen distinto origen respecto al estado civil anterior a la actual unión y a sus hijos. Sus relaciones pueden ser monógamas o poligámicas.

De esta investigación, se concluyó que la familia de hecho presentaba las siguientes modalidades en el territorio nacional:

¹ ECHEVERRI DE FERRUFINO, Ligia. *La Familia de Hecho en Colombia*. Bogotá, Editorial Tercer Mundo, 1984.

² Op cit.

1. *Familia de Hecho Monogámica*

1.1 *Amaño*: denominada en Nariño «matrimonio a prueba». Predominante en comunidades indígenas y mestizas del sur del país (Cauca, Nariño y parte del Tolima). Se trataba de la unión consensual de una pareja con el fin de plantearse en la práctica la capacidad de convivir, la afinidad sexual y la recíproca fidelidad. La diferencia con las relaciones prematrimoniales consiste en la existencia previa de una promesa formal de matrimonio. El amaño revestía dos formas: *manifiesto o explícito*, cuando la promesa era pública y aceptada por la comunidad, y *encubierto o tácito* cuando no había publicidad ni aprobación en la comunidad. Esta forma podía confundirse con lo que en la sociedad occidental se denomina relación prematrimonial.

1.2 *Unión Libre*: conformada por dos adultos de sexo diferente que conviven en status procreativo con intención duradera, integrada por personas *sin impedimento* legal para contraer matrimonio: solteros, viudos, legalmente separados o con matrimonio católico anulado. Esta modalidad de familia de hecho, no involucra conscientemente una meta o promesa matrimonial y muestra varias tipologías, a saber: pareja en status procreativo, familia nuclear (pareja e hijos no matrimoniales), padre o madre con hijos de una relación no matrimonial y uniones sucesivas no matrimoniales de uno de los cónyuges y sus hijos. Esta modalidad general y sus variaciones, fue predominante en los litorales pacífico y caribeño, así como en las riberas de los grandes ríos de la geografía nacional. En las áreas urbanas, lo era en los estratos bajos de prácticamente todas las cabeceras municipales de las distintas regiones.

1.3 *Concubinato*: constituido por dos adultos de sexo diferente que conviven maritalmente con intención duradera, conformado por

personas *con impedimento* legal para contraer matrimonio por existencia previa de uno no disuelto legalmente, según las disposiciones de la ley vigente. Se presentaban modalidades como *concubinato simple* (sólo uno de los miembros de la pareja tiene matrimonio anterior no disuelto legalmente) y *concubinato doble* (ambos tenían matrimonio vigente).

La familia de hecho también presentaba tipologías *poligámicas*, o sea relaciones convivenciales y maritales con un número plural de cónyuges. Se encontraron modalidades poligámicas entre personas libres y entre personas previamente casadas. El mayor porcentaje de esta modalidad, se presentaba en los litorales colombianos y en las riberas de los grandes ríos y eran *poligínicas*, (un hombre con varias mujeres paralelas). También se encontraron casos de *poliandria dispersa* (sin cohabitación permanente). Las modalidades poligámicas eran *compactas o dispersas* (según compartan la misma residencia o vivan en residencias separadas) y *manifiestas o encubiertas* (según las relaciones sean públicas o clandestinas). Algunas de ellas se podrían confundir con la relación de *amantes*.

Las tipologías anteriores, son diferentes a la *bigamia*, considerada antes y después de la Constitución del 91 como delito penal.

Es fácil observar la variedad de situaciones familiares existentes en la época, a la que debe agregarse el creciente número de matrimonios bigamos, celebrados en las fronteras para evadir la legislación colombiana que ponía trabas o demoraba el trámite de las nulidades de matrimonios católicos no sujetos al divorcio civil.

Cabe aclarar que dentro de la familia legítima (con matrimonio civil o católico), el marido era el representante legal para todos los efectos, en virtud de la potestad marital y de la patria potestad, que confirman el arraigo de la tendencia patriarcal de la sociedad occidental. Sin embargo, como resultado del proceso migratorio y del surgimiento de polos de desarrollo

regional, apoyados por la transformación del transporte y de las comunicaciones, posteriormente acelerados por la creciente internacionalización de la economía, los avances de la ciencia y la tecnología (es muy importante en este campo la disminución de las tasas de natalidad gracias a los métodos de control natal, las campañas de salud pública general y materno-infantil, etc.), la subsistencia de la familia legal o de hecho dependía cada vez más de fuentes no familiares; lo que obligó a la mujer a incursionar en el trabajo productivo. Fenómeno que incide sobre el papel de la mujer en la familia, los deberes y derechos de la pareja, y entre ésta y sus hijos, y la toma de decisiones en el hogar, con la consecuente pérdida del poder patriarcal en el núcleo doméstico. La proyección de procesos económicos, políticos y culturales mundiales, inicia también un proceso de liberalización de las instituciones educativas y laborales del país, en lo que se refiere específicamente al régimen político y patrimonial de la mujer y al régimen de hijos naturales.

Vale la pena reiterar que los diferentes tipos de ilegitimidad en las relaciones sexuales y familiares, han tenido desde siempre distintos significados entre regiones, estratos sociales, áreas rural y urbana, comunidades indígenas o culturas afroamericanas. Por eso, el grado de aprobación o rechazo social en cada sector de la sociedad colombiana varía, y pone en evidencia que la mera expedición de leyes no es la única solución a los problemas familiares que tienen un fundamento sociocultural específico. Es decir, que aunque las formas de la ilegitimidad son las mismas a la luz de la ley general, su significado social es diferente y el impacto sobre el desarrollo de la personalidad depende de ambas apreciaciones, así como las consecuencias para la sociedad, para las personas y para el patrimonio económico de las mismas.

También parece importante asumir que la desaprobación o rechazo social no hace

referencia exclusivamente a la ilegitimidad de la relación y de los hijos nacidos de ella, sino también al status o al género de quién viola la norma o quién la juzga. Por eso la infidelidad conyugal se reprobaba y juzgaba más duramente cuando quien la cometía pertenecía al estrato alto o cuando era mujer (caso en el cual había justificación de uxoricidio por ira e intenso dolor) y, peor aún cuando la infidelidad se cometía entre personas de estratos diferentes —mujer de estrato alto con amante de estrato inferior—. Algo similar se da con problemas como el aborto: se justifica y oculta en estratos altos y medios para evitar la sanción social por una relación no aprobada. No obstante, este tema amerita una discusión especial, ya que, a pesar de que la Corte Constitucional aprobó en el 2006 la despenalización del aborto, en casos específicos: salud de la madre, malformación del feto y violación, no se ha expedido la legislación correspondiente.

Como ya lo dijimos, la legitimidad sustentada en las realidades sociales y culturales de un país es necesaria para mantener una mínima organización social. Tal principio no implica acatamiento general, por cuanto se sabe que ninguna regla moral, jurídica o social es obedecida por la totalidad de los miembros de una comunidad. Pero no tenerla, implica un alto grado de desorganización social y, en algunos casos, manifestaciones de anomia absoluta.

Si pasamos de la familia al papel de la mujer colombiana en ésta y en la sociedad, vale la pena recordar que sólo hasta 1945 obtuvo la calidad de ciudadana a los 21 años, y sólo a partir de ese momento se le permitió administrar sus bienes y comparecer a juicio sin previa autorización del padre o del marido. Pero no se le concedió el derecho a sufragar o a ser elegida en comicios electorales sino hasta 1957, mediante reforma plebiscitaria a la Constitución vigente (la de 1886).

En 1970, el decreto 1620 liberó a la mujer casada de la obligación de usar el apellido del

marido. De este modo se consagró la individualidad y se dio respuesta a la realidad sociocultural que urgía legitimar su condición de ciudadana plena; ya que se había convertido en fuerza laboral de primer orden, como resultado de la expansión económica en el país y como respuesta al liderazgo de mujeres que se agruparon en movimientos de presión para modernizar la ley y las costumbres políticas del país.

El proceso de modernización jurídica e ideológica continuó lentamente hasta cuando en 1974 se eliminó la *patria potestad marital* y se estableció la patria potestad compartida por la pareja de padres. Vemos, entonces, cómo sólo cuando fue una realidad de a puño que la fuerza laboral femenina crecía y que las mujeres cabeza de familia se constituían en una mayoría aplastante en los estratos más pobres del país, cuando los legisladores y políticos trataron de legitimar los nuevos comportamientos familiares, relacionados con la toma de decisiones frente a los hijos y la atención compartida de los requerimientos económicos y domésticos del hogar y de la prole.

No habíamos dicho que en 1936 se admitió la filiación natural de los hijos, y se aceptó, por otro lado, que si eran reconocidos por el padre podrían acceder como herederos, pero en la mitad de la cuota parte correspondiente al hijo legítimo, sin perjuicio de la porción conyugal.

Pasan diez años. Llega el año 1946. Ahí es cuando se establece la *protección del menor*. Se dictan disposiciones sobre la forma de juzgarlos en materia penal y sobre la manera de tenerlos en cuenta en los juicios. En este tema familiar, tuvo gran trascendencia la Ley 75 de 1968. En ella se definió la progenitura responsable, y su aplicación dio inicio a un proceso cultural y político orientado a crear conciencia social sobre el significado de la paternidad y a señalar los procedimientos para determinar las obligaciones de los progenitores y los mecanismos científicos para comprobar la paternidad no aceptada voluntariamente. El

Estado, a partir de entonces, asume —al menos teóricamente— su responsabilidad social, educativa y de protección de los derechos de los menores, los viejos y las mujeres. Crea, para llevar a cabo estos cometidos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Respecto a las escasas modificaciones en materia matrimonial, nos encontramos en 1974 con la separación entre la legislación canónica y la civil. Los efectos del matrimonio católico se rigen por la ley civil; el matrimonio civil puede ser contraído por personas católicas sin necesidad de apostatar de su fe, y se permite que los colombianos mayores de 18 años contraigan matrimonio sin autorización de padres o tutores. En 1976, y después de grandes debates ideológicos y jurídicos, se acepta el divorcio vincular para el matrimonio civil, pero permanece la indisolubilidad del matrimonio católico, ya que el vínculo sólo se puede afectar por separación de bienes o nulidad matrimonial.

Entre 1979 y 1991 se elaboraron varios proyectos de ley con miras a establecer la jurisdicción de familia, unificar procedimientos y normas dispersas, y contradictorias, en distintas codificaciones, con la intención de eliminar la discriminación entre hijos legítimos y naturales (de filiación y patrimoniales), y para otorgar efectos civiles a las uniones de hecho. En ese debate los científicos sociales jugamos un papel importante. La pionera y maestra en materia de familia fue Virginia Gutiérrez de Pineda, quien desde 1963 realizó investigaciones sobre el trasfondo histórico de la familia en Colombia, el proceso de adaptación y el cambio familiar, las características de las familias en los denominados por ella «complejos culturales regionales», así como sobre la estructura, función y cambio de la familia colombiana en la década de los sesentas, amén de múltiples escritos y exposiciones sobre el papel de la mujer en la familia y en la sociedad, el gaminismo, el patriarcalismo y el menor trabajador. En mi calidad de co-investigadora en varios de estos

trabajos, asumí, por sugerencia de Virginia Gutiérrez de Pineda, mi propio tema de investigación en familia –la familia de hecho–, que me dio pie para escribir ensayos y dictar conferencias sobre el tema ad portas de entrar en la Constitución de 1991.

La Constitución de 1991

Con la expedición de la nueva Constitución y su desarrollo, introducido inicialmente a través de las sentencias de magistrados como Ciro Angarita y Carlos Gaviria Díaz³, el panorama jurídico de la familia aparece diametralmente distinto al del pasado. En la nueva normativa, se asumen las realidades sociales, económicas, políticas y culturales del país (incluida la aceptación de la diversidad cultural) y, por esta vía, se consagran obligaciones y responsabilidades del Estado en materia de protección de la familia como grupo social, cualquiera sea el status personal de quienes integran la unión marital.

Así, se dan garantías civiles y sociales a los miembros de la familia individualmente considerados y se regula la familia de hecho y sus efectos. La consagración del mandato para salvaguardar los derechos fundamentales de la población hace parte integral de esta nueva visión del papel de la familia, de la sociedad y del Estado, en cuanto hace, no sólo a la crianza, educación, salud y socialización de los menores, sino también al respecto de los derechos y deberes del niño, de la mujer, del trabajador o del viejo.

El matrimonio civil se declara convalidado en todo el territorio nacional y se aceptan como accesorios los rituales matrimoniales de todas las religiones existentes en el país.

Entre los aspectos jurídicos más importantes de este cambio constitucional, expresados a

través de la jurisprudencia proferida por los miembros de la Corte Constitucional en los últimos años, destaco los siguientes:

1. Se regulan los *efectos de las uniones de hecho* y se acepta que con dos años de convivencia surge una sociedad conyugal y patrimonial con efectos retroactivos, sin que se requiera poner en común el patrimonio. Se establecen claramente los derechos herenciales y las obligaciones económicas entre los cónyuges y entre éstos y los hijos de la unión. Se conceden derechos alimentarios entre cónyuges de hecho, aun después de una ruptura y hasta tanto no se consolide una nueva unión.

De acuerdo con el artículo 42 de la Constitución Política, se deja en libertad al hombre y a la mujer para unirse con o sin matrimonio. Por consiguiente, las parejas podrán contraer matrimonio ante un juez, un notario o un sacerdote. Pero las uniones libres, las que no se hagan ante estos funcionarios, quedan protegidas y garantizadas por la ley, pues existe el matrimonio por la sola voluntad de la pareja de conformar una familia. Además, todos los hijos que provengan de cualquiera de estas uniones, tienen iguales derechos y obligaciones. Es admisible, por último, el divorcio de cualquier matrimonio, es decir, no sólo de aquél que fue contraído por los ritos de la iglesia católica. Esta norma, el artículo 42 citado, fue desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-174 de 1996.

2. Se regulan los *efectos patrimoniales de las uniones de hecho* posteriores a un matrimonio legal no disuelto y se reconocen derechos herenciales al cónyuge legítimo y al compañero posterior.

³ Tuve el privilegio de rendir ponencia escrita sobre varios temas a solicitud de los Magistrados Ciro Angarita y Carlos Gaviria Díaz.

En la sentencia C- 182 de 1997, la Corte Constitucional dispuso que la mujer tiene iguales derechos que el hombre. Por tanto, si ella opta por contraer nupcias o unirse de hecho a otro hombre, no pierde su derecho a los beneficios patrimoniales consolidados con anterioridad.

3. Se equipara el *acceso de los cónyuges de hecho y de sus hijos, en calidad de beneficiarios, al Sistema de Seguridad Social* (salud y pensiones).

En la Constitución –artículos 42 y 48–, se consagra el derecho a la sustitución pensional para el compañero permanente. Por virtud de que los tipos de familia están

económico–, sin discriminación alguna, hasta la mayoría de edad.

El artículo 42 de la Constitución, es clave. Allí están comprimidos los derechos de los integrantes de la familia. La Corte ha hecho múltiples desarrollos de esta norma. En la sentencia C-174 de 1996 establece la igualdad de los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, ya sean los habidos naturalmente, es decir, por parto, o científicamente, esto es, por fecundación in vitro o en probeta.

5. *La patria potestad es compartida por el padre y la madre.* Las causales para suprimir la patria potestad a uno de los padres, son

Con la expedición de la nueva Constitución y su desarrollo, el panorama jurídico de la familia aparece diametralmente distinto al del pasado.

en igual nivel de igualdad, el cónyuge de hecho y los hijos procreados dentro de esa modalidad de familia tienen iguales derechos económicos y prestacionales. No pueden ser discriminados. En la sentencia C-1165 del 2000, la Corte Constitucional ha dispuesto, al desarrollar estas normas, que la cobertura en materia de seguridad social no sólo es de carácter progresivo, sino que abarca a los miembros de la familia de hecho. De la siguiente manera, en el citado pronunciamiento, discurre la Corte:

4. *Se eliminan las diversas categorías de hijos.* Todos los hijos se consideran legítimos y, por tanto, sus progenitores adquieren respecto de ellos todas las obligaciones – las de cuidado, protección, socialización, alimentos congruos, sostenimiento

iguales para las familias de hecho y de derecho.

Estos derechos, como ya se anotó, están contenidos en el artículo 42 de la Constitución Política. La Corte ha proferido sentencias que dejan en claro lo que fue problema en la legislación anterior. Una, paradigmática, es la C-174 de 1996. La patria potestad, ahora, no es patrimonio exclusivo, por así decirlo, del padre. Es compartida, en igualdad de circunstancias, con la madre. Y esto es consecuente con el principio de igualdad de sexos. La mujer y el hombre, en la nueva Constitución, tienen los mismos derechos y deberes. No hay discriminación de ninguna clase. Si ella se da en la práctica, los miembros de la familia, o los individuos por separado, tiene

a disposición el mecanismo de la tutela para hacer efectivos esos derechos.

6. El cambio constitucional y jurisprudencial, por tanto, es de suma importancia, en la medida en que *acepta la existencia de una diversidad étnica y cultural* que debe respetarse. Sobre la base de esta postura de corte democrático, admite que las culturas tradicionales tienen sus propios códigos éticos, religiosos, creencias, ideas y valores propios. Pero, además, adelanta las bases para la regulación cultural del comportamiento social de sus miembros, a tono con lo dispuesto en los tratados internacionales acogidos por el Estado colombiano.

Para ilustrarse sobre este punto, los remito al artículo 70 de la Constitución y a la lectura atenta de la sentencia T-219 de 1993. Allí se establece que la integración cultural de todos los grupos étnicos que conviven en Colombia es un compromiso del Estado, orientado a unificar la nacionalidad sobre la base del respeto mutuo. Esta norma, desarrollada por el fallo citado, define la cultura como el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y emocionales, que caracterizan a los grupos humanos dentro de una unidad de modos de vida, derechos humanos, sistemas de valores, tradiciones y creencias.

7. Un aspecto adicional, se refiere al *incesto*. En varias de sus sentencias, la Corte Constitucional considera las nuevas realidades familiares, signadas por las crecientes uniones de hecho y de derecho que han dado lugar a la acentuada convivencia de padrastrós, madrastras, hijastros y hermanastros en un mismo hogar, razón por la cual la prohibición de las relaciones inces-

tuosas se hace extensiva al grupo, sin atender exclusivamente al lazo biológico.

A lo largo de su existencia, es decir, a partir de 1991, la Corte Constitucional ha tenido pronunciamientos importantísimos. Uno de ellos está contenido en la sentencia C-404 de 1998. En ella, los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes, quienes fungieron como ponentes, fijan la postura de esa Corporación sobre el problemático tema del incesto. Apoyados en conceptos de varios expertos en antropología, entre ellos nuestro rector Guillermo Páramo Rocha⁴, los miembros de la Corte, por mayoría, sostienen que la prohibición del incesto, en la medida en que consulta principios de moralidad pública, es legítima. Por tanto, declaran exequible, es decir, de acuerdo con los principios constitucionales, la norma del Código Penal que sanciona al individuo que tiene relaciones sexuales con los mismos miembros de su grupo familiar. La discusión traída a cuento por la Corte, es de <http://www.hotmail.com/uma> importancia. Llega al extremo de poner en salmuera las relaciones entre el derecho y la moral. Discurren en torno a si la moral pública puede ser elevada a la categoría de norma jurídica. Pero concluyen, luego de una sustanciosa disquisición, que ello es posible, siempre y cuando una prohibición moral, cualquiera que ella sea, ha tomado cuerpo generalizado dentro de determinado grupo social. Una de esas prohibiciones morales, precisamente, es el incesto. Si la moral pública ve execrable esa práctica, la Corte considera que es legítimo prohibirla a nivel legal y sancionarla. Así discurre la Corte en la mencionada sentencia:

⁴ Además de Virginia Gutiérrez de Pineda y Ligia Echeverri de Ferrufino, entre otros.

En consecuencia, por las razones que han sido expuestas en la primera parte de esta decisión, debe afirmarse que la prohibición del incesto es una restricción legítima del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, los datos científicos aportados al proceso permiten sostener que la norma legal que penaliza el incesto persigue la protección de bienes constitucionalmente tutelados como la familia –y cada uno de sus miembros–, e instituciones sociales –como los sistemas de parentesco– de innegable importancia. Existe una estrecha relación entre la prohibición legal del incesto y principios morales fuertemente arraigados en la sociedad. Ciertamente, resulta evidente que la tipificación del incesto como delito por parte del legislador, hace que, en esta materia, el derecho positivo y la moral pública, conservando sus diferencias, coincidan en prohibir un determinado comportamiento sexual.

8. Además de las normas internacionales que reconocen la *eliminación de toda forma de discriminación sexual*, la Constitución del 91 protege a la mujer embarazada (antes, durante y después del parto); da apoyo a la mujer cabeza de familia; consagra la igualdad de derechos y obligaciones, para el hombre y para la mujer, avanza hacia una función promocional a favor de la búsqueda de las distintas formas de discriminación de la mujer mediante normas positivas para su protección e inicia el derrumbe de la concepción tradicional del Código Civil que restringía el papel de la mujer según la ideología patriarcal que lo inspiró.

En el artículo 43 de la Carta Política, se puntualiza que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. A la mujer cabeza de familia, se le da especial protección. Durante el embarazo y

después del parto, dice esta norma, se le brindará asistencia y protección del Estado, además de que tiene derecho a recibir subsidio alimentario, en los casos en que estuviere desempleada o desamparada. Esto es importante porque eleva a canon constitucional la igualdad de la mujer frente al hombre respecto de todas las actividades sociales.

9. En el desarrollo de la Constitución, se han realizado interesantes debates sobre las «acciones afirmativas» que pretenden eliminar o reducir las desigualdades de tipo social-cultural o económico a categorías o grupos que históricamente han sido discriminados: los negros, los indios, los homosexuales o las mujeres. La tarea está incompleta, pero los logros han sido importantes, especialmente frente a medidas relacionadas con la eliminación de la discriminación de la mujer. Prueba de ello, es la Ley de Cuotas que, aunque en mi concepto no debería ser necesaria como tal, sí ha obligado a las organizaciones políticas y al gobierno a nombrar mujeres en los diferentes cargos públicos en un porcentaje mínimo del 30%. No obstante, el debate sirvió para hacer visible la realidad discriminatoria y para emprender acciones tendientes a su eliminación, a través de políticas sociales, acciones afirmativas y otros mecanismos.
10. De gran trascendencia, por el impacto social de la norma, fue la sentencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz sobre «*el castigo a los niños*». La tradición patriarcal del país, otorgaba al «pater familia» derechos absolutos sobre la mujer y los hijos. Esa fue, y sigue siendo, la raíz de todas las formas de maltrato intrafamiliar. Una de las mayores patologías sociales del país, por cuanto se ha convertido en un círculo vicioso: niño maltratado, padre maltratador; niña maltratada, madre

- maltratadora. La sentencia en cuestión, pone límites claros al papel del padre como vigilante y corrector y proscribire el castigo infantil como herramienta educativa socialmente aceptada.
11. Otro punto muy debatido, y sobre el cual hombres y mujeres tienen su propia postura, es el del *aborto*. El tema es de suma actualidad. La abogada Mónica Roa, hace poco, demandó la norma que penalizaba el aborto de modo general. La Corte Constitucional, en sentencia cuyo texto apenas empieza a conocerse, ha declarado que el aborto es lícito en determinadas circunstancias. Esas circunstancias particulares, como es de todos conocidos, se dan cuando la mujer que ha sido violada decide abortar o cuando los médicos detectan una malformación congénita en la criatura o cuando el embarazo tiene en riesgo la vida de la madre. Como dije, este es un tema polémico. Aparte de ribetes legales, tiene connotaciones religiosas. La Iglesia, de una manera genérica, ha asumido una posición rígida. Se ha opuesto tajantemente a la decisión de la Corte en esta materia. Ha sostenido, apertrechada en un fundamentalismo anacrónico, que la práctica del aborto equivale, ni más ni menos, a un infanticidio. Ha prestado oídos sordos a las determinaciones científicas y a la prevalencia de los derechos de la mujer en punto a la decisión de su maternidad. Mi postura, que no debo ocultar, es que, desde el punto de vista antropológico y social, la razón está del lado de la Corte Constitucional. En una sociedad plural y pluralista como la nuestra, precisamente la que se está tratando de formalizar mediante decisiones judiciales a tono con la Constitución Política, resultan francamente a contracorriente esas posiciones fundamentalistas.
12. Finalmente, es reconfortante que los juristas brinden receptividad, bien sea por la vía conceptual o por la de los resultados prácticos, a los aportes de las ciencias sociales. Prueba de ello, es la sentencia sobre Sexo y Violencia en Televisión. Hoy, en mi calidad de Decana de la Facultad de Ciencias Sociales, Humanidades y Arte de la Universidad Central, comparto el análisis de los académicos que dieron sustentación científica a la decisión jurídica de la Corte. Me refiero a dos aspectos cruciales: al desarrollo del artículo 20 de la Carta fundamental que consagra la proscripción de la censura y garantiza la libertad de expresión; según la sentencia, son los padres y el ambiente afectivo que ellos propicien con mecanismos idóneos para el uso del tiempo libre de sus hijos, quienes pueden y deben dar una orientación moral sobre lo que ellos consideran valores éticos; pues. un niño o joven bien educado y amado, es inmune a los mensajes de los medios y a la publicidad *per se*, y , sobretodo, lo blindo contra las ideologías y creencias totalitarias y fanáticas o contra el consumismo o la indiferencia social, dos de las novísimas adicciones.

Algunos desarrollos pendientes

Son evidentes los cambios legislativos y socioculturales en familia, sexualidad, papel de la mujer en la familia y en la sociedad, visibilización de la problemática de las personas mayores, maltrato infantil y violencia intrafamiliar. El Estado y la sociedad, han asumido un mayor interés en la familia y los temas conexos. Además, se advierte un propósito nacional por la defensa de los derechos fundamentales de los individuos y de la familia en general. Es claro que la Constitución del 91 y sus posteriores desarrollos, han sido esenciales en ese proceso de reivindicación histórica.

No obstante, son muchos los problemas sociales y familiares que no se han resuelto y

requieren políticas sociales y normas jurídicas que contribuyan a lograr la meta de la equidad. Puntualicemos algunos aspectos prioritarios.

1. *En asuntos de familia*, vemos cómo: a) crece el número de hogares a cuya cabeza está solamente la madre y en algunos casos el padre. A este ritmo, se cree que en el año 2025 1 de cada 4 colombianos vivirá en hogares de un solo progenitor, 3 lo harán con la madre sola y 1 con el padre. En estos casos, los hijos menores de edad carecerán de una imagen identificatoria paterna o materna; b) se presume que con las actuales tendencias de ruptura y recomposición de matrimonios o relaciones estables de hecho, en el año 2025 una cuarta parte de las parejas casadas o unidas tendrán un hijastro o un hijo adoptivo. Esto significa que muchos más niños tendrán padrastro o madrastra; c) crece el número de mujeres solteras que asumen tener o adoptar un hijo sin que medie convivencia marital de ningún tipo; d) también aumenta el número de mujeres mayores de 40 años que asumen la maternidad tardía (gracias al avance de la ciencia) y hombres mayores de 65 que asumen la paternidad tardía, generalmente en una segunda unión conyugal; e) se da la desmitificación de las relaciones prematrimoniales, el contexto social y económico (desplazamiento, turgurización, hacinamiento, etc.), la presencia del «padrastismo» en los hogares, la violencia intrafamiliar creciente y muchos otros factores, y aumenta el número de madres pre y adolescentes; f) aumento del número de abuelos que asumen el papel de padres sustitutos ante el creciente número de rupturas en la relación de pareja y madres/padres cabeza de familia; aunque ni las condiciones precarias en salud, pensión y educación que la mayoría de personas viejas tienen, ni las condiciones propias de la edad los

convierten en padres idóneos para la crianza y socialización de las nuevas generaciones. Estas realidades exigen propuestas creativas en materia educativa y de salud pública que incluyan los apoyos psicológicos, de desarrollo comunitario y de gestión social, entre otras.

2. *En cuanto al matrimonio*, se prevé un aumento en la edad para contraer matrimonio o relaciones estables de convivencia, de segundas nupcias y también de personas que no se interesan ni en el matrimonio, ni en la convivencia estable. Este fenómeno ya se ha dado en sociedades desarrolladas como las europeas. Aquí tiene características especiales dado que por ejemplo, quienes contraen compromisos tardíos o deciden no contraerlos, y no tener hijos, son personas que pertenecen a estratos altos y educados de la sociedad, precisamente las más capacitadas para proveer de afecto y requerimientos materiales a la prole. Sin intención de simplificar una situación tan compleja, vale la pena anotar las implicaciones sobre la *seguridad social* de este fenómeno. Cada vez hay menos personas cotizantes para atender el sistema de salud y pensional con tasas de promedio de vida en aumento, trabajadores con salarios bajos y alto número de beneficiarios.

3. *Temas conexos* como la equidad de género, la eliminación de todas las formas de discriminación (en nuestro caso específicamente la discriminación sexual en sus diversas modalidades), políticas sociales para todas las edades y géneros, legislación que permita la eutanasia, también en condiciones de respeto a la dignidad humana, obligan a nuestros dirigentes a asumir el rescate de una política social humanística que supere la retórica en estos campos. A manera de ejemplo, sugiero un acuerdo social para que el Estado y la empresa privada modifiquen la concepción actual

trabajo-familia, otorgando más valor a la segunda. Para tal efecto, el trabajo debe ser visto como el medio para mejorar la calidad de vida y, no solamente, como un componente de la productividad y el consumismo. Se han dado avances, como el aumento del tiempo en las licencias de maternidad y con la Ley María (licencia de maternidad compartida con el padre).

Pero aún hay vacíos que la sociedad requiere llenar: permisos laborales para asistir a reuniones de padres de familia; horarios flexibles que permitan evaluación por objetivos más que por presencialidad, especialmente para padres y madres de niños menores de 5 años; jornadas parciales para que las madres puedan atender a sus hijos y devengar un salario sin sentirse «culpables» de abandono.

En fin, todo lo que atañe a una política laboral que parta del convencimiento de la importancia de la madre en la tarea de socialización temprana. Las soluciones institucionales que se dan –guarderías, hogares comunitarios o las familiares, abuelos al cuidado de nietos y servicio doméstico– son, en mi concepto, paliativos importantes, pero no suficientes, para darle solución a la magnitud de los problemas sociales que se podrían solucionar a través de una política laboral diferente y concertada.

Otra opción vigente hoy en países desarrollados, es el trabajo en casa, de gran crecimiento en el país. Entre nosotros, con dudosos efectos sobre el crecimiento real de la economía, aumentan las microempresas y famiempresas. Se me antoja que esta política de apoyo a la microempresa, por su carácter coyuntural, es un placebo social y económico. No una solución de fondo. Lo digo porque no se ha generalizado el trabajo altamente tecnificado, académico, de investigación y consultoría, que se puede desempeñar con pocas horas presen-

ciales y alto rendimiento. La flexibilización de horarios, que permite a los padres atender sus deberes y acompañar a sus hijos en el hogar, permite un ahorro social por menor congestión en el tránsito urbano, la contaminación ambiental, la inseguridad ciudadana y el desarrollo del stress con sus consecuencias en salud pública.

Por supuesto, una política con esta orientación implica que los programas de vivienda de interés social se transformen para que la casa, que es «más que un techo», permita ser de nuevo el sitio de trabajo. En general, las adecuaciones a la tecnología moderna inciden en la concepción de los servicios públicos y los accesos baratos a medios de comunicación moderna.

- 4.- *Atención a la llamada tercera edad.* Aunque hace parte de los temas conexos con la familia, lo destaco por su importancia humana. En la actualidad, una de cada 4 personas que trabajan debe colaborar en el sostenimiento de un pariente mayor de 55 años, ya que la mayoría de ellos carece de pensión o ingresos para su subsistencia. En lo concreto, el cuidado de estas personas ha estado a cargo de las mujeres, parientas o no. ¿En el futuro está garantizada la seguridad social para los que siendo hoy jóvenes la tengan? Absolutamente, no. Hay, pues, un reto para diseñar y aplicar una política universal de seguridad social más allá de los pírricos logros de la Ley 100 de 1993. Pero también se requiere una reforma educativa a fondo que propenda por la autonomía económica y funcional de los viejos. Es necesario aceptar los cambios de la familia y romper con las tradiciones asociadas al cuidado de estas personas por parte de algunos miembros de la familia.

La edad, por ejemplo, no debe ser motivo para discriminación laboral. Y los jubilados deben poder acceder a trabajos,

remunerados o no, que les permitan mantenerse activos física y mentalmente. Hoy, lo dicen todos, nadie mayor de 35 años es contratado⁵. Pero, además, tampoco vinculan a quien no tenga un alto nivel educativo que alcanza como mínimo a los 32 años. En otras palabras, el mercado laboral de un nivel aceptable, admite personas entre 32 y 35 años con alto nivel educativo y experiencia comprobada. Por último, políticas de salud para manejo de enfermedades no tradicionales en el país y típicas de sociedades con crecimiento de personas mayores de 55 años y políticas de bienestar social que incluyan el deporte, el uso creativo del tiempo libre, el arte en todas sus manifestaciones, son planes de acción que deben proyectarse desde ya para lograr la equidad tan anhelada.

Rol del Estado

Para concluir este balance, debe quedar claro que el Estado debe apuntarle a una política social que tenga como *misión* mirar hacia la familia y que le apueste a los valores fundamentales señalados en la Constitución Política. Para hacerlo, se debe reconocer que las familias colombianas tienen *capacidades diferenciales* para proveer adecuadamente las responsabilidades de ley. Por lo mismo, es necesario diseñar estrategias para abolir las discriminaciones socioeconómicas, aclimatar la paz e incentivar la equidad, eliminando —o al menos aminorando— las marginalidades de todo tipo, incluyendo las ocurridas por el fenómeno de los *desplazamientos masivos* de población.

Las políticas sociales, en este momento histórico, requieren coadyuvar a la familia en el cumplimiento de funciones otrora asignadas exclusivamente a ella: educación, vivienda,

salud, trabajo, formación ética e ideológica, empleo, servicios públicos, recreación, etc. Las políticas estatales de población, educación, seguridad social, derechos humanos y vivienda, entre otras, así como las acciones sociales que se manifiestan en las prácticas de las instituciones jurídicas, de salud, educación y en los medios de comunicación, tienen efecto directo sobre la familia y su dinámica. *Es obligación del Estado, por lo menos del Estado actual, respetar el orden privado de la misma, pero sin desconocer ni evadir las responsabilidades frente a su fortalecimiento.*

Conclusiones

El ideal del gobernante en una democracia auténtica, según entiendo, es hacer que lo culturalmente político se asimile a lo culturalmente constitucional. En este sentido, la Corte Constitucional, desde sus inicios, ha dado pasos importantes en materia de familia, como lo he reseñado.

Mis observaciones, sin embargo, me conducen a una conclusión: si la familia es la célula madre de una sociedad, si ella es el espejo microscópico sobre el cual se reflejan el entorno y los contenidos vivenciales macros de una nación, me parece necesario que desde el poder y desde los grupos de presión se defina si la ruta adecuada es *intervenir quirúrgicamente* esa célula madre para posibilitar desde su interior el moldeamiento de una nueva sociedad o si, desde otra perspectiva, lo correcto es *intervenir* el entorno social y económico donde se mueve la familia para que sea desde allí desde donde se haga posible el cambio estructural de la sociedad.

Me explico: la jurisprudencia constitucional, hasta el momento, ha hecho de resumidero de las tendencias culturales que se han ido dando

⁵ Muy importante para destacar la política de las directivas de la Universidad Central en cuanto a la vinculación de académicos con alta experiencia y capacitación, sin tener en cuenta la edad.

en la familia colombiana. Esa jurisprudencia, ha recogido no sólo sus desvíos sino los aciertos de esas inclinaciones culturales de las unidades familiares. Respecto de los extravíos, lo ha hecho para tratar de acoplarlos a un tipo de familia más acorde con la sociedad en proceso de construcción. Respecto de los aciertos, ha asumido una actitud estimulante para que se conserven y consoliden.

Lo que se hace necesario precisar, insisto, si admitimos desde luego que entre familia y sociedad existe una determinación recíproca, es si lo urgente es introducir cambios de fondo en lo social y económico, de modo que ellos incidan en la transformación de la familia, o si, por el contrario, lo que exige atención privilegiada es el intervencionismo familiar por parte del Estado, con el fin de acoplar sus valores a los referentes democráticos sobre los que se pretende construir cada día una sociedad mejor.

Mi tesis es que los mecanismos orientados a recomponer la familia en Colombia, no pueden utilizarse en abstracto para esos fines. Por mucho que los científicos sociales y los legisladores hagan esfuerzos por intervenirla para remozarla o reorientarla, de todas formas será el entorno social y económico el que habrá de determinar sus contornos y sus contenidos.

Una sociedad descompuesta, no puede dar lugar a otra cosa que a una familia descompuesta. Y, a la inversa: una familia descompuesta, sólo puede engendrar, al extenderse, una sociedad injusta. Ese dilema, antes de cualquier acción política o social, debe ser resuelto. De lo contrario, seguiremos dándole vueltas y revueltas, en círculo infernal, a las grandes soluciones.

Las tipologías familiares en Colombia, como vimos, son diversas. No hay, pues, en la base de esta sociedad, un soporte familiar único. Por tanto, si la familia es la célula primaria de la sociedad, es preciso admitir que Colombia no es un país en el sentido tradicional del término. No lo es, digo, porque lo que de ella reflejan

las diversas tipologías familiares, es una imagen resquebrajada, carente de un perfil definido. Y si esa imagen es difusa. Significa que no hay, de verdad, una nación con propósitos claros y fundamentos sólidos. Lo que hay es un sancocho montado sobre una falsa simbología y una legislación caótica nacida de una base social y económica corroída por la anomia.

En estas condiciones, para construir nación, habría que definir la clase de célula primaria sobre la cual queremos que ella se asiente. O, al contrario: para construir una familia, habría que establecer cuál es la clase de nación que más se aviene con ese tipo de familia y, hecho esto, proceder a edificarla. Cualquiera de estos dos caminos que se tome, daría lugar a la consolidación de una verdadera nación.

A mí me parece que la Corte Constitucional, mediante sus actos de convalidación y de reproche, de ciertas y determinadas formas sociales y culturales, está tratando de dar elementos para que, sobre la base de una tipología familiar múltiple, se edifique una sociedad pluralista, es decir, una organización en la que quepan, sin distingos ni exclusiones, todas las manifestaciones humanas.

Hasta qué punto, me pregunto, una sociedad de esta clase, una nación en el verdadero sentido del término tiene futuro por esta vía. Mi respuesta es que si procedemos con mentalidad abierta a ese caos social que subyace hoy puede dársele, ciertamente, por esa vía, el perfil de un caos organizado. Por ese sendero, sin duda, puede construirse un país de mil rostros. Puede, incluso, forjarse una nación con un fundamento múltiple. Pero lo que no creo es que esa falta de individualidad básica pueda conducir a un destino único.

Mi conclusión, entonces, se orienta a pedir a los organismos de poder y a las fuerzas políticas, no seguir en el sinsentido sempiterno, que se esfuercen más en tratar de modificar el entorno social y económico en que se hallan inmersos los diversos tipos de familia, y menos

en tratar de acomodar, a modo de un emplasto, esas tipologías familiares a un medio social anarquizado y carente de unos propósitos comunes.

Si mi observación satisface, propongo reconocer que éste es un país de regiones y, una vez hecho este reconocimiento, los invito a decidirse por hacer de cada región, de cada formación social, un ente autónomo, fundado

en su identidad histórica, cultural y ambiental con su propia y unitaria célula familiar, sus propios valores y sus propios propósitos comunes. Quizás de esta forma, superados los patrioterismos artificiales que tanto daño nos han hecho a lo largo de la historia, podamos romper el cuello de botella en que nos hallamos. Son ideas para un debate. **bU**

Bibliografía

BETANCUR JARAMILLO, Carlos (Comp.). *Constitución Política de Colombia: índice analítico*. Bogotá: Señal Editora, 1991

NIEBLES OSORIO, Edgardo. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Librería Ediciones del profesional Ltda. 2004.

GUTIÉRREZ DE PINEDA, Virginia. *La familia en Colombia: estudio Antropológico*. Centro de Investigaciones sociales, Serie Socioeconómica No. 7 .Bogotá- Friburgo (Suiza). CIS-FARES, 1962.

_____. *La familia en Colombia: transfono Histórico*. Serie Latinoamericana. Bogotá, Facultad de Sociología, Universidad Nacional de Colombia, 1963.

_____. *Familia y Cultura en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1968.

ECHEVERRI ANGEL DE FERRUFINO, Ligia. *La familia ante la ley*. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1981.

_____. *La Familia de Hecho en Colombia: constitución, características y consecuencias socio-jurídicas*. Bogotá: Ediciones tercer Mundo, 1984.

_____. *Antropología y Familia*. Bogotá: Ediciones Tercer Mundo, 1985.

_____. *Familia y Vejez: realidad y prospectiva en Colombia*. Segunda Edición Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1994

_____. *La familia colombiana del futuro*. Bogotá, Centro de Estudios Sociales,. Serie Maestros y Maestras. Universidad Nacional, 2003.

_____. *Aproximación a un balance sobre los efectos de la Constitución del 91 en materia de familia*. Medellín. En: Berbiquí Revista de Jueces y Fiscales de Antioquia # 31,, 2005

Sentencias:

Datalegis. Jurisprudencia colombiana Publicación electrónica. 2006

Sentencias de la Corte Constitucional C-174 de 1996: C-182 de 1997; T- 219 de 1993: - 404 de 1998, contenidas en Gaceta Constitucional www.minjusticia.gov.co, 2006.