

LA IGUALDAD EN LA FAMILIA

Cielo y tierra de la experiencia colombiana

Luis David Durán Acuña

MUCHOS AÑOS DESPUÉS de la divisa *liberté, égalité, fraternité*, en vísperas del tercer milenio, nuestro constituyente incorporó en la Carta de 1991, como ya había ocurrido con anteriores constituciones, el principio según el cual todas las personas nacen iguales ante la ley. En esta oportunidad, como no había ocurrido nunca en las constituciones anteriores, el mismo constituyente le otorgó a la igualdad, además, la naturaleza jurídica de derecho fundamental, y recreó el ambiente para la no discriminación legal y real.

Como en cualquier joven nación, para la consolidación republicana de Colombia fue mucha la sangre de hermanos que corrió; con violencia se pretendió saciar la sed histórica de transformación y cambio, y se quisieron imponer toda clase de ideas, buenas y malas. Pero en medio de ese caos fundamental, del que todavía no hemos podido salir por completo, también hemos visto triunfar el imperio de la razón, fuente del cosmos final. Como otra de las tantas luces al final del interminable túnel, al iniciar la presente década se produjo, por la iniciativa de un grupo de intelectuales que se irradió con facilidad a gran parte del pueblo, la propuesta de deponer totalmente y de manera pacífica la Constitución Política de 1886, en lugar de retocarla con reformas superficiales como varias veces había ocurrido. De esta suerte las armas pudieron cambiarse por el sufragio, y consultado el pueblo para la convocatoria de una Constituyente, ésta se integró por elección popular con miembros de todos los estamentos sociales; entonces, «*El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente*» (Preámbulo) decretó, sancionó y promulgó la Constitución Política de 1991.

El principio de igualdad ante la ley, según lo hemos anunciado, no es nuevo en la historia jurídico-constitucional de Colombia. La evolución filosófica del concepto, y su desarrollo como principio general de derecho, ya se había recogido como herencia europea desde las primeras constituciones de la República. En una sociedad de grandes diferencias socio-culturales y socio-económicas como la imperante durante todo el siglo pasado, el principio de igualdad constituía una necesidad para la paz social, pero ante todo era un argumento sobrado de peso en el campo político, como factor de cohesión contra la corona española, de la cual desde 1810 habíamos comenzado a independizarnos. Tras el primer cuarto del presente siglo, y a una velocidad de vértigo, se transforma la sociedad colombiana y con la influencia de nuevas ideas se hacen bien distintos la necesidad y el propósito de igualdad. Con todo, el principio permanecía en el ámbito metafísico; era entonces, como ocurrió en muchos otros lugares del planeta, una igualdad pura y simplemente formal, plasmada en textos abstractos bellamente escritos; era una igualdad ideal, que al intentar practicarse hacía las veces de una

trampa para el mismo pueblo, convirtiéndose éste en su víctima fácil. Al mismo tiempo el legislador poca intención tenía de crear los medios legales para hacer realidad el ideal, el principio, o, por lo menos, hacer virtualmente posible la no discriminación.

Por ello, en el derecho positivo que imperó hasta hace apenas unos treinta años se palpaba con los dedos un tratamiento discriminatorio que reñía abiertamente, y a los ojos de todos, con el principio constitucional de igualdad legal. Así, pues, parecía natural el desconocimiento jurídico, casi absoluto, de las uniones no matrimoniales, a las que apenas se les otorgó en una época remota de finales del siglo pasado algún efecto en la filiación mediante una presunción de paternidad predicable del varón que vivía en concubinato público; también se aceptaba por la ley que la única forma matrimonial válida entre colombianos bautizados en el seno de la fe católica fuese el matrimonio eclesiástico, con sanción de nulidad absoluta del matrimonio estatal contraído en Colombia entre aquellos mismos. La existencia dentro del matrimonio de una potestad marital producto de la incapacidad legal de la mujer, que conllevaba además su sumisión absoluta al marido y la primacía de la voluntad de éste, era la manera como se manejaban los destinos del hogar, al punto que si la mujer llegaba con bienes al matrimonio, la administración de éstos correspondía al marido. También se contemplaba sin remilgos, a propósito de la filiación, un tratamiento discriminatorio entre los hijos según las circunstancias de su nacimiento, de suerte que los nacidos dentro del matrimonio tenían mejores y mayores derechos frente a sus hermanos, los hijos extramatrimoniales de su padre o de su madre; en algunas épocas se patrocinó incluso la irresponsabilidad de los varones, impidiendo la ley, bajo ciertas circunstancias, que se pudiera establecer la relación paterno-filial; la institución de la patria potestad se desarrollaba como un verdadero poder, con pocos límites, del padre sobre los hijos, que permitía en últimas toda clase de abusos; excepcionalmente la madre podía ejercer la patria potestad; en fin, a propósito de la adopción se establecía que su fin supremo era darle hijos a quien naturalmente no los tenía, consecuencia lógica de una visión individualista pura.

Con todo, el derecho positivo colombiano relativo a la familia conoció también varias reformas que pretendían hacer realidad el legendario principio de igualdad y procurarla, cuando menos, de manera virtual. Fueron reformas paulatinas, espaciadas, muchas veces débiles, pero también las hubo contundentes, impetuosas. En el marco de tales reformas fue autorizado el matrimonio estatal con plenos efectos entre los colombianos católicos, con la posibilidad de disolución del vínculo matrimonial por causa de divorcio (Ley 1ª de 1976), y con reconocimiento paralelo, a elección de los contrayentes, de la forma eclesiástica canónica, que permanecía indisoluble. La mujer casada adquirió capacidad para la administración de sus bienes en la sociedad conyugal (Ley 28 de 1932), así como le fue otorgada plena capacidad legal en todos los otros ámbitos jurídicos, y dejó de estar sometida a la potestad marital, que desapareció por completo (Decreto 2820 de 1974); paralelamente, se atribuyó a la mujer, en conjunto con su esposo, la dirección del hogar estableciéndose que en caso de discrepancia ya no primaría la voluntad del marido, sino que debían someterse las diferencias a consideración del juez (Decreto 2820 de 1974). El monopolio de la patria potestad desapareció también en cabeza del padre, y al atribuirse de manera conjunta a ambos padres devino autoridad parental (Decreto 2820 de 1974). Se abrió la posibilidad de establecer la relación paterno-filial extramatrimonial en

los eventos en los que se encontraba prohibida (Ley 45 de 1936), y se ampliaron los mecanismos legales para lograrla (Ley 75 de 1968). Los derechos patrimoniales de los hijos nacidos en matrimonio y fuera de éste, así como los de los hijos adoptados, fueron poco a poco perdiendo su diferencia contable (leyes 45 de 1936 y 75 de 1968), hasta quedar por completo igualados (Ley 29 de 1982). Por su parte, la adopción mutó de principio supremo, de manera que con ella se daba hogar a quien naturalmente carecía de éste (Decreto 2737 de 1989), como una manifestación primaria de solidaridad social. En fin, se reconocieron algunos derechos patrimoniales en las uniones no matrimoniales, particularmente las llamadas uniones maritales de hecho, esto es las formadas por un hombre y una mujer que sin estar casados entre sí tienen comunidad de vida permanente y singular (Ley 54 de 1990). Nótese que todas estas reformas, y algunas otras que se han quedado en el ordenador, se hicieron bajo el imperio de la Constitución anterior, cuando ya comenzaba a sentirse el peso de las nuevas ideas sobre la igualdad, pero sobre todo, cuando las necesidades de su materialización ya eran irresistibles.

En efecto, las concepciones contemporáneas a propósito de la organización y función del Estado, las nuevas corrientes de pensamiento en torno a la realidad de los principios jurídicos, la necesidad de humanizar el derecho por oposición a corrientes positivistas puras, de una parte, y de otra la emigración del campo a la ciudad, la urbanización consecuencial de la sociedad, la constatación cotidiana de grandes diferencias entre los miembros del grupo social, por decir lo menos, exigía un desarrollo más amplio de los principios generales del derecho, entre ellos el de la igualdad, de suerte que se pudiera compaginar perfectamente el ideal y la realidad.

En el campo jurídico de la familia se tuvo especial cuidado, entonces, en erigir a la categoría de norma constitucional buena cantidad de principios que antes de 1991 formaban parte de leyes ordinarias. Los miembros de la familia vieron cómo sus derechos en ella se transformaron de pronto en derechos fundamentales, amparados, entre otros, por el más expedito de los medios judiciales: la acción de tutela. La igualdad de derechos y deberes, el respeto recíproco, la no violencia intrafamiliar, la armonía y unidad familiares, la honra, la dignidad y la intimidad de la familia, la educación y la salud de sus miembros, en fin, la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los otros asociados, no serían más simples ideales de la ley. Por ser derechos inherentes a la condición de toda persona humana, se debían proteger en caso de violación o amenaza con efectivos instrumentos legales, y aun, en caso de no existir tales instrumentos y para casos extremos de daño irreparable, con el procedimiento preferente y sumario ante cualquier juez de la República mediante la acción de tutela.

En el caso particular del principio de igualdad, el constituyente de 1991 le dio una dimensión diferente a la que tradicionalmente había tenido. De una parte, afirmó el principio de que todas las personas son iguales ante la ley y, por ende, que todas ellas reciben la misma protección y trato de las autoridades, y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación alguna; de otra parte, afirmó también que no todas las personas nacen en iguales condiciones, y por ende, existen discriminados, marginados y débiles económica, física y mentalmente, de manera que no sólo es función del Estado adoptar las medidas en favor de estas personas, sino que impone a la ley un tratamiento especial a ellas. Finalmente, para que estas afirmaciones no carecieran de senti-

do o no se convirtiesen en una simple reiteración del principio, instituyó a la igualdad en derecho fundamental, inherente a toda persona, y como tal, protegido por sobre cualquier otro derecho.

Ahora bien, es precisamente en el ámbito de la familia en donde el principio y el derecho a la igualdad se observan con mayor facilidad en su dimensión real. El menor, el adolescente, el anciano, los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, la mujer, el hombre, tienen todos naturalmente una condición bien distinta, para igualarla, nada más necesario que la imposición de un tratamiento particular en procura de su protección, que garantice el goce real de los derechos, las libertades y las oportunidades que la naturaleza les tiene limitados. Es por ello que en la Constitución de 1991 los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los demás (art. 44 C. P.), y que se establece a cargo del Estado y de la familia una protección especial para los adolescentes (art. 45 C. P.), para los miembros de la tercera edad (art. 46 C. P.), para los disminuidos (art. 47 C. P.), y para la mujeres durante el embarazo y después del parto, y cuando es cabeza de familia (art. 43 C. P.).

De esta manera, la igualdad ya no sigue constituyendo, como en el pasado, el fundamento de todas las relaciones en familia, sino que —como principio y como derecho fundamental— está a la base de las relaciones de la pareja (art. 42 inc. 4º C. P.), de las de todos los hijos frente a sus padres (art. 42 inc. 6º C. P.) y de las de los miembros ancianos y discapacitados frente a todo el grupo familiar (arts. 46 y 47 C. P.). Así, pues, podemos afirmar que la identidad en tratamiento legal se predica solamente entre los pares y que ante los distintos el tratamiento será lógicamente diferencial. Son iguales, entonces, los miembros de la pareja entre sí, los padres entre sí, los hijos entre sí, los miembros débiles de la familia entre sí, pero no lo son el hombre frente a la mujer encinta, los padres frente al hijo, el anciano y el discapacitado frente a los otros miembros de la familia; es un trato diferencial que no discrimina, sino que busca la igualdad real. Ahora bien, por ser una de las fuentes históricas de la discriminación en el ámbito familiar el origen no matrimonial de la familia, como corolario al principio y al derecho a la igualdad, constitucionalmente se reconoció que la familia se funda en vínculos naturales o jurídicos, y en la decisión libre de contraer matrimonio, o en la voluntad responsable de conformarla (art. 42 inc. 1º C. P.).

Fue así como terminó de delinear el constituyente de 1991 el concepto de igualdad. Pero ahora que los años han pasado y que la jurisprudencia ha depurado la dimensión de este principio y del derecho fundamental correlativo, es el momento de compaginarlo de nuevo con las leyes ordinarias, y calibrar el rumbo de la evolución que estamos presenciando. Es importante anotar de pasada que la jurisprudencia ha hecho grandes esfuerzos para lograr una material igualdad en la familia, a través de sus decisiones, pero también ha resaltado, como nosotros ahora, que el turno es del legislador, cuya labor en este ámbito se ha limitado a recuperar la soberanía del Estado en las causas de divorcio en el matrimonio católico —cesación de efectos civiles del matrimonio religioso por causa de divorcio a cargo de los jueces de familia— (Ley 25 de 1992), y a establecer algún límite a la libre administración de los bienes sociales en el matrimonio y la unión marital de hecho, mediante la afectación del inmueble destinado a vivienda familiar (Ley 258 de 1996). Por ello afirmamos que el camino legislativo no se ha terminado de recorrer.

Creemos que la ley en sentido material es el lazo de unión entre el ideal y la realidad; dentro de esta idea, se constituye en el instrumento de la igualdad virtual, que llevará a una real no discriminación de la ley entre los asociados. Como instrumento de la igualdad virtual no basta que en términos legales se repita el principio constitucional; tampoco es suficiente que la misma ley cree los mecanismos necesarios para proteger a los débiles frente a los fuertes, o para hacer efectiva la igualdad entre los pares. Otro antídoto a la discriminación se hace urgente: el idéntico tratamiento a quienes se encuentran en situaciones de hecho similares o idénticas que la misma ley regula. Así, si la familia resulta de la unión en pareja y de la filiación, en cada una de estas situaciones fácticas habrá de darse idéntico o, por lo menos, similar tratamiento legal, de suerte que la brecha entre las instituciones se cierre, y que entre las personas que se encuentren en una u otra situación cese la discriminación que la misma ley patrocina.

La unión en pareja como situación de hecho es siempre la misma, exista o no un vínculo de derecho matrimonial entre sus miembros. Desde el punto de vista fáctico, hay un elemento que permite, a la vez, asimilar y diferenciar la situación: la estabilidad de la unión. Las dos formas de unión en pareja reguladas en nuestro ordenamiento, el matrimonio y la unión marital de hecho, tienen, pues, en común la estabilidad, lo que las diferencia de cualquier otra unión. Por ello creemos que han de tener tratamiento similar ante la ley, como lo propugnaría un adecuado entendimiento del principio constitucional. Sin embargo observamos que cuando el legislador colombiano quiso reconocer las uniones maritales de hecho en 1990, hizo una asimilación parcial de ambas situaciones de hecho.

En lo relativo a los efectos personales, mientras nuestra ley tiene para el matrimonio todo un catálogo de fines, deberes, derechos y obligaciones entre cónyuges, los compañeros permanentes de la unión marital de hecho parecen abandonados a su propia suerte. Así por ejemplo, si el cónyuge víctima del incumplimiento de los deberes y obligaciones por parte de su pareja tiene los medios necesarios para exigir su cumplimiento, o para implorar el divorcio con las sanciones, pocas, que ello implica, el compañero permanente carece absolutamente de los mecanismos legales para exigir cualquier cumplimiento de deberes y obligaciones; de otra parte, la ruptura de la unión marital solamente podrá ser de hecho, con la consecuente pérdida de derechos patrimoniales al cabo de un año de disolución de la unión. Además, la prueba de la unión marital de hecho también es gravosa. No obstante ser dicha unión una situación en pareja constitutiva del estado civil, no puede registrarse como el matrimonio, y por ende, probarse con la correspondiente copia del registro civil. Hay quienes han considerado, incluso, que para probar la existencia de la unión marital de hecho debe recurrirse ante el juez en un procedimiento ordinario, con el propósito de obtener la declaración de su existencia; así mientras no haya mediado la declaración judicial no podría probarse la unión, y al no poder hacerlo la conclusión lógico-jurídica es que la unión marital de hecho no existe jurídicamente.

En el aspecto económico el tratamiento fue algo distinto pero definitivamente incompleto. Por expresa disposición legal, se ordenó la constitución de una sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes con un régimen jurídico casi idéntico al de la sociedad conyugal. Pero al entrar en las minucias de la Ley 54 de 1990 encontramos que legalmente hay un tratamiento discriminatorio entre los miembros de la pareja matrimonial y los de la unión marital de hecho, pues otorga el ordenamiento mejores garantías a la pareja

matrimonial, y por ende le niega parte considerable de derechos a la pareja no matrimonial. Por ejemplo, mientras los esposos contraen en principio sociedad conyugal desde el instante mismo del matrimonio (art. 180 C. C.), los compañeros permanentes han de esperar por lo menos dos años para que entre ellos surja la sociedad patrimonial, siempre y cuando ninguno de los dos compañeros permanentes tenga vigente una sociedad conyugal de precedente matrimonio no disuelto (art. 2º Ley 54 de 1990); nada se dice sobre la preexistencia de otra sociedad patrimonial entre compañeros permanentes de precedente unión marital. De otra parte, en materia alimentaria la obligación no surge por ministerio de la ley entre compañeros permanentes, y en cambio entre esposos se tiene, en principio, derecho a reclamar alimentos aun después del divorcio (art. 411 C. C.). La Ley 54 de 1990 tampoco previó derechos sucesorales en favor de los compañeros permanentes; según la estructura de nuestro ordenamiento, mientras el cónyuge sobreviviente tiene vocación hereditaria en la sucesión *ab intestato* de su consorte cuando no existen legitimarios hijos del causante, bien concurriendo con los legitimarios padres, o bien con los colaterales hermanos en ausencia de aquéllos, y en últimas, recogiendo íntegramente la herencia a falta de éstos, el compañero permanente carece en absoluto de vocación hereditaria *ab intestato*; así mismo, si en la sucesión de uno de los cónyuges el sobreviviente tiene derecho a recibir porción conyugal cuando carece de lo necesario para su congrua subsistencia, al compañero permanente que sobrevive no se le reconoce derecho alguno a la porción, bajo ninguna circunstancia. De otra parte, no estando prohibida la unión marital de hecho cuando alguno de los compañeros permanentes tiene vigente un matrimonio que no ejerce, el solo título de esposo o esposa da derecho a reclamar gananciales en la sucesión de la pareja muerta, con exclusión de todo derecho de la misma naturaleza para el compañero o la compañera permanente. En materia de disolución de las sociedades conyugal –en matrimonio– y patrimonial –en la unión marital de hecho–, también hay tratamiento discriminatorio; en caso de separación de hecho de los esposos, el mero título de casados protege los derechos de gananciales de los separados de hecho permitiéndose que puedan reclamarlos aun después de muchísimos años de separación; la sola separación de hecho de los compañeros permanentes disuelve por ministerio de la ley la sociedad patrimonial, y los derechos gananciales habrán de exigirse dentro del año siguiente a la separación, so pena de perderlos.

Ahora bien, en la otra situación de hecho generadora de la familia, la filiación, también se observan tratamientos legales distintos, según el tipo de filiación de que se trate. De las varias categorías de filiación que contempla nuestro ordenamiento, la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial tienen en común el lazo de sangre que une a los padres con el hijo. Por su parte la adopción –última categoría regulada en nuestra ley– se diferencia de las otras por la ausencia de dicho lazo entre padres e hijo, y se caracteriza, entonces, por el elemento voluntario del prohijamiento, esto es, la voluntad de asumir una paternidad y/o una maternidad que naturalmente no se tiene. La filiación producto de las técnicas de reproducción humana asistida, que no tiene ninguna reglamentación en nuestro derecho positivo, podría muy bien asimilarse a la adopción en cuanto en tales técnicas también se observa el elemento voluntario de asumir una paternidad y/o una maternidad que naturalmente no corresponde. De ahí la necesidad de un tratamiento legal similar a una y otra situación de hecho, el cual no existe en el derecho colombiano actual.

Es cierto, como lo hemos dicho, que desde 1982 el legislador, mediante la Ley 27 de ese año, igualó los derechos patrimoniales de los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos que durante el régimen anterior eran contablemente diferentes. Con todo, permanece vigente una disposición legal que rompe la igualdad establecida desde el punto de vista económico. En tratándose de la filiación extramatrimonial, cuando el hijo demanda la declaración judicial de paternidad luego de fallecido el pretendido padre debe notificar la demanda a los herederos, determinados e indeterminados, dentro de los dos años siguientes a la fecha de la muerte del padre, so pena de perder los derechos como heredero del padre fallecido.

En las filiaciones carnales, matrimonial y extramatrimonial, observamos también que la primera es virtualmente anterior a la segunda; en caso de conflicto de filiaciones entre una filiación matrimonial y una extramatrimonial todavía prevalece la primera aun después de la separación de hecho de los esposos; así, quien es hijo de mujer casada separada de hecho, sigue siendo hijo del marido y su reconocimiento por parte de otro varón está prohibido por la ley con sanción de ineficacia final del acto de reconocimiento, según la jurisprudencia vigente, hasta tanto no sea impugnada la paternidad matrimonial. Ahora bien, en la filiación matrimonial opera la vieja presunción de paternidad que recae sobre el marido de la madre, por la sola prueba del matrimonio; entretanto el hijo extramatrimonial está abocado al andamiaje de un procedimiento ordinario, largo y tedioso, para obtener el establecimiento de su relación paterno-filial, cuando el padre voluntariamente no lo ha reconocido, y todo aun cuando los padres biológicos vivan en unión marital de hecho. Si de impugnación de la paternidad matrimonial o extramatrimonial se trata, las diferencias legales son también grandes. Cada categoría de filiación tiene actores, oportunidades y hechos a probar distintos, que implican a la postre que la filiación extramatrimonial pueda desvirtuarse con mayor facilidad que la filiación matrimonial.

Por otra parte, al no existir reglamentación especial para el establecimiento de la filiación producto de las técnicas de reproducción humana asistida, son incontables las situaciones en las que los hijos nacidos gracias a ellas tendrán una abierta discriminación legal frente a aquéllos que han sido prohijados por ministerio de la ley en la adopción.

Para que no se repita, entonces, la historia de ideales inalcanzables, y para que el principio y el derecho a la igualdad en la familia encuentren medios efectivos de realizarse, no sólo mostramos con orgullo cómo en la experiencia colombiana se ha alcanzado parte del cielo, sino también señalamos con el dedo los errores que en la Tierra se viven todavía.