

# LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991\*

*Mario Germán Iguarán Arana*

**L**A CONSTITUCIÓN POLÍTICA de 1991 coloca a la familia en lugar preeminente de la sociedad al tener a esa célula social como base de la articulación colectiva desde su artículo 5º, en el cual impone al Estado la obligación de ampararla «como institución básica de la sociedad». En otras palabras, la prevalencia de los derechos que se relacionan con la familia es un principio constitucional fundamental, esto es, es una norma rectora de la misma Constitución Política.

Para los correligionarios de que la familia es núcleo esencial de la sociedad y del Estado mismo representa un verdadero logro constitucional el de considerar a esa institución con dicho alcance, lo cual impone a la Administración el desarrollo de acciones para su protección, al legislador la definición de los derechos que le corresponden y al juez la predisposición de fallar en favor de la familia, todo ello de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 42 de la Constitución.

El artículo 42 retoma el criterio inicial, esto es, el criterio del artículo 5º, al dar a la familia el carácter de «núcleo fundamental de la sociedad», distinguiendo dos categorías de la misma, la natural y la jurídica: esta última se constituye mediante el vínculo institucional del matrimonio, al paso que la primera es un simple efecto de la voluntad «responsable» de constituirla.

A la par y con una orientación garantizadora, el artículo 42 impone no sólo al Estado sino también a la «sociedad», la protección «integral de la familia», para luego traer la especificación de la facultad legislativa y así determinar, entre otros aspectos que se relacionan con la familia, el patrimonio familiar inalienable e inembargable, el respeto entre sus miembros, la procreación a través de la inseminación artificial. El artículo 42 establece reglas básicas a las cuales debe sujetarse el legislador en relación con expresiones de violencia en la familia (art. 12 C. P.), la progeneritura responsable, el número de hijos y la responsabilidad de los padres en su educación y sostenimiento, las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo y los efectos civiles del matrimonio, etc.

El nuevo ordenamiento constitucional de la familia ha permitido el amparo del derecho a tener una familia en casos como los siguientes:

1. Cuando la ley eximió del servicio militar al «varón casado que haga vida conyugal» estaba defendiendo la familia, que de acuerdo con los criterios ético-jurídicos que primaban antes de la nueva Constitución merecía protección úni-

\* Lectura para el Módulo Introdutorio de la Especialización en Derecho de Familia de la Universidad Externado de Colombia.

camente cuando se formaba por el vínculo matrimonial; pero a la luz de los principios profesados por el constituyente de 1991, la familia que se origina entre compañeros permanentes, en las condiciones previstas por la ley, merece también reconocimiento y protección; de manera que el varón en estas condiciones debe ser así mismo objeto de la exención que se otorga al casado.

Cuando se atentó contra el derecho a constituir una familia de una mayor de la Fuerza Aérea Colombiana. La mayor contrajo matrimonio católico con un teniente de la FAC, quien sufrió un accidente de aviación que le causó la muerte, en desarrollo de sus actividades profesionales y propias del servicio. Entonces conoció a un médico, coordinador docente del Departamento de Medicina Interna del Hospital Universitario Simón Bolívar –quien se encontraba separado en forma definitiva de su primera esposa, en virtud de sentencia judicial–, y estableció con éste una relación amorosa, por lo cual tomaron la decisión de contraer matrimonio civil en la ciudad de Ureña, Venezuela, en octubre de 1993.

Previo a la celebración del matrimonio y en observancia de los reglamentos que deben cumplir los miembros de las Fuerzas Militares, la mayor se dirigió al Departamento de Personal EMA-1, para informar su decisión, con el fin de que sobre el posible cónyuge se realizara un estudio de seguridad. Así mismo solicitó al comandante de la FAC autorización para salir del país.

De los oficios presentados por la mayor al Departamento de Personal y al comandante del Ejército no se recibió respuesta alguna, a pesar de que según memorando interno la solicitud de matrimonio cumplía los requisitos. Por el contrario, el comandante de la FAC la citó con el fin de solicitarle que no se casara por lo civil, ya que dicho matrimonio no producía efectos en Colombia y la nueva situación atentaría contra la moral y las buenas costumbres de la institución, petición a la que no accedió la mayor.

Después de celebrado el matrimonio, la mayor se presentó ante el comandante de la FAC y le informó sobre el acontecimiento, pero éste la previno respecto de las posibles consecuencias, manifestándole que podía tener implicaciones semejantes a las que tuvo para una cabo segunda, quien fue llamada a calificar servicios por haberse embarazo sin contraer matrimonio.

Además de lo anterior, el comandante le envió a la oficial un oficio, el cual señalaba que «con base en la comunicación verbal recibida por este Comando de parte de la señora Mayor, se considera que la moral y las buenas costumbres dentro de la institución se han visto afectadas por las circunstancias que rodean la situación de hecho adquirida por usted en razón al matrimonio celebrado en Venezuela y sin ningún efecto jurídico en Colombia.

«Si bien es cierto que el estado civil que ostenta le permite contraer matrimonio por el rito y en el lugar deseado, también lo es que su condición de militar, adquirida voluntariamente, le impone la observancia de la normatividad especial que rige para las Fuerzas Militares, no obstante la modernización de las instituciones permite relaciones de hecho que son protegidas por la Constitución Política de Colombia.

«Como consecuencia de lo anterior la señora Mayor, y conforme a las reglamentaciones vigentes, se abstendrá de concurrir en asocio de su compañero a todos los actos de servicio o fuera de él en los establecimientos militares y clubes, y de igual manera de solicitar vivienda fiscal.

«En observancia de la Constitución Política, que prima sobre cualquier norma legal o reglamentaria, este Comando no impondrá sanción alguna a la seño-

ra Mayor a pesar de que con su conducta infringió el Reglamento de Régimen Disciplinario. Pero al tenor de la prevalencia de normas y en absoluto respeto de la ley, ordena que dicho informe sea comunicado de manera personal a la interesada, y así mismo se allegue copia de éste a su hoja de vida».

Dicho comandante resolvió también trasladar a la mayor a la base de Palanquero (Puerto Salgar - Cundinamarca), según información verbal que le suministró a ésta el director de sanidad (e), frente a lo cual la oficial le solicitó que reconsiderara su decisión dado su estado de embarazo. Dicho traslado no se produjo entonces a Palanquero, pero sí a la base de Catam en Santafé de Bogotá, como Jefe de Seguridad Aérea, posición que al decir de la peticionaria no se compadece con su profesión como médica especialista en medicina de aviación.

En dicha oportunidad, se le amparó su derecho a constituir una familia y se consideró que no cabe duda, entonces, que la Constitución Política protege a la familia al darle el mismo valor tanto a la constituida a través de ceremonias religiosas o civiles, como a las que tienen origen en unión de hecho, buscando siempre el que las personas se desarrollen en un entorno familiar, núcleo fundamental de la sociedad. Por esto, se estimó que la relación de la mayor y el médico constituye, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, una unión estable y responsable, la cual a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales debe ser respetada y protegida por el Estado y los particulares.

El artículo 42 trae en su inciso 3º una prolongación de los artículos 15 y 21 de la Constitución Política, para hacer titular a la familia de derechos fundamentales, en los siguientes términos: «la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables». De suerte que los derechos consagrados en favor de ese núcleo básico de la sociedad, en lo relacionado con la honra, la dignidad y la intimidad de la familia, pueden ser objeto del control de tutela, en cuanto prolongaciones naturales de los derechos constitucionales fundamentales consagrados en los artículos 15 y 21 del Estatuto Superior.

Se observa aquí una evolución de aquellos Derechos Humanos en su titularidad, toda vez que inicialmente sólo eran detentados por el individuo, mientras que según el nuevo texto constitucional sus titulares son así mismo entes colectivos como la familia. Interpreta la Constitución Política las tendencias a socializar los derechos fundamentales, haciendo titular de ellos a organizaciones sociales. Otro tanto hace el artículo 42 en sus incisos 4º y 6º al explicitar el fundamental derecho a la igualdad (art. 13 C. P.) en las relaciones familiares, las cuales, según se lee allí, «se basan en la igualdad de derechos» de la pareja y de los hijos.

De lo anterior, los seminarios de discusión de la especialización en derecho de familia de la Universidad Externado de Colombia han colegido que la familia es titular de los derechos fundamentales a la honra, a la dignidad, a la intimidad y a la igualdad de sus miembros; lo que en sentido estricto es una especificidad, que pone de presente el interés del constituyente en garantizar especialmente esos derechos en la familia, en orden a que consultan ingredientes propios de su naturaleza, sin perjuicio del derecho que tiene la familia a ser, según el nuevo orden superior, acreedora del “amparo” del Estado y de la sociedad.

Sobre este particular se observa que el proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia elaborado por el Gobierno y sometido a consideración de la Asamblea Constitucional, en su artículo 30 le daba este último carácter asistencial al derecho de la familia, según el siguiente tenor lite-

ral: «... *Protección a la familia*. 1. Todas las personas tienen derecho a conformar y desarrollar libremente una familia con los efectos que determine la ley. Los poderes públicos protegerán la familia. 2. Los padres tienen iguales derechos y deberes en la educación y cuidado de sus hijos. Deberán prestar asistencia a todos sus hijos mientras sean menores y en los demás casos que establezca la ley. 3. Sólo la ley colombiana regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, la separación y disolución de sus efectos. 4. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. Así mismo, podrá establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable». De suerte que la referencia a derechos fundamentales en el actual artículo 42 de la Carta fue agregado por el poder constituyente, se repite, para ejemplificar y especificar su existencia en favor de la familia.

Por otra parte, es oportuno que el miembro del seminario tenga presente “el derecho a la familia y el principio de unidad”. En efecto, dentro de la concepción individualista, la unidad de familia aparece como el equilibrio entre la libertad de los cónyuges y las exigencias concretas de dicha unidad, en función de los intereses individuales de sus miembros. Supone, pues, una paulatina privatización de las relaciones familiares dentro de la cual se valora la libertad de aquéllos tanto dentro de la convivencia como en el ejercicio del derecho a la separación, cuando la primera no esté ya respaldada por la perduración del consentimiento. En una concepción solidarista, por el contrario, se reconoce que la privatización no puede llevarse hasta el punto de perjudicar a los sujetos más débiles o a la sociedad civil o perjudicar la estabilidad de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y la suerte misma de los niños, los cuales son titulares privilegiados de un interés jurídico superior, una de cuyas manifestaciones es hoy, precisamente, el derecho constitucional prevalente a tener una familia y no ser separado de ella.

Debe adelantarse que como fórmula determinante para proteger la familia, en la Constitución de 1991 se da una especial protección al más preciado de sus elementos, la niñez. En este siglo se aborda la necesidad de proteger la niñez en varias oportunidades, y de manera especial en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas en 1959 y reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 44), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos (art. 10°), para finalmente adoptar una legislación internacional que protege a la niñez de la humanidad, con expresiones bastante más elaboradas desde el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948), en el cual se reconoce a la infancia el derecho a «cuidados y asistencia especiales»; hasta la aprobación por el mismo sujeto internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989. Esta aprobación obedece a diferentes consideraciones: los niños, de manera especial, deben recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad deben crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; deben ser preparados para una vida independiente en sociedad y ser educados en el espíritu de valores fundamentales, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad; el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal,

tanto antes como después del nacimiento; en todos los países hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles que requieren especial atención, con medios como la defensa y protección de la tradición y valores culturales de cada pueblo.

En esa corriente del pensamiento se enmarca el constituyente colombiano de 1991, quien se hizo entre otras las siguientes consideraciones en torno a los derechos del niño:

«El niño no puede ser considerado como un ser aislado. Es producto de la maternidad, la familia y la sociedad. Estas condicionan su existencia por cuanto él evoluciona siempre con respecto a ellos, lo cual hace evidente que el niño es un ser en alto grado indefenso y frágil [...]

«En el siglo XX, una vez superados los problemas de libertad y saciadas las necesidades primarias del hombre, un despertar de la conciencia social llevó a las naciones industrializadas a pensar en el niño y su protección, pues se entendió que éste representa y garantiza el futuro de un pueblo; sin embargo, en los países menos desarrollados el niño continúa siendo el más débil y vulnerable miembro de la comunidad, objeto de malos tratos y desatenciones, a pesar de ser él quien encarna la conservación de la especie.

«[...] En este articulado se distinguen los derechos esenciales del niño que garantizan a éste un desarrollo armónico e integral como ser humano. Estos derechos no sólo están relacionados con la vida, la integridad, el nombre y la nacionalidad, sino que también hacen del niño sujeto de derecho, en la medida en que —por medio de la familia, la sociedad y el Estado— le asegura la salud, la educación y la cultura».

(Ponencia - Informe. Comisión Quinta, *Gaceta Constitucional*, N° 52, p. 4).

De manera consecuente con lo expuesto, el constituyente expidió los artículos 44 y 50 de la Constitución Política: en el primero se consagran «los derechos fundamentales de los niños» y en el segundo se establece un desarrollo a uno de esos derechos, el de la salud.

El artículo 44 enumera como derechos fundamentales de los niños la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, la protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual, explotación laboral o económica y/o trabajos riesgosos, además de los derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y tratados internacionales ratificados por Colombia.

Por las calidades propias del ser infantil, de manera general, sus derechos deben hacerse valer, tradicionalmente por sus mentores, tutores y curadores y ahora, según el inciso 2º, se amplía esa obligación en el texto constitucional a la familia, la sociedad y el Estado. Esos derechos, con las limitaciones propias de su condición humana, mientras adquieren suficiente desarrollo físico y mental, ya que son considerados como incapaces por la ley civil, quiere el legislador protegerlos de manera plena a fin de alcanzar niveles de mejoramiento de la sociedad del futuro.

Esos derechos a pesar de ser tratados globalmente por la norma admiten una distinción: aquéllos que provienen de su condición humana, como la vida, la integridad física, el nombre, la salud, la alimentación equilibrada y todos los que se pueden incluir dentro del concepto de asistencia, y de lo que el Código Civil denomina «una congrua subsistencia», que al tiempo con los demás derechos

fundamentales de los adultos deben ser protegidos en los niños con este último carácter de fundamentales, por su propia naturaleza; mientras que los demás que enuncia la norma tienen el carácter de asistenciales, por lo cual su protección se encuentra deferida a la ley y al desarrollo institucional que los haga realidades concretas. Entre tanto, estos derechos asistenciales pertenecen a la especie de los proclamatorios y finalísticos en la medida en que fijan objetivos prioritarios a la ley y al Estado para su concreción.

Especial mención merece la expresión "Derechos fundamentales de los niños" que trae la norma; el predicado "de los niños" le da una connotación especial a la primera parte de la frase. En primer término, ésta debe interpretarse en concordancia con la última del artículo: «los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás». Así pues, los derechos de los niños tienen en ese sentido una primacía reconocida por el constituyente frente a los derechos de las demás personas. De otra parte, la expresión derechos fundamentales de los niños posee una doble connotación: implica el reconocimiento de la titularidad de que disponen, de los derechos fundamentales, para los enunciados en el artículo 44 y la primacía señalada; y simultáneamente muestra el particular interés del constituyente de habilitar, en el Estado social de derecho, los procedimientos legales y las acciones de la familia, la sociedad y el estado con el propósito claro de hacerlos una pronta realidad en la parte de los derechos asistenciales que se relacionan en el primer inciso, tal como lo estatuye con la lógica proteccionista que le es propia el inciso 2º de la norma comentada.

Por último, debe tenerse en cuenta que en materia de derechos humanos, dentro de los cuales están los derechos de la familia y de los menores, nuestra Constitución Política (art. 93) es lo que en ella encontremos y lo que como tal podamos hallar en los tratados internacionales; en tal virtud, el estudiante, antes que tener a su disposición la misma Constitución o el Código Civil o de Menores, habrá de hacerse a documentos como las convenciones internacionales sobre eliminación de toda forma de discriminación de la mujer o sobre los derechos del niño.

En todos los países del mundo, no sólo en los industrializados sino también en los países en desarrollo, se ha convertido en un motivo de legítima preocupación la necesidad de procurar al niño la satisfacción de sus necesidades físicas, mentales y emocionales.

En la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se reconoció el hecho de que, aun cuando un niño puede ser adecuadamente nutrido (derecho social), su derecho a desarrollarse plenamente no estará suficientemente protegido si no se le educa (derecho cultural), se le permite participar en las actividades culturales y religiosas (derecho cultural), y se le protege contra las violaciones, la explotación laboral y sexual y otros abusos (derecho social y económico).

A nivel familiar, se concede prioridad al crecimiento del cuerpo y la mente del niño en términos de nutrición, educación, cuidado, albergue y otras necesidades. A los padres, según el artículo 27 de la Convención, les incumbe la responsabilidad primaria de procurar, dentro de sus posibilidades, condiciones de vida familiar que garanticen a sus hijos su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Se prevé igualmente en la Convención que los Estados Partes deberán adoptar programas de apoyo a los padres y a las personas responsables por el niño,

con el fin de hacer efectivos estos derechos, particularmente en las áreas de nutrición, vestido y vivienda.

Los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño han sido adoptados por casi todos los países del mundo, y su filosofía y propósitos indudablemente se recogieron en nuestra Carta Constitucional, donde se han consagrado posibilidades que suponen el reconocimiento de los derechos civiles, económicos, sociales, culturales y políticos de la niñez.