

The background of the cover is a textured, warm-toned orange-brown surface. Scattered across this surface are several dark brown silhouettes of people in various poses and groupings, suggesting movement and human interaction. In the upper center, three figures are walking away from the viewer. To the left, two figures stand together. In the middle right, two figures are walking towards the viewer. In the lower left, a small child is walking with a taller figure. In the lower right, two figures are walking towards the viewer. The overall composition is abstract and evocative, representing the diverse and complex nature of contemporary families.

Clara Carolina Cardozo Roa  
Karol Ximena Martínez Muñoz  
Francisco Ternera Barrios  
EDITORES ACADÉMICOS

# Retos del derecho de familia contemporáneo





Universidad del  
**Rosario**

# **Retos del derecho de familia contemporáneo**

## **Retos del derecho de familia contemporáneo**

### **Resumen**

Esta obra, que reúne un grupo de destacados académicos y profesionales, presenta reflexiones sobre distintos problemas jurídicos que, fruto de los cambios sociales y normativos, han desafiado al derecho de familia durante las últimas décadas. Dentro de este marco, el texto aborda, con una mirada práctica, analítica, crítica y reflexiva, asuntos relativos a la familia, los cuales son revisados desde ámbitos tan variados como la Constitución, el género, el derecho penal, el derecho de sucesiones, la seguridad social, la migración, la discapacidad y el régimen jurídico de los niños, niñas y adolescentes.

*Palabras clave:* Derecho de familia, constitucionalización, género, infancia y adolescencia, retos.

## **Challenges of contemporary family law**

### **Abstract**

This book, with the participation of a group of leading scholars and practitioners, offers reflections on different legal problems that, as a result of social and regulatory changes, have challenged family law in recent decades. Within this framework, using a practical, analytical, critical, and reflective approach, the study addresses issues related to family, which are reviewed from areas as varied as the Constitution, gender, criminal law, inheritance law, social security, migration, disability, and the legal regime of children and adolescents.

*Keywords:* family law, constitutionalization, gender, children and adolescents, challenges.

### Citación sugerida / Suggested citation

Cardozo Roa, Clara Carolina, Martínez Muñoz, Karol Ximena y Ternera Barrios, Francisco (eds.), *Retos del derecho de familia contemporáneo*. Bogotá, D. C., Editorial Universidad del Rosario, 2022.  
<https://doi.org/10.12804/urosario9789587848663>

# **Retos del derecho de familia contemporáneo**

Clara Carolina Cardozo Roa  
Karol Ximena Martínez Muñoz  
Francisco Terner Barrios

*—Editores académicos—*

---

Retos del derecho de familia contemporáneo / Clara Carolina Cardozo Roa, Karol Ximena Martínez Muñoz, Francisco Ternera Barrios, editores académicos. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2022.

xvi, 493 páginas

Incluye referencias bibliográficas.

1. Derecho de familia - Siglos xx y xxi. 2. Familia - Legislación - Colombia. 3. Relaciones familiares (Derecho) - Colombia. 4. Matrimonio - Legislación - Colombia. 5. Violencia familiar - Legislación - Colombia. I. Cardozo Roa, Clara Carolina. II. Martínez Muñoz, Karol Ximena III. Ternera Barrios, Francisco. IV. Universidad del Rosario. V. Título.

346.015 SCDD 20

Catalogación en la fuente - Universidad del Rosario. CRAI

DJGR

Noviembre 29 de 2021

---

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995



© Editorial Universidad del Rosario  
© Universidad del Rosario  
© Varios autores

Editorial Universidad del Rosario  
Carrera 7 n.º 12B-41, of. 501  
Tel: 601 2970200 Ext. 3112  
[editorial.urosario.edu.co](http://editorial.urosario.edu.co)

Primera edición: Bogotá D. C., 2022

ISBN: 978-958-784-864-9 (impreso)  
ISBN: 978-958-784-865-6 (ePub)  
ISBN: 978-958-784-866-3 (pdf)  
<https://doi.org/10.12804/urosario9789587848663>

Corrección de estilo: Ludwing Cepeda Aparicio  
Diseño de cubierta: César Yepes y Luz Arango  
Diagramación y desarrollo de ePub: Precolombi EU-David Reyes

Hecho en Colombia  
*Made in Colombia*

Los conceptos y opiniones de esta obra son responsabilidad de sus autores y no comprometen a la Universidad ni sus políticas institucionales.

El contenido de este libro fue sometido al proceso de evaluación de pares, para garantizar los altos estándares académicos. Para conocer las políticas completas visitar: [editorial.urosario.edu.co](http://editorial.urosario.edu.co)

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito de la Editorial de la Universidad del Rosario.

# **Autores**

## **Clara Carolina Cardozo Roa**

Profesora temporal de la Universidad del Rosario.

## **Karol Ximena Martínez Muñoz**

Profesora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

## **Francisco Ternera Barrios**

Magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

## **Juan Enrique Medina Pabón**

Abogado y profesor emérito de la Universidad del Rosario.

## **Alma Beltrán y Puga**

Profesora principal de carrera, Facultad de Jurisprudencia, de la Universidad del Rosario.

## **Luisa Fernanda González Nieto**

Coordinadora del Área de Derecho de Familia y de la Clínica Jurídica contra la Violencia Intrafamiliar y de Género vIG del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario.

## **Rosa Elizabeth Guío Camargo**

Profesora de la Universidad Nacional de Colombia.



**María Camila Correa Flórez**

Profesora principal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario

**Adriana Camacho-Ramírez**

Profesora de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

**Bernardo Alonso Wilches**

Profesor de Derecho Laboral de diferentes universidades. Asesor y litigante.

**Gustavo Alberto Manzo-Ugas**

Profesor de escalafón con grado de asistente de la Universidad Central de Venezuela y profesor contratado nivel 6 de la Universidad Metropolitana.

**Cecilia Díez Vargas**

Directora de la especialización en Derecho de Familia de la Universidad del Rosario.

**Mateo Vargas Pinzón**

Socio de práctica de la firma Mauricio A. Plazas Vega Abogados & Cía.

# Contenido

## Presentación

### La constitucionalización del derecho de familia

*Karol Ximena Martínez Muñoz*

#### Introducción

La constitucionalización del derecho de familia

El derecho a la igualdad

La familia como núcleo esencial de la sociedad

Derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad

El deber de solidaridad

Conclusiones

Bibliografía

Jurisprudencia

### Familia fáctica: enredo jurídico

*Juan Enrique Medina Pabón*

#### Introducción

La familia como institución jurídica

Matrimonio y sus efectos

Consecuencias jurídicas derivadas del matrimonio

Los deberes conyugales

Dirección conjunta del hogar

Comportamiento respetuoso y solidario entre la pareja y con los hijos

La conformación de un patrimonio común y su administración

La obligación alimentaria

Vocación herencial

Derecho a indemnizaciones por afectación del cónyuge

Obligaciones

Facultades jurídicas e impedimentos de actuación

Extinción del matrimonio

La filiación de origen matrimonial

La filiación adoptiva en la familia matrimonial

Relaciones paternofiliales

Otros designados para proteger a los menores y el cumplimiento de los deberes familiares

La familia recompuesta o ensamblada

[La familia de derecho ante la pluralidad cultural y étnica](#)

[Familia uniparental de derecho](#)

[Formas maritales fácticas](#)

[La unión marital de hecho](#)

[Otros efectos de la unión](#)

[¿Genera estado civil?](#)

[El parentesco afín extramatrimonial y su extensión](#)

[Deberes y obligaciones en la unión marital de hecho](#)

[La sociedad patrimonial](#)

[Disolución y liquidación de la sociedad patrimonial](#)

[Terminación de la unión marital de hecho](#)

[Otras formas familiares fácticas](#)

[La situación de la unión del casado](#)

[Familia ensamblada fáctica](#)

[Hijos que no provenían de matrimonio](#)

[Relaciones jurídicas surgidas de la filiación extramatrimonial](#)

[Filiación uniparental fáctica](#)

[Incorporación filial fáctica](#)

[Efectos jurídicos derivados de la filiación de crianza](#)

[Extinción de la filiación de crianza](#)

[Efectos de la extinción de la filiación de crianza](#)

[La filiación fáctica en la familia uniparental](#)

[Filiación fáctica por “ensamble familiar”](#)

[La “reforma” requerida para tener un sistema jurídico de familia](#)

[fundamentado y coherente](#)

[Bibliografía](#)

## **Debates contemporáneos sobre derecho de familia, género y sexualidad**

*Alma Beltrán y Puga*

[Introducción](#)

[El excepcionalismo del derecho de familia y la dogmática familiar](#)

[La crítica jurídica feminista al derecho de familia: la intervención del](#)

[Estado y el mercado en las relaciones familiares](#)

[Desafío y redefinición de conceptos tradicionales del derecho familiar](#)

[El matrimonio \*queer\*](#)

[Alimentos y redistribución de bienes después del divorcio](#)

[Filiación y técnicas de reproducción asistida](#)

[Violencia doméstica](#)

[Conclusiones](#)

[Bibliografía](#)

## **El *nasciturus* o *foetus*: historia de un olvido**

*Luisa Fernanda González Nieto*  
*Francisco Ternera Barrios*

Introducción

Aproximación al concepto de personalidad

La “personalidad”: un concepto en construcción

La “personalidad” del nasciturus

Aproximación al concepto de condición

La tipología condicional

Los estados condicionales

Consecuencias del caso concreto

Una personalidad condicionada

El sabotaje del alumbramiento

Los deberes jurídicos y el *nasciturus*

Aproximación al concepto de deber jurídico general o débito general:  
la obligación o derecho personal (el crédito-débito)

El crédito

El débito (prestación o deuda): un bien incorporal

Los deberes jurídicos generales o débitos generales

Los deberes jurídicos generales y el concebido

Una consecuencia puntual de la violación del deber jurídico del  
art. 91 C. C.: la indignidad

Conclusiones

Bibliografía

Jurisprudencia

**La voz del niño en la familia: reflexiones sobre la *in-fans* y  
la titularidad activa de derechos**

*Rosa Elizabeth Guío Camargo*

Introducción

Aproximación histórica y los derechos de los padres sobre los hijos  
entre 1887 y 1989

El inicio de la voz del niño en la familia: un paso adelante con la  
Convención de los Derechos del Niño, y ¿un paso atrás con el Código  
del Menor?

La voz del niño en la familia en el periodo 1989-2006: el rol de la  
jurisprudencia constitucional

La voz del niño en la familia en el periodo 2007-2020: la consolidación  
normativa y jurisprudencial del respeto por las opiniones del niño

Conclusiones

Bibliografía

**La violencia doméstica en el Código Penal colombiano**

*María Camila Correa Flórez*

[Introducción](#)

[La protección penal de la familia](#)

[La violencia doméstica en el Código Penal colombiano](#)

[El delito de violencia intrafamiliar](#)

[Los agravantes de parentesco](#)

[Violencia doméstica y violencia contra la mujer](#)

[La importancia de la comprensión de la violencia doméstica y su sanción en el Código Penal para comisarios y comisarías de familia dentro del trámite de medidas de protección](#)

[Conclusiones](#)

[Bibliografía](#)

[Jurisprudencia](#)

[Normas e instrumentos internacionales](#)

[Documentos](#)

## **Nuevas formas de familia y su goce de la seguridad social**

*Adriana Camacho-Ramírez*

*Bernardo Alonso Wilches*

[Introducción](#)

[El cambio del modelo actual de familia](#)

[La nueva forma de familia y los nuevos derechos originados en materia de seguridad social](#)

[Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia](#)

[Composición del núcleo familiar ampliado. Parejas del mismo sexo como beneficiarios del sistema de pensiones](#)

[Pensión de sobrevivientes](#)

[Pensión familiar](#)

[Derecho de afiliar al compañero permanente al Sistema General de Seguridad Social en Salud](#)

[La seguridad social para los hijos no biológicos ni adoptados](#)

[Línea jurisprudencial que ha cambiado la Ley 100 de 1993](#)

[Sobre el Sistema de Seguridad Social Integral y el impacto que genera la extensión del concepto de familia en el mismo](#)

[Conclusiones](#)

[Bibliografía](#)

## **Migración, familia y derecho: un fenómeno mundial**

*Gustavo Alberto Manzo-Ugas*

[Introducción](#)



[Breve referencia comparada a la vinculación de la migración familia y Constitución](#)  
[Diferentes tipos de nomenclaturas migratorias](#)  
[Reunificación familiar y flujos migratorios](#)  
[Matrimonio, divorcio, derecho de visita y manutención de hijos menores](#)  
[Conclusiones](#)  
[Bibliografía](#)

## **Del concepto legal al constitucional de familia en el derecho sucesoral colombiano**

*Clara Carolina Cardozo Roa*

### [Introducción](#)

#### [El concepto de familia pre-Constitución de 1991](#)

[Los descendientes con vocación sucesoral](#)

[Los descendientes extramatrimoniales](#)

[Los adoptivos](#)

[Los parientes no descendientes y el cónyuge sobreviviente como herederos](#)

[Los parientes no descendientes](#)

[El cónyuge sobreviviente](#)

#### [El concepto de familia pos-Constitución de 1991](#)

[Los descendientes tras la Constitución de 1991 y los debates pendientes](#)

[La discusión acerca de la igualdad de los hijos ante la ley](#)

[La tensión por los derechos de los descendientes frente a la autonomía de la voluntad del testador](#)

[Los parientes no descendientes y la pareja en el régimen de la Constitución de 1991](#)

[Las luchas de los ascendientes y los colaterales](#)

[Los derechos sucesorales en la pareja](#)

### [Conclusiones](#)

### [Bibliografía](#)

### [Anexos](#)

## **Guía metodológica: trámite del proceso administrativo de restablecimiento de derechos Código de la infancia y la adolescencia**

*Cecilia Díez Vargas*

*Mateo Vargas Pinzón*

### [Introducción](#)

#### [Autoridades competentes](#)

[Trámite administrativo](#)

[Trámite judicial cuando la autoridad administrativa ha perdido competencia](#)

[Procedimiento único](#)

[Verificación de la garantía de derechos](#)

[Iniciación de la actuación administrativa](#)

[Conflicto de competencia](#)

[Surge la siguiente inquietud: ¿cómo se establece cuál es el juez de familia competente para dirimir un eventual conflicto de competencia entre autoridades administrativas?](#)

[Conflicto de competencia entre autoridades administrativas y judiciales](#)

[Trámite del proceso administrativo de restablecimiento de derechos](#)

[Decisiones que se pueden tomar](#)

[Términos de la actuación administrativa](#)

[Recurso de reposición](#)

[Control de legalidad \(homologación\)](#)

[Declaratoria de la vulneración de derechos](#)

[Declaratoria de la situación de adoptabilidad del niño, niña o adolescente](#)

[Nulidades advertidas durante el proceso de homologación o control de legalidad](#)

[Superación del término de veinte \(20\) días, por parte del juez de familia, previsto para dictar sentencia de homologación](#)

[Seguimiento a las medidas](#)

[Prórroga del término de seguimiento](#)

[Términos generales de la actuación administrativa, incluido](#)

[el seguimiento a las medidas de restablecimiento de derechos](#)

[Pérdida de competencia de la autoridad administrativa](#)

[Nulidades advertidas con posterioridad al término inicial de seis meses, previsto para definir la situación jurídica de los menores de edad](#)

[Superación del término de dos \(2\) meses, por parte del juez de familia, previsto para la definición de la situación jurídica del niño, niña o adolescente respectivo. Comparación con el término de homologación o control de legalidad](#)

[Conclusiones](#)

[Bibliografía](#)

**[Ley 1996 de 2019: visión crítica y retos jurídicos](#)**

*Juan Enrique Medina Pabón*

[Introducción](#)

[Panorámica del tratamiento legal de la discapacidad mental](#)

[Descripción de la persona con discapacidad mental según la Ley 1996 de 2019](#)

[La visión ideal —imaginada— del legislador, frente a la realidad de la discapacidad mental](#)

[El ejercicio de la capacidad legal](#)

[El acto jurídico a la luz de la Ley 1996 de 2019](#)

[Alcance del consentimiento. Vicios de la voluntad](#)

[Otras actuaciones en derecho](#)

[Actos jurídicos particulares creados por la Ley 1996 de 2019](#)

[Los apoyos de la persona con discapacidad mental y su actuación](#)

[Validez e invalidez del acto de la persona con discapacidad mental](#)

[Temas de responsabilidad](#)

[Bibliografía](#)

[Jurisprudencia](#)

**[Conclusiones generales](#)**

# Presentación

El derecho de familia es una de las áreas del derecho que permea, sino no todos, la mayor parte de los ámbitos del ser humano. En efecto, dentro de las relaciones y los vínculos familiares, encontramos toda suerte de conflictos, vicisitudes y controversias. Sirvan de ejemplo —dentro de decenas y decenas de hipótesis— los contornos de la personalidad y de las titularidades de derechos de los individuos, las relaciones familiares que se proyectan a las denominadas sociedades de personas y a los establecimientos de comercio; los regímenes dominicales comunes; las dinámicas sucesorales; los delitos que involucran relaciones familiares; los regímenes de inhabilidades de los servidores públicos; la tasación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales de los parientes de una víctima de un accidente; las dinámicas de la representación entre parientes; las coposiciones de los hermanos, consortes o compañeros; las obligaciones tributarias que se proyectan a grupos familiares, etc. Incluso, desde su génesis, no resulta en absoluto aventurado afirmar que los crímenes, propiedades, contratos y otros tópicos jurídicos tuvieron su hontanar en las dinámicas familiares.<sup>1</sup>

De allí que los cambios sociales, culturales, económicos, políticos y tecnológicos que ha sufrido la sociedad, especialmente en el último siglo, hayan impactado el derecho de familia de manera directa. Justamente, la presente obra tiene como propósito exponer algunos de los desafíos que, fruto de la evolución de la sociedad, han surgido para el derecho de familia.

Para ello, la línea de derecho de familia y personas del Grupo de Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, de donde nace esta iniciativa, invitó a un grupo de distinguidos académicos a identificar problemas de investigación, desde sus áreas de conocimiento, sobre estos desafíos. La gran mayoría de ellos hacen parte de la Facultad de Jurisprudencia. Los restantes desarrollan su labor investigativa en importantes universidades nacionales e internacionales.

Esta obra se encuentra dividida en dos acápite principales. En la primera parte, se abordan temáticas relativas a la constitucionalización del derecho de familia; la familia fáctica; el género y el derecho de familia; el *nasciturus*; la voz del niño en la familia; la violencia doméstica en el Código Penal colombiano; las nuevas formas de familia y la seguridad social; la migración y la familia, y el concepto de familia en el derecho sucesoral colombiano. Todas estas importantes contribuciones plantean problemas de investigación jurídica que son resueltos de manera argumentada por los autores, a partir de la revisión documental de fuentes primarias y secundarias.

Como insumo adicional, la obra, en la segunda parte, ofrece a los lectores dos importantes textos que tienen como objeto, desde una óptica práctica, analítica y crítica, abordar lo referente a: i) el proceso administrativo de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y ii) las consecuencias jurídicas de la aplicación Ley 1996 de 2019.

Dentro de este marco, el primer artículo de la obra, que lleva por nombre “La constitucionalización del derecho de familia”, explora la influencia de la Constitución colombiana en el derecho de familia nacional. Con este



propósito, identifica los derechos constitucionales más importantes que han impactado la regulación de las relaciones familiares.

El segundo texto, denominado “Familia fáctica: enredo jurídico”, presenta un detallado análisis del impacto que genera el reconocimiento de la familia de crianza en el ordenamiento jurídico. Adicionalmente, propone un proyecto de ley que regule la materia y evite la confrontación entre los diversos intereses contrapuestos.

El tercer artículo se titula “Debates contemporáneos sobre el derecho de familia, género y sexualidad”. Allí se analiza la dogmática familiar desde la perspectiva de género y la sexualidad, particularmente, en lo que se refiere a la interpretación normativa de los principios del derecho de familia. Así mismo, se reflexiona, en relación con el matrimonio, el parentesco, los alimentos, la filiación y el cuidado, sobre nuevas categorías que sean más incluyentes de las problemáticas actuales.

Por su parte, el siguiente texto se titula “El *nasciturus* o *foetus*: historia de un olvido”, aborda algunos aspectos de la personalidad del *nasciturus* y exhibe una serie de consecuencias jurídicas frente a este, que han sido “invisibilizadas” por distintas dinámicas, principalmente religiosas.

El quinto artículo, titulado “La voz del niño en la familia: reflexiones sobre la *in-fans* y la titularidad activa de derechos”, explora el creciente reconocimiento que el ordenamiento jurídico ha venido realizando a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y a la importancia del reconocimiento de la toma de sus decisiones frente a los asuntos que los afectan.

“La violencia doméstica en el Código Penal colombiano” es otra de las temáticas que aborda la obra. Como se

desprende de su título, en este capítulo se expone el tratamiento que la legislación penal de nuestro país otorga a esta forma de violencia. Además, se destaca que no toda violencia doméstica es violencia contra la mujer ni toda violencia contra la mujer es violencia doméstica.

Un séptimo artículo se denomina las “Nuevas formas de familia y su goce de la seguridad social”. En este apartado se estudia la manera como el régimen de la seguridad social en Colombia ha ido evolucionando para adaptarse a los nuevos modelos de familia y a las realidades sociales que la impactan.

El octavo acápite del libro se titula “Migración, familia y derecho: un fenómeno mundial”. En este apartado se explican algunos de los principales retos que las figuras de la migración, el asilo y el refugio han provocado en el derecho de familia y sus instituciones.

“Del concepto legal al constitucional de familia en el derecho sucesoral colombiano” es el noveno artículo que compone la presente obra. En él se presenta la manera como el concepto de familia ha evolucionado en el derecho sucesoral colombiano, tanto desde la perspectiva constitucional como legal. En desarrollo de lo anterior, evidencia como el concepto de familia para fines sucesorales es restringido, debido al reconocimiento de la familia nuclear y la aceptación, por parte de la Corte Constitucional, de que el derecho sucesoral es competencia principalmente del legislador.

El capítulo relativo al “Trámite del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes” tiene como propósito que los defensores, comisarios y jueces de familia, abogados, estudiantes, profesores y, en general, cualquier persona interesada en esta temática, conozcan los aspectos más

importantes de dicho procedimiento para su eficaz y efectiva aplicación.

La obra finaliza con un texto novedoso y actual que aborda, desde una visión analítica, crítica y reflexiva, la aplicación de la Ley 1996 de 2019 y sus consecuencias en el sistema jurídico colombiano. Su autor toma como punto de partida la voluntad de quien se encuentra en situación de discapacidad, las posibilidades de su declaración y los vicios el consentimiento. Así como los mecanismos de designación de apoyos y la forma en que se desarrollará la relación entre los apoyos y la persona con discapacidad.

En suma, este libro da cuenta de un importante grupo de retos para el *derecho de familia*. Esperamos que la obra sea no solo de interés y utilidad para la comunidad jurídica, sino que, además, promueva el conocimiento, la reflexión, la investigación y el desarrollo de este importante campo del derecho tanto en el ámbito nacional como regional.

<sup>1</sup> Piénsese, por ejemplo, en el primer crimen, la primera forma de posesión o de propiedad, la primera disputa de tipo obligacional, etc. Véase en el Pentateuco (o la Tora de los judíos): Génesis, 4. En el Corán: Sura V, La mesa, 1; Sura VII, El araf, 29 y Sura XII, José, 47. Véase también Virgilio, *Geórgicas. Libro I*. Disponible en: [http://es.wikisource.org/wiki/Ge%C3%B3rgicas:\\_Libro\\_I](http://es.wikisource.org/wiki/Ge%C3%B3rgicas:_Libro_I). Y Hesíodo. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/522533/hesiodo-los-trabajos-y-los-dias>.

Por ejemplo, para Platón, el “parentesco” es la comunidad de los mismos dioses domésticos. Platón, *Leyes*, Madrid, Edimat, 2012, p. 729. Véase también Von Ihering, Rudolf, *El espíritu del derecho romano*, México, Oxford University Press, 2001, p. 367.

# La constitucionalización del derecho de familia

Karol Ximena Martínez Muñoz<sup>\*</sup>

## Introducción

La constitucionalización del derecho corresponde a una realidad jurídica, por medio de la cual los valores, principios y normas constitucionales impactan el alcance y el entendimiento de las demás normas del ordenamiento jurídico.<sup>1</sup> En este sentido, los ordenamientos transitan de una etapa de legalización a una de constitucionalización.<sup>2</sup>

En términos más precisos, la constitucionalización del derecho conlleva que el Estado, a través de sus actuaciones, garantice el cumplimiento de los principios del Estado social de derecho, a través de la aplicación directa de las normas constitucionales.<sup>3</sup> De esta suerte, el proceso de constitucionalización implica que el ordenamiento jurídico se adapte, oriente y organice a la luz de los parámetros constitucionales, para de esta forma lograr la protección de las libertades, garantías y derechos de los ciudadanos.

La constitucionalización del derecho puede adoptar diferentes dimensiones. Así, para Calderón Villegas, es posible hablar de: i) sobreconstitucionalización, ii) infraconstitucionalización y iii) constitucionalización adecuada.

De acuerdo con la primera, la Constitución establece de manera completa y exhaustiva las reglas prácticas y

principios a los cuales están sujetos las autoridades y los particulares.

Por su parte, la infraconstitucionalización considera que existen ciertas áreas del derecho, como el derecho privado y especialmente el derecho civil, que tienen un contenido y lógica propia, lo cual excluye la aplicación de categorías constitucionales.<sup>4</sup> En este sentido, el derecho constitucional resulta incompatible con dichas áreas.

Finalmente, la constitucionalización adecuada entiende que la Constitución ha definido las cuestiones más importantes de una sociedad, pero no todos los asuntos que conciernen a ella. Por consiguiente, la influencia de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico variará según el área del derecho. Así, áreas como el derecho de familia, el derecho laboral o el derecho procesal penal son susceptibles de una mayor constitucionalización, contrario a lo que ocurre en el caso del derecho contractual o el derecho comercial.<sup>5</sup>

La constitucionalización del derecho genera importantes efectos. Así: i) la Constitución adopta el carácter de una verdadera regla de derecho, lo cual ya no se considera una manifestación política de escasa fuerza obligatoria, ii) modifica el sistema de fuentes normativas, iii) constitucionaliza los derechos y libertades, iv) moderniza el derecho, v) simplifica y unifica el ordenamiento jurídico,<sup>6</sup> vi) limita la discrecionalidad de las autoridades, vii) impone a estas deberes dirigidos a la materialización de los derechos constitucionales y, finalmente, viii) impacta la interpretación de las normas de todo el ordenamiento jurídico.<sup>7</sup>

Ahora bien, el fenómeno de la constitucionalización del derecho no ha estado exento de críticas. En este sentido, se ha considerado que incorpora un elemento político a las



decisiones judiciales.<sup>8</sup> Así mismo, afecta el principio de equilibrio de poderes al otorgar una posición privilegiada o de preeminencia a la Rama Judicial,<sup>9</sup> lo que, además, debilita el poder legislativo.<sup>10</sup> Finalmente, con la constitucionalización del derecho se modifica la estructura de las fuentes del derecho, pues hace que la Constitución sea considerada el origen, centro y fin del ordenamiento jurídico,<sup>11</sup> afectándose de esta forma la relevancia de la ley.

Colombia no ha sido ajena a la constitucionalización del derecho,<sup>12</sup> la cual encuentra sustento en diferentes disposiciones de la Constitución Política de 1991, tales como el artículo 4, que consagra la prevalencia de la Constitución sobre las demás normas, el artículo 11 y siguientes, que establecen los derechos fundamentales, el artículo 182 y siguientes, relativos a la organización del Estado, y el artículo 239 y siguientes, sobre la jurisdicción constitucional.<sup>13</sup>

La constitucionalización del derecho en el ámbito colombiano se evidencia desde el punto de vista de las normas y la actividad judicial. Así, la “constitucionalización normativa”<sup>14</sup> ha tenido lugar a través de la aplicación de los valores, principios y reglas constitucionales en las leyes, códigos y reglamentos. Como ejemplos de lo anterior, pueden mencionarse, entre otros, el Código de Procedimiento Penal, la Ley Estatutaria de Habeas Corpus, la Ley de Habeas Data y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En lo que respecta a la constitucionalización del derecho dentro de la actividad judicial, es decir, cuando se interpretan las normas jurídicas teniendo en cuenta los parámetros constitucionales, su manifestación más importante se observa tanto en las sentencias de constitucionalidad que profiere la Corte Constitucional

como en las decisiones de tutela por medio de las cuales los jueces amparan derechos fundamentales.<sup>15</sup>

Dentro de este marco, el presente texto tiene como objetivo explorar el fenómeno de la constitucionalización del derecho de familia en el contexto colombiano, asunto que ha significado para este campo del derecho un importante reto. Con este propósito, se identifican un conjunto de derechos constitucionales que han sido utilizados por la jurisprudencia para determinar la validez y alcance de la regulación de las relaciones familiares.

### **La constitucionalización del derecho de familia**

Como ha ocurrido en otras áreas jurídicas, el derecho de familia no ha sido ajeno al fenómeno de la constitucionalización. En el caso latinoamericano, la constitucionalización del derecho de familia se explica, en parte, como consecuencia de las reformas constitucionales que varios países de la región adelantaron durante la década de los noventa y principios del nuevo siglo, reformas que incorporaron importantes principios, reglas y obligaciones directamente aplicables a las relaciones familiares.<sup>16</sup>

Dentro de ese grupo de países, se encuentra Colombia, que en 1991 expidió una nueva Constitución que reemplazó a la de 1886. La Constitución de 1991 fue la primera Constitución en la historia del país que hizo referencia expresa a la familia, su formación y naturaleza y otorgó a esta un papel esencial, al considerarla como el núcleo fundamental de la sociedad.<sup>17</sup>

La constitucionalización del derecho de familia en el país ha encontrado justificación, principalmente, en distintos valores, principios y derechos constitucionales. Entre los más importantes, pueden señalarse los siguientes: i) la

protección de la familia como principio fundamental del Estado (artículo 5.º); ii) el derecho a la igualdad (artículo 13); iii) el derecho de las personas a su intimidad familiar (artículo 15); iv) el derecho de la familia a no ser molestada (artículo 28); v) la garantía de no incriminación familiar (artículo 33); vi) el reconocimiento de la familia como núcleo esencial de la sociedad (artículo 42); vii) el deber del Estado de apoyar a la mujer cabeza de familia (artículo 43); viii) el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella (artículo 44), y viii) el derecho de los adolescentes a la protección y a la formación integral (artículo 45),<sup>18</sup> entre otros. Estas normas superiores conforman lo que se ha denominado el derecho constitucional familiar.<sup>19</sup>

Estos principios y derechos han permitido interpretar el alcance de normas de carácter legal, así como determinar su compatibilidad con el régimen constitucional vigente. Lo anterior ha resultado de gran importancia, habida cuenta de que la regulación de los asuntos de familia en Colombia se encuentra principalmente incorporada en el Código Civil (1887), estatuto anterior a la Constitución de 1991. En este sentido, aunque las disposiciones del Código se consideraban conformes con la Constitución colombiana de 1886, con la promulgación de una nueva Constitución, algunas de sus normas perdieron dicha calidad, pues el nuevo orden constitucional responde a una nueva realidad social, y a principios y valores distintos a los imperantes en el siglo xx.<sup>20</sup> De allí que la Constitución de 1991 constituya una de las etapas de evolución más importantes del Código Civil,<sup>21</sup> y, por lo tanto, del derecho de familia.

En virtud de la constitucionalización del derecho de familia, las personas pueden acudir ante el juez constitucional para exigir la aplicación de las normas del

derecho de familia y la protección de los derechos reconocidos en ellas. Así mismo, la Constitución se convierte en fuente primaria de interpretación e integración del ordenamiento familiar y las normas que sean contrarias a la Carta Política pueden ser inaplicadas.<sup>22</sup>

La constitucionalización del derecho de familia ha dado lugar a dos clases de reglas: unas de naturaleza orientadora o básica y otras de índole reguladora. En este sentido se ha señalado:

Otra consecuencia de la constitucionalización del derecho de familia concierne a su composición por dos clases de reglas: unas orientadoras o básicas —las constitucionales— y otras reguladoras, que son las normas legales. Las primeras tienen un propósito, a saber, fijar los principios de la estructura de la familia, dentro de la organización estatal; las segundas, están en los códigos o leyes que los complementan, que rigen la familia directamente, o indirectamente, como sucede con las disposiciones que consagran protección de las instituciones familiares en otros ordenamientos (penal, laboral, etc.). A su vez, las normas orientadoras contienen dos clases de principios: los genéricos, que atañen a la familia como núcleo; y los concretos, que se refieren a ciertas relaciones jurídicas familiares. Un ejemplo de los primeros lo constituye el principio de respeto y uno de los segundos el de la igualdad entre varones y mujeres.<sup>23</sup>

Indicado lo anterior, veamos a continuación el contenido de algunos de los principios y derechos constitucionales que han impactado el derecho de familia.

## **El derecho a la igualdad**

El artículo 13 de la Constitución colombiana establece el derecho a la igualdad como uno de los derechos fundamentales de la persona.<sup>24</sup> En virtud de esta prerrogativa, las personas, no solo deben recibir el mismo trato y protección por parte de las autoridades, sino que,

además, disfrutaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades.<sup>25</sup>

Así, el artículo 13: i) reconoce la igualdad de los ciudadanos ante la ley, ii) prohíbe al Estado y a los particulares discriminar a una persona por razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión política, entre otros criterios, e iii) impone el deber de promover la igualdad de oportunidades o la igualdad material, esto es, el deber público de llevar a cabo acciones concretas dirigidas a beneficiar a grupos discriminados o marginados histórica o sistemáticamente.<sup>26</sup>

El derecho a la igualdad es un concepto relacional, que no implica una distribución aritmética de repartición de cargas y beneficios. Lo anterior, habida cuenta de que, por una parte, conlleva el análisis de dos situaciones o personas que pueden ser comparadas a la luz de un criterio determinado y jurídicamente relevante, y, por la otra, reconoce que toda sociedad debe adoptar decisiones que conllevan, en un determinado momento, mayores beneficios para unos, o mayores cargas para otros.<sup>27</sup>

El derecho a la igualdad constituye una de las principales disposiciones constitucionales que ha permeado las normas del derecho de familia y de personas. Así, por ejemplo, una discriminación basada en el origen familiar implica una clara violación al derecho fundamental a la igualdad.<sup>28</sup>

De esta suerte, con fundamento en el artículo 13 de la Constitución Política, se han declarado inexecutable varias disposiciones del Código Civil que establecían un tratamiento diferencial en razón de la edad y el género de las personas.

Así, en la sentencia C-534 de 2005, la Corte Constitucional, al analizar el artículo 34 del Código Civil, señaló que no era posible establecer tratamientos disímiles

para determinar la incapacidad y la nulidad de los actos de los impúberes, con fundamento en diferencias de género. En virtud de lo anterior, concluyó que la edad de una persona para ser considerada púber o impúber debía ser la misma para hombres y mujeres.

Las normas en materia de matrimonio también han sido impactadas por el artículo 13 de la Constitución Nacional. En esta dirección, se identificó un tratamiento discriminatorio por razones de género en el artículo 126 del Código Civil, pues la disposición establecía el domicilio de la mujer como el lugar en que debía celebrarse el matrimonio ante el juez.<sup>29</sup> De esta manera, la disposición violaba el derecho a la igualdad. Por lo anterior, se determinó que el matrimonio se podía celebrar en cualquiera de los domicilios de los contrayentes.

El matrimonio entre parejas homosexuales es otro de los temas que ha sido revisado desde el prisma de la Constitución. Así, al analizar la expresión “un hombre y una mujer” contenida en el artículo 113 del Código Civil, la jurisprudencia constitucional ha concluido que no existe contradicción entre el requisito de heterosexualidad y los artículos 13 y 42 superiores. A juicio de la Corte Constitucional, aunque la norma civil se refiere a la familia heterosexual, eso no implica la desprotección de otras formas de familia, las cuales también son consideradas institución básica y núcleo fundamental de la sociedad.<sup>30</sup>

La anulación del matrimonio también ha sido objeto del fenómeno de constitucionalización. En esta dirección, el numeral 7.º del artículo 140 del Código Civil establecía como una de las causales de anulación del vínculo matrimonial el que la mujer cometiera adulterio. Esta norma violentaba el artículo 13 superior, en atención a que no imponía la misma consecuencia respecto del hombre. De

esta suerte, no resultaba equitativo ni razonable, bajo un criterio de género, imponer una carga a uno de los miembros de la pareja, mientras se exime de la misma al otro. La señalada norma promovía, además, la discriminación histórica de la que ha sido víctima la mujer, al incentivar la existencia de una sociedad patriarcal en la que el hombre disfruta de mayores prerrogativas y reconocimientos.<sup>31</sup>

Otra norma relativa al matrimonio que establecía una discriminación injustificada y reforzaba los estereotipos de comportamiento de inferioridad y subordinación entre el hombre y la mujer era el artículo 396 del Código Civil. Respecto de dicha norma, la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones “y en haber sido la mujer recibida en este carácter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general”. Lo anterior, por violentar los artículos 1, 13 y 43 de la Constitución.<sup>32</sup> En este sentido, el artículo antes mencionado daba lugar a una situación de desigualdad, pues, mientras el marido no tenía que demostrar ante el juez que había sido recibido como tal en el ámbito social de la mujer, esta sí debía hacerlo.

Así, en la sentencia C-203 de 2019, el Tribunal Constitucional señaló que el Código Civil, en atención a su origen y contexto en el que fue promulgado, tiene un papel claramente patriarcal que otorga a la mujer un papel casi nulo. Con todo, esta concepción fue superada a través de la Constitución Política de 1991 y los tratados internacionales ratificados por Colombia. Bajo esta nueva perspectiva, no es posible establecer diferencias de trato con fundamento en la distinción entre hombre o mujer, de tal suerte que el género no puede otorgar beneficios o colocar a una