



Derecho DE FAMILIA

Apuntes sobre la estructura básica de las relaciones
jurídico-familiares en Colombia

Sandra Milena Daza Coronado

Artículos adicionales de
Salvador Morales Ferrer
Juan Sebastián Melo Baquero



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

SANDRA MILENA DAZA CORONADO. Abogada especializada en Derecho de Familia por la Universidad Nacional de Colombia; especialista en Docencia y Pedagogía Universitaria por la Universidad La Gran Colombia; magíster en Derecho, perfil investigativo, por la Universidad Nacional de Colombia; candidata a doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia; docente e investigadora universitaria. Entre sus publicaciones se encuentran: Lecciones de derecho de familia; El papel de la mujer en la familia, un desafío constitucional; Mujer, familia y sociedad: hacia un nuevo derecho en Colombia, y Apuntes de derecho de familia.

Artículos adicionales de

SALVADOR MORALES FERRER. Abogado no ejerciente, colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Alzira, Nº Colegiado: 1631; Letrado Especialista para actuar en la Jurisdicción de Menores (D. F. CUARTA PUNTO 3º L. O. 5/2000); Doctor en el programa de Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología por la Universidad de Valencia (Estudi General); Título de Experto en Mediación Familiar, Penal y Penitenciario, por la Universidad Cardenal Herrera CEU; Licenciado en Derecho con especialidad en Derecho Privado por la Universidad Cardenal Herrera CEU de Valencia; Certificado-Diploma de Estudios Avanzados TERCER CICLO - DOCTORADO por la Universidad Cardenal Herrera CEU de Valencia.

JUAN SEBASTIÁN MELO BAQUERO. Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Está actualmente desempeñándose en el cargo de Abogado Junior de la firma Capital Law Group S.A.S.



Derecho DE FAMILIA

Apuntes sobre la estructura básica de las relaciones
jurídico-familiares en Colombia

Sandra Milena Daza Coronado

Artículos adicionales de
Salvador Morales Ferrer
Juan Sebastián Melo Baquero

Daza Coronado, Sandra Milena

Derecho de familia: apuntes sobre la estructura básica de las relaciones jurídico-familiares en Colombia / Sandra Milena Daza Coronado, Salvador Morales Ferrer y Juan Sebastián Melo Baquero—
1^a ed. – Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.

348p.; 17x 24 cm. — (Colección Escuela de Maestros)

ISBN: 978-958-8465-60-9

1.Derecho de familia 2. Familia-Legislación-Colombia 3. Adopción-Legislación-Colombia
I. Morales Ferrer, Salvador II. Melo Baquero, Juan Sebastián III Título IV. Colección Escuela de
Maestros

Dewey 346.2 cd21

© Universidad Católica de Colombia

© Sandra Milena Daza Coronado
Salvador Morales Ferrer
Juan Sebastián Melo Baquero

Primera edición, Bogotá, D. C.
Junio de 2015

Dirección editorial

Stella Valbuena García

Coordinación editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

John Fredy Guzmán Vargas

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

Impresión

XPRESS Estudio gráfico y digital S.A.
Bogotá, D. C., Colombia

Facultad de Derecho

Carrera 13 N.^o 47 - 49
Bogotá, D. C.
derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Av. Caracas N.^o 46 - 72, piso 5
editorial@ucatolica.edu.co
www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

Contenido

Prólogo

7

Presentación

9

TÍTULO I

LA FAMILIA Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

13

CAPÍTULO 1

Introducción al derecho de familia

15

CAPÍTULO 2

Protección constitucional de la familia en Colombia

23

TÍTULO II

PARENTESCO, FILIACIÓN Y ADOPCIÓN

69

CAPÍTULO 3

El parentesco

71

CAPÍTULO 4

La filiación

79

CAPÍTULO 5

La adopción

89

TÍTULO III

DERECHO MATRIMONIAL

107

PRIMERA PARTE

RÉGIMEN PERSONAL DEL MATRIMONIO

109

CAPÍTULO 6

Del matrimonio y su celebración

111

CAPÍTULO 7

Ineficacia matrimonial

129

CAPÍTULO 8

Divorcio

137

SEGUNDA PARTE
RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO
189

CAPÍTULO 9

Régimen propio

191

CAPÍTULO 10

Régimen del derecho común

201

TÍTULO IV

UNIÓN MARITAL DE HECHO

235

CAPÍTULO 11

Unión marital de hecho en Colombia

237

CAPÍTULO 12

Situación jurídica de la convivencia surgida entre personas
del mismo sexo en Colombia

269

CAPÍTULO 13

La situación jurídica de la convivencia surgida entre personas
del mismo sexo en España

281

TÍTULO V
OTROS ASUNTOS DE DERECHO DE FAMILIA
293

CAPÍTULO 14
Derechos y obligaciones entre padres e hijos
295

CAPÍTULO 15
Patria potestad
307

CAPÍTULO 16
De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas
331

BIBLIOGRAFÍA
347

PRÓLOGO

Sandra Milena Daza Coronado, la autora de la presente publicación, forma parte de nuestro cuerpo docente; ha estado vinculada de tiempo completo a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, en el área de Derecho Privado, con la especialidad de las asignaturas Derecho de Familia y Sucesiones. Desde ya hace un tiempo considerable viene publicando temas concernientes al derecho de familia colombiano. Le anteceden otros libros de su autoría: *Lecciones de derecho de familia; El papel de la mujer en la familia, un desafío constitucional; Mujer, familia y sociedad: hacia un nuevo derecho en Colombia*, y la cartilla *Apuntes de derecho de familia*, que utilizó como material didáctico en sus clases y fue la primera inspiración para escribir guías de estudio a sus estudiantes.

Nuestra docente, desde comienzos de su vida profesional, emprendió la ardua profesión de la docencia y la investigación, lo que le ha permitido sensibilizarse en la producción académica; lleva ya diez años en la labor, lo que ha hecho posible esta nueva publicación en la materia del derecho de familia, de la que imparte no solo el conocimiento legal y jurídico, sino la búsqueda del precepto y el amaestramiento de esta.

Le extendemos nuestro agradecimiento a la autora, no sin antes aguardar para nuestros lectores que este libro sea el promotor y despierte el interés de la búsqueda insaciable de la investigación científica sobre los problemas jurídicos que actualmente atribuyen importancia y resarcimiento al hoy deslustrado derecho de familia colombiano.

GERMÁN SILVA GARCÍA
Decano de la Facultad de Derecho

JUAN SEBASTIÁN A. PERILLA
Director de Docencia

ÁLVARO ORTIZ MONSALVE
Director del Área de Derecho Privado
Universidad Católica de Colombia
15 de mayo del 2015

PRESENTACIÓN

En los últimos años, el derecho de familia ha suscitado importantes debates en torno a su alcance; por esta razón se hace indispensable consolidar una producción académica que permita establecer posiciones teóricas fundamentadas. Tal es el caso de este libro, en el que la autora presenta los elementos esenciales del derecho de familia desde una perspectiva crítica y establece criterios de interpretación sólidos basados en fuentes jurídicamente relevantes. Por ello, la Facultad de Derecho se siente orgullosa del trabajo desarrollado por la profesora Sandra Milena Daza en el marco de la Escuela de Maestros, escenario desde el cual fue posible contar con esta importante obra.

La Escuela de Maestros nace en el 2012 como una respuesta al enfoque tradicional de educación jurídica que caracteriza a la mayoría de facultades de Derecho en los ámbitos nacional e internacional. Este enfoque entiende al profesor como un sujeto activo del proceso educativo, que debe esforzarse por entregar a los estudiantes una serie de contenidos que han de ser aprendidos en un ejercicio mimético. De esta forma, el mejor estudiante será aquel que pueda comprender con la mayor fidelidad los contenidos transmitidos por el docente y además pueda dar cuenta de ellos en una prueba de evaluación centrada en conocimientos declarativos.

La implementación del enfoque tradicional de educación dependerá de lo que se pretenda alcanzar con el proceso de formación, es decir, de los objetivos educativos. Esto significa que el enfoque tradicional no es necesariamente negativo, pues su legitimidad radica en las aspiraciones de los diseñadores de currículo. En el caso particular de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, los objetivos educativos se adscriben a un enfoque que concibe al estudiante como el protagonista del proceso educativo, al docente como un guía y a la sociedad como la beneficiaria última del proceso de formación. Para materializar el protagonismo del estudiante, se espera que como consecuencia de su participación activa en el proceso educativo, él pueda:

- a. Construir y apropiar conocimientos jurídicos dinámicos, que reconozcan saberes propios de la disciplina y favorezcan también aproximaciones interdisciplinarias.

- b. Desplegar de manera autónoma y permanente mecanismos propios de actualización del conocimiento jurídico, de acuerdo con los cambios y las necesidades particulares del contexto en el cual se encuentren inmersos.
- c. Asumir comportamientos y actitudes éticas tendientes a ordenar el derecho a la justicia.
- d. Desarrollar y consolidar competencias de investigación, interpretación, pensamiento crítico, resolución de conflictos y argumentación.

Los anteriores objetivos educativos impiden la implementación de enfoques tradicionales en los que los estudiantes asuman roles pasivos en su proceso formativo. Se espera y se exige que los estudiantes se alejen de la concepción según la cual el conocimiento jurídico es un conjunto de ideas estáticas y alejadas de la realidad; se espera, por el contrario, que los estudiantes vayan más allá y entiendan al derecho desde el antiformalismo, es decir, comprendan que el derecho es abierto, por lo cual sus normas se estructuran desde múltiples fuentes y, en consecuencia, el rol del operador jurídico consiste en hacer interpretaciones auténticas. Estas interpretaciones deben permitir que los estudiantes aprendan a analizar el derecho de forma crítica, para proponer y, en la mejor de las situaciones, contribuir al fortalecimiento o la creación del mundo jurídico.

Sin duda alguna, pensar en formar abogados desde el antiformalismo es una tarea que ubica al docente en una difícil posición: no basta solamente con transmitir los conocimientos de siempre, sino que deben propiciarse espacios curriculares y extracurriculares para cuestionar tales conocimientos, o bien, para llegar a fortalecerlos o mejorarlos. Sin embargo, en un contexto de educación jurídica marcadamente tradicional resulta particularmente complicado hacer un giro inmediato hacia el antiformalismo, entre otras causas, porque los docentes no saben cómo hacerlo. Por esta razón, la Escuela de Maestros nace con la primera tarea de capacitar a los profesores acerca de las exigencias que el antiformalismo le presenta a la educación y en torno a cómo puede innovarse en los procesos pedagógicos y curriculares en el interior del aula de clases.

Ha de advertirse que iniciar con la Escuela de Maestros no fue tarea fácil; por el contrario, este constituye uno de los grandes retos de las comunidades académicas universitarias: que el profesor entienda que todavía no lo sabe todo y que, a pesar de llevar varias décadas liderando procesos en el aula de clases, puede aprender más acerca de cómo ser docente. A pesar de los muchos esfuerzos por presentar las ventajas de la Escuela de Maestros, esta en sus inicios estuvo



marcada por cuestionamientos por parte de un grupo de docentes. Poco a poco, muchos de estos empezaron a identificar las ventajas de este enfoque tendiente a fortalecer los procesos de enseñanza y aprendizaje, y se comprometieron de manera permanente con la apuesta pedagógica y curricular de la Escuela. Otros docentes no se adaptaron a la necesidad de innovación permanente, así que decidieron partir hacia otras instituciones en las cuales el enfoque iusteórico fuese mucho más acorde con su perfil y aspiraciones.

Es una oportunidad propicia para agradecer a todos estos docentes: a los que se comprometieron de manera decidida con la innovación educativa y a aquellos que se opusieron. Los que se convencieron de la necesidad de implementar enfoques educativos diferentes a los tradicionales —es decir, que entendieron que el estudiante es lo más importante del proceso educativo y que el derecho va más allá de un cúmulo de información perfecta— han permitido que las pretensiones de la Escuela de Maestros impacten de forma positiva en el aula.

Este conjunto de docentes que acude de manera consagrada y responsable a las sesiones de la Escuela, y que se preocupa por generar nuevos conocimientos mediante productos de investigación —como el presente—, está formando con alta calidad a nuestros estudiantes, aportando a la situación personal de quienes acuden a las aulas con el ánimo de superarse a sí mismos y, en últimas, consolidar una mejor sociedad. Por su parte, los docentes que en algún momento estuvieron en desacuerdo con la Escuela de Maestros ayudaron a legitimar la propuesta permanentemente; sin ellos, el proyecto no estaría arrojando los grandes y nobles logros que hoy se hacen evidentes. Sin duda alguna, la oposición legitima las buenas propuestas, como lo es esta: construir un proceso tendiente a innovar en cómo enseñar y aprender derecho.

A pesar de que la Escuela de Maestros se consolida en los ámbitos nacional e internacional como un modelo exitoso de innovación pedagógica y curricular, este aún debe seguir fortaleciéndose. Es necesario que el compromiso con la docencia sea permanente, entender que ser profesor es una elección profesional que va más allá de dictar una clase en los ratos libres y que se comprenda que la educación —en especial la educación jurídica— es una herramienta de transformación social. Los retos a la educación jurídica son muchos, y la Escuela estará en constante compromiso para afrontarlos. La innovación es siempre necesaria, pero con fundamentos sólidos inspirados en objetivos educativos claramente delimitados a partir de cada contexto.

La presente obra, como producto de la Escuela de Maestros, es una muestra clara de cómo afrontar los retos de la educación jurídica. La profesora Sandra Milena Daza ha asumido el reto de cuestionar el derecho y empieza a incursionar en la innovación pedagógica en el interior del aula. Es digno de reconocimiento que la profesora Daza haya asumido el reto pensar y enseñar el derecho de forma diferente, de repensar los enfoques educativos tradicionales, de darle protagonismo a los estudiantes en el proceso de formación y entender que la cátedra magistral requiere ser complementada y reevaluada desde otras metodologías pedagógicas. Sin lugar a dudas, lo más valioso de la labor docente es entender que sus pilares fundamentales son el amor por enseñar, la pasión con la que se haga y la innovación fundamentada y permanente. De nosotros depende contribuir a hacer una mejor sociedad desde el aula, con calidad y compromiso, pues nuestro papel de guías debe servir para empoderar a los estudiantes y así ellos puedan asumir el protagonismo necesario para avanzar.

JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS
DIRECTOR DE DOCENCIA
FUNDADOR ESCUELA DE MAESTROS
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

TÍTULO I

LA FAMILIA Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

1

Introducción al derecho de familia

Breve contextualización

Antes de entrar en materia, vale la pena ubicarnos por un momento en el contexto del derecho romano¹, ya que desde la época de Gayo² y sus estudios separamos el *derecho material o derecho sustantivo* (sustancial) del *derecho formal o derecho procesal*.³ Por lo tanto, y sin restarle importancia al derecho formal, en lo que respecta

¹ Eugéne Petit, *Tratado elemental de derecho romano* (17.^a ed.), México, Porrúa, 2001.

² Jurista romano, del cual no se conoce mayor información sobre su vida ni tampoco su nombre completo. Los datos que algunos autores refieren de él son solo son especulaciones, y ninguna de ellas con certeza. Es muy citado en los libros de derecho romano.

³ En palabras de la Corte Constitucional de Colombia de Colombia, en *Sentencia C-029/95*: “*DERECHO SUSTANCIAL*. Cuando se habla de derecho sustancial o material, se piensa, por ejemplo, en el derecho civil o en el derecho penal, por oposición al derecho procesal, derecho formal o adjetivo. Estas denominaciones significan que el derecho sustancial consagra en abstracto los derechos, mientras que el derecho formal o adjetivo establece la forma de la actividad jurisdiccional cuya finalidad es la realización de tales derechos. *DERECHO PROCESAL*. Las normas procesales tienen una función instrumental. Pero es un error pensar que esta circunstancia lesreste importancia o pueda llevar a descuidar su aplicación. Por el contrario, el derecho procesal es la mejor garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad. Yerra, en consecuencia, quien pretenda que en un Estado de derecho se puede administrar justicia con olvido de las formas procesales. Pretensión que sólo tendría cabida en un concepto paternalista de la organización social, incompatible con el Estado de derecho. *PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL*. Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia ‘prevalecerá el derecho sustancial’, está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el

a esta obra de derecho de familia —y en lo que se centra nuestra atención—, estudiaremos lo que tiene que ver con el derecho material.

Desde esta primera circunstancia nace un conjunto de normas jurídicas sobre el matrimonio y el parentesco, en el que surge la división entre el *Ius quod ad personas pertinet* (normas jurídicas que regulan las relaciones emanadas entre personas y parientes de la familia) y el *Ius quod ad res pertinet* (normas jurídicas que regulan las relaciones patrimoniales de la familia). Las relaciones jurídicas en la familia se integran no solo por disposiciones de orden personal, sino también por las de orden patrimonial.

Deber, objeto, ubicación y definición del derecho de familia

Definición

En un sentido más comprensivo de la realidad, el derecho de familia debe entenderse como el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia.

Deber

Reglamentar las relaciones familiares, es decir, las relaciones vitales que derivan ya no solo del matrimonio y el parentesco, sino de aquellas otras manifestaciones modernas que actualmente proyectan y conciben otras representaciones familiares diferentes a las inicialmente marcadas por el derecho romano durante muchos siglos.⁴

derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio”.

⁴ En la actualidad reconocemos relaciones familiares ya no solo emanadas de la *familia nuclear* (conformada por la madre, el padre y los hijos), sino además la *familia extensa* (conformada por parientes diferentes a los nucleares, tanto consanguíneos como afines, tales como abuelos, tíos, sobrinos, primos, cuñados, suegros e hijastros). También hay que reconocer la *familia monoparental*, constituida por la madre o el padre solteros, y a la que algunos autores llaman *familia ensamblada*, constituida por “los tuyos, los míos y los nuestros”. Además, conviene mencionar a aquellas familias conformadas por otros vínculos distintos a los de parentesco, como es la de la convivencia, solidaridad, hermandad, etc.; y adicionalmente, los que llaman *homoparentales*, para referirse a la convivencia surgida entre personas del mismo sexo; o bien, lo que está de moda: parejas sin hijos, ya sean casadas o estables sin matrimonio. Se recomienda al respecto el artículo “Una generación sin hijos”, publicado en la revista *5sentidos*, de Sura, núm. 97, 2014.

Objeto

De acuerdo con la definición y el deber del derecho de familia, este tendrá por objeto, en el marco de las relaciones familiares, a las personas que integran la familia, en cuanto a las relaciones que emanan ya no solo de la procreación, sino de todos aquellos hilos que entrelazan una comunidad familiar. Esto quiere decir que el organismo natural que fundamenta la sociedad es la *familia*, el cual evoluciona y hace evolucionar a la sociedad, de modo que sus relaciones internas dan impulso a las regulaciones positivas.

Ubicación

Para ubicar al derecho de familia en alguna de las áreas del derecho⁵, vale la pena resaltar que en la academia especializada en el tema se abre el debate en esta materia, puesto que ya hay varios autores que sienten la necesidad de identificarlo como un área más del derecho totalmente independiente. El profesor Antonio Cicu⁶ argumenta que la tradicional bipartición del derecho podría ser sustituida por una tripartición que respondiera a los caracteres particulares que socialmente asumen la familia y sus integrantes, ya que ello debe ser estudiado y expuesto sistemáticamente fuera del campo del derecho privado. Indica además que el legislador, consciente de la importancia de la familia regulada como núcleo esencial de la sociedad, punto intermedio entre el individuo y el Estado, normaliza el derecho de familia desde caracteres especiales (interés superior de la familia) y pareciera asemejarlo al derecho público, sin que en verdad lo sea. Y desiste sin dejar de concebirla como otra rama del derecho privado, aunque independiente del derecho civil.⁷

En el caso colombiano, y compartiendo la idea de Cicu, concebimos que *no* son los fines de los individuos los que determinan a qué rama del derecho pertenece el derecho de familia; son las normas jurídicas las que regulan todo lo concerniente al fundamento mismo de la familia (relaciones privadas tales como el matrimonio). Por lo tanto, ubicamos el derecho de familia en el área del derecho privado,

⁵ Se han reconocido dos áreas del derecho: la privada y la pública. En la primera ubicamos, desde el derecho romano, al derecho de familia; sin embargo, ha sido la evolución del mismo derecho la que genera que algunos autores consideremos que el derecho de familia debe ser independiente de ambas áreas, por su ímpetu en las sociedades modernas y actuales.

⁶ Catedrático en la Universidad de Bolonia, principal defensor de la independencia y autonomía del derecho de familia.

⁷ Antonio Cicu, "La filiación", *Revista de Derecho Privado*, vol. 14, 1930.

porque nuestras normas están contenidas en el Código Civil, pero aun así son diferentes (tabla 1).

TABLA 1. DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO PRIVADO Y EL DERECHO DE FAMILIA

Derecho privado	Derecho de familia
Se regulan conflictos de intereses, principalmente sobre la base de la voluntad y de la responsabilidad de los particulares interesados.	Se garantiza el interés superior frente a los intereses de los individuos.

Fuente: Autora

Lo anterior genera la necesidad de crear un Código de Familia en Colombia. Desde la perspectiva jurídica de muchos, en el país contamos con jueces y magistrados especializados en la materia y dedicados a revisar los *delicados* conflictos que surgen en el seno familiar, los cuales, vale decir, requieren ya no de una simple recopilación de normas, sino de una legislación sistematizada, ordenada y, por supuesto, asequible. Por ello, su legislación no puede seguir dispersa ni desordenada a lo largo del Código Civil colombiano, pues resulta difícil su consulta por su variable modificación y carencia de normas vigentes y actualizadas.

La familia

Concepto

Existen varias acepciones para delimitar el alcance del término *familia*. Suele hablarse desde las perspectivas etimológica, sociológica y jurídica.

Desde el punto de vista etimológico

El término *familia* procede del latín *fames* ('hambre'), que hace referencia al conjunto de personas que se alimentan juntas en la misma casa y a los que un *pater familias* tiene la obligación de alimentar. Se derivó del latín *famulus* ('esclavo'), *famuli*, *famel*, que proviene de *fámulos* (libertos y esclavos que viven con el señor en la *domus*: casa, morada, vivienda, habitación), grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la *gens*. El término se abre cuando se incluye a la esposa y los hijos, quienes le pertenecían legalmente.



Desde el punto de vista sociológico

La sociología jurídica, por su desenvolvimiento y reconocimiento, considera que la familia es una institución social que constituye un régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y la procreación. Está compuesta por individuos conexionados a un progenitor común, y debe fundamentarse en una regulación legal, en función de no depender del arbitrio individual y de que exista certeza de situaciones permanentes o estables.

Desde el punto de vista jurídico

En esta perspectiva hay dos enfoques clásicos: el amplio y el estricto; sin embargo, hay un tercero que forma parte del ejercicio del nuevo derecho en Colombia: el papel que ha desempeñado la Corte Constitucional, como tarea impuesta por el nuevo constitucionalismo.

- a. *En un sentido amplio.* Conjunto de personas entre las que existe algún vínculo jurídico de orden parental o en términos de parentesco. El artículo 2 de la Ley 294 de 1996, desarrollando el artículo 42 de la Constitución de 1991, indica que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, o por voluntad responsable de conformarla. Para efectos de la presente ley, integran la familia: los cónyuges o compañeros permanentes, el padre y la madre de familia (aunque no convivan en un mismo hogar), los ascendientes y descendientes de los anteriores y los integrados en una comunidad doméstica. De acuerdo con el Decreto 2820 de 1974 y el artículo 43 de la Constitución Nacional, no puede afirmarse con fundamento jurídico que la familia gire alrededor de uno solo de los consortes, ya que hombre y mujer, marido y esposa, han sido puestos jurídicamente en un mismo pie de igualdad y, por tanto, ambos comparten la autoridad del hogar.
- b. *En un sentido estricto.* Puede estudiarse desde los elementos contenidos en el Código Civil colombiano, que vinculan y cohesionan a los componentes de la familia y generan así un concepto concreto. Desde el parentesco, se define como el vínculo o nexo jurídico que ata a los miembros de una misma familia. De acuerdo con la vocación sucesoral, únicamente los parientes son los llamados a recoger la herencia del causante. También, desde el criterio económico, se considera como *familia* a todas aquellas personas que viven bajo el mismo techo y satisfacen sus necesidades a costa del padre y de la madre. Por otro lado, el criterio de autoridad supone la existencia de un grupo

ciertamente estable; los cónyuges, en su calidad de padres, son jefes de la familia, la cual se mantendría mientras sus miembros estén agrupados. La autoridad es la que aglutina a los miembros que la conforman.

Es importante aclarar que estos elementos, en la actualidad, se hacen extensivos a los otros tipos de familia que no están considerados en el Código Civil colombiano, pero sí están presentes no solo en la sociedad, sino también en el disperso ordenamiento jurídico.

- c. *Desde el punto de vista de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.* La familia, en cuanto pilar fundamental dentro de la organización estatal, es considerada no solo como núcleo fundamental de la sociedad, sino como una institución básica e imprescindible de toda organización social, como presupuesto de existencia y legitimidad de la organización sociopolítica del Estado. A la vez, ella subsiste como elemento natural y fundamental de la sociedad en el derecho internacional.⁸

Origen

Para efectos del estudio de nuestra materia, resumiremos dos doctrinas básicas en lo atinente al origen de la familia. Por un lado, la *doctrina religiosa* señala que la familia tiene un origen divino. Así, en el primer libro de la Biblia se relata, de forma poética, la creación de la primera pareja: Adán y Eva, y luego el surgimiento del primer núcleo familiar, con sus descendientes Caín y Abel.⁹ Por otro lado, la *doctrina material* está construida con base en los sucesos históricos en los que el ser humano ha transformado su manera de vivir. Sin detenernos en detalles, resaltaremos tres etapas principales: a) *el salvajismo*, etapa en la que no se encuentra principio alguno de organización familiar y sí el predominio de la más completa promiscuidad sexual; b) *la barbarie*, momento en que el hombre se asienta en lugares fijos, y surgen la *gens*, los clanes, las tribus; c) *la civilización*, periodo en que se conoce el principio de monogamia, se establece la filiación por línea del padre (quien aparece ahora como cabeza de la organización familiar), se distingue la familia legítima de la natural y se configuran las primeras manifestaciones tendientes a proteger al grupo familiar.

⁸ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-241/12 del 22 de marzo del 2012*, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; *Sentencia C-577/11 del 26 de julio del 2011*, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁹ Cfr. en la Biblia: Gn 2, 7-22; Gn 4, 1-2.

Naturaleza jurídica

La protección jurídica la reciben los miembros de la familia individualmente considerados, mas no la célula como un todo. Dado que la ordenación de la familia es esencialmente individualista, esta no tiene la calidad de persona jurídica. Además, los derechos y las obligaciones no son predicables de la familia como tal, sino tan solo de cada uno de sus miembros. Las relaciones entre cónyuges, progenitores e hijos están reguladas “por el afecto, el sentido del honor, el impulso altruista y el espíritu de la solidaridad”¹⁰ antes que por el ordenamiento jurídico.

Historia

Históricamente, la familia ha tenido tres momentos principales, a saber: a) inicialmente se denominó a la familia como *la legítima o matrimonial*, siempre y cuando se derivase del matrimonio y su procreación y unión sexual fuesen legítimas; b) por el contrario, la *extramatrimonial* se establece por fuera de las normas matrimoniales; c) *la adoptiva*, además de ser un acuerdo de voluntades mediante el cual el hijo adoptivo tendrá los mismos derechos de un hijo biológico y procreado dentro del matrimonio, es por excelencia una medida de protección. Como lo establece la Ley de Infancia y Adolescencia, en Colombia tan solo se da lugar a la inserción del adoptado en una familia preexistente. El propósito es dar protección al menor y garantizarle un hogar adecuado y estable en el que pueda desarrollarse de manera armónica e integral no solo en su aspecto físico e intelectual, sino también en sus dimensiones emocional, espiritual y social, pues el fin es el establecimiento de una verdadera familia, y no solamente la transmisión del apellido del patrimonio.¹¹

Después de la Constitución de 1991 no hay un único y privilegiado tipo de familia: todas son legítimas y merecen la protección constitucional, sin discriminación alguna. Esto obedece a la naturaleza jurídica de la familia, ya que al ser un organismo natural, su protección constitucional la recibe cada uno de sus integrantes.

¹⁰ Benjamín Flores Barroeta, “La organización de la familia en el derecho italiano y en el mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 48, p. 640.

¹¹ Cfr. Corte Constitucional de Colombia de Colombia, *Sentencia C-477/99 del 7 de julio de 1999*, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

2

Protección constitucional de la familia en Colombia

Resultado de la Constitución de 1991, actualmente la familia colombiana goza de protección constitucional y es considerada núcleo fundamental de la sociedad. Para el derecho, su radio de acción es de gran importancia, por lo cual ha de priorizarse su regulación en el ordenamiento jurídico colombiano y proyectar así la familia como institución básica de la sociedad. Por tanto, la protección constitucional de la familia se resume en nueve fundamentos constitucionales, que son la base mediante la cual el ordenamiento jurídico colombiano, acatando la protección constitucional, la desarrolla legalmente, acogiendo normas internacionales. Dichos fundamentos se presentarán a continuación, desde varios puntos de vista, ya sea desde la Constitución de 1991, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las normas internacionales o el desarrollo legal de la norma constitucional.

Primer fundamento constitucional: la familia y su protección como institución social básica

Para el constituyente de 1991, la familia colombiana está amparada como una institución básica de la sociedad, por cuanto se reconoce el predominio de los derechos que tiene la persona como tal y, a la vez, se valora la importancia de cada uno de los miembros que integran esta institución. Por su gran valor, su protección

está enfocada en tres aspectos: a) *la protección social*, en la medida en que se protege su intimidad y la educación de sus miembros; b) *la protección económica*, en cuanto se protege el derecho al trabajo, a la seguridad social, etc.; c) y *la protección jurídica*, referente a la autoridad y competencia de los distintos poderes públicos, que por medios jurídicos deben proteger la familia, impidiendo los ataques contra ella.

En específico, el artículo 5 de la Constitución Política de 1991 establece: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.¹²

Ahora bien, desde el punto de vista de la jurisprudencia, vale la pena destacar los siguientes fallos.

Sentencia 2001-00757¹³

La Corte Constitucional ha aceptado la existencia de dos tipos de familias en Colombia: i) la biológica y ii) la de crianza, sin embargo, lo cierto es que esa institución no se desarrolla por el vínculo netamente genético o reproductivo, sino que, a *contrario sensu*, su fundamentación reside en la noción de “amor” y su manifestación de solidaridad y afecto (*philia*). En otros términos, según lo precisa la Carta Política en el artículo 42, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos (v. gr. el matrimonio o la unión marital de hecho), pero lo cierto es que su fundamentación filosófica reside en la solidaridad que se profesan los miembros y los integrantes de ese núcleo. Por lo tanto, es una estructura social que se constituye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros. Por lo tanto, si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor los que la estructuran y le brindan cohesión a la institución. Como se aprecia, la familia es el eje central o estructural de la sociedad, la cual debe ser protegida

¹² Este reconocimiento es concordante con el artículo 42 de la Constitución, que será el siguiente fundamento constitucional.

¹³ Consejo de Estado, *Sentencia 2001-00757 del 11 de julio del 2013*, M. P. Dolly Pedraza de Arenas y Enrique Gil Botero: “La familia no sólo se estructura de forma horizontal sino también a nivel vertical”.



por el Estado; aunado a lo anterior, el matrimonio y la familia son instituciones sociales diferentes que si bien están relacionadas son disímiles. En efecto, el matrimonio es una de las formas jurídicas —por intermedio de la celebración de un negocio jurídico— por medio de las cuales los contratantes conforman de manera libre, voluntaria y consensual una familia, sin que la única forma de constituirla sea el vínculo jurídico referido. La anterior ha sido la razón por la cual la interpretación literal del artículo 42 de la Constitución Política ha sido articulada con otras disposiciones superiores, como la contenida en el artículo 13, para determinar que en materia legal existe un déficit de protección en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo, ya que de esas uniones también resulta previsible la posibilidad de conformar una familia. Así mismo, la familia no sólo se estructura de forma horizontal sino también a nivel vertical, es decir, no sólo surge de los vínculos naturales y jurídicos entre dos personas heterosexuales u homosexuales (familia nuclear), sino que también puede surgir a nivel monoparental (uno de los padres y un hijo[a]), o puede ser analizada de forma extensiva, es decir, la que integran abuelos, padres, hijos y nietos (consanguíneos o de crianza). En esa línea de pensamiento, la familia no depende inefablemente del matrimonio, sino que más allá de la existencia de un contrato o vínculo formal, nace de la decisión libre y voluntaria entre dos personas que de manera consciente asumen la existencia de lazos de solidaridad, apoyo, cariño, amor y convivencia que generan cohesión entre ellos, al grado que pueden procrear, adoptar o asumir la crianza de hijos o hijas para acogerlos dentro de la misma. Por consiguiente, hay que superar los atavismos que hacen nugatorio el derecho de las personas de cualquier clase, raza, orientación sexual, etc., a conformar de manera libre y autónoma familia, para dar paso a una protección efectiva y garantista que resalte los derechos de las personas en un verdadero y real plano de igualdad, es decir, la posibilidad de constituir una familia con el ser que se quiere con el fin de proteger a los hijos biológicos, adoptados o de crianza, en un panorama de solidaridad y apoyo mutuo permanente. En conclusión, el matrimonio y, principalmente, la familia han

dejado de ser unas instituciones ancestrales estructuradas sobre conceptos eminentemente biológicos y religiosos; a *contrario sensu*, como lo demuestra la historia, son fenómenos o procesos dinámicos o vivientes que han evolucionado con el paso del tiempo para transformarse o mutar en organismos sociales que pueden presentar diversas manifestaciones, estructuras o integraciones. En esa medida, la familia podrá estar constituida —a modo simplemente ilustrativo— por un padre y una hija, o por una madre soltera con su respectivo primogénito, o por la tradicional decisión libre y voluntaria entre un hombre y una mujer de hacer vida conyugal, o por la decisión libre y voluntaria de dos personas del mismo sexo que se profesan amor y desean realizar vida conyugal. Por lo tanto, la Constitución de 1991 lejos de establecer o fijar una sola concepción de familia, avaló con apoyo en los principios de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad, la posibilidad de configuración de distintos tipos y clases de familia, todas ellas merecedoras de la protección estatal del artículo 42 superior. [...] Así las cosas, tratándose de perjuicios morales será viable que quien invoque la condición de familiar (consanguíneo, afín, por adopción o de crianza) —del núcleo cercano y en los grados que han sido objeto de presunción por esta corporación— y lo acredite en el proceso a través de los diversos medios de convicción será beneficiario de la presunción de aflicción que opera para los grados cercanos de parentesco, sin que le sea exigible la acreditación de tercero afectado, es decir, la prueba directa de la congoja y del sufrimiento. En otros términos, si en el proceso se prueba la condición de familiar de la víctima directa, los demandantes serán beneficiarios de la misma presunción que opera para aquellos que con el registro civil demostraron el parentesco.

Sentencia T-179/93¹⁴

La familia es “institución básica de la sociedad”, en términos del artículo 5º constitucional. Ella es quizá el término intermedio

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-179/93 del 7 de mayo de 1993*, M. P. Alejandro Martínez Caballero: “Protección social, económica y jurídica de la familia”.

entre la persona y el Estado. Por eso se obliga a los poderes públicos asumir una protección en tres aspectos: social, económico y jurídico, a saber: social en la medida en que se protege su intimidad (art. 15) y la educación de sus miembros. Económica en cuanto se protege el derecho al trabajo, a la seguridad social, etc. Y jurídica ya que es obvio que de nada serviría la protección familiar si los poderes públicos no impidiesen por medios jurídicos los ataques contra el medio familiar.

Sentencia del 6 de mayo de 1992¹⁵

En efecto, el artículo 5º de la nueva Carta Política estatuye que “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”; por su parte el artículo 15 prescribe que “todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar...”; en tanto que el artículo 28 garantiza que “nadie puede ser molestado en su persona o familia...”. También el artículo 33 establece que “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”, que son las personas que normalmente integran la familia legítima o la familia natural. Y el artículo 42 categóricamente considera la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”, que se forma por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por su voluntad de conformarla. Y agrega que “el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia [...] la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”. Las anteriores referencias a los textos constitucionales, considerados de manera sistemática, evidencian el grado sumo de protección que el constituyente de 1991 quiso brindarle a la familia, o mejor, a las personas que forman parte de ella.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena, *Sentencia del 6 de mayo de 1992: “Protección de la familia como institución social básica”*.

Segundo fundamento constitucional: derechos fundamentales o básicos de la familia

En concordancia con el razonable señalamiento del constituyente, no basta con exaltar a la familia como una institución social básica si no se le reconocen sus derechos básicos o fundamentales para cumplir con su función. Estos son los que están consagrados en el artículo 42 de la Constitución Política, que tiene un desarrollo legal partiendo del Código Civil y las diferentes modificaciones:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.¹⁶ El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.¹⁷ La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.¹⁸ Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.¹⁹ Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.²⁰ La ley reglamentará la progenitura

¹⁶ Congreso de la República de Colombia, *Ley 54 de 1990*, "Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes". Bogotá: *Diario Oficial* 39615, 31 de diciembre de 1990, artículo 1.

¹⁷ Congreso de la República de Colombia, *Ley 70 de 1931*, "Que autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables", Bogotá: *Diario Oficial* No. 21.706, 5 de junio de 1931, artículo 1 y siguientes.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-179/93*, M.P. Alejandro Martínez Caballero: "Igualdad de derechos y deberes de la pareja."

¹⁹ Congreso de la República de Colombia, *Ley 294 de 1996* "Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar". Bogotá: *Diario Oficial* No. 42.836, 22 de julio de 1996.

²⁰ Congreso de la República de Colombia, *Ley 29 de 1982*. "Por la cual se otorga la igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios". Bogotá: *Diario Oficial* No. 35.961, 9 de marzo de 1982, artículo 1. La igualdad de derechos entre los hijos cobija a los concebidos con asistencia científica: "Se reitera así la absoluta igualdad legal entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos proclamada por el artículo 1º de la Ley 29 de 1982, norma con la cual el derecho colombiano superó de modo definitivo un régimen de filiación abiertamente discriminatorio. Como se recuerda en los textos sobre la materia, sólo en 1936 empezó la ley colombiana a reconocer ciertos derechos mínimos al hijo extramatrimonial, hasta entonces colocado en un injusto plano de inferioridad jurídica" (Roberto Suárez Franco, *Derecho de familia* [tomo I], Bogotá: Temis, 1979, pp. 259-263).