

CIVILIZACIÓN Y TECNOLÓGIA

La familia en el contexto contemporáneo

Vilma Stella Moreno Díaz
Edilberto Melo Rubiano
Diego Hernán Morales Sánchez



La familia en el contexto contemporáneo

La familia en el contexto contemporáneo

Vilma Stella Moreno Díaz
Edilberto Melo Rubiano
Diego Hernán Morales Sánchez



Morales Sánchez, Diego Hernán

La familia en el contexto contemporáneo / Diego Hernán Morales Sánchez, Vilma Stella Moreno Díaz y Edilberto Melo Rubiano, Bogotá: Ediciones USTA, 2020.

196 páginas; gráficos, mapas y tablas

Incluye referencias bibliográficas e índices de autores y temático

ISBN: 978-958-782-325-7

E-ISBN: 978-958-782-326-4

1. Familia – Historia 2. Familias -- Aspectos religiosos 3. Derecho de familia
4. Matrimonio -- Legislación – Colombia 5. Matrimonio civil – Colombia 6. Matrimonio católico – Colombia 7. Mitos y leyendas 8. Familias indígenas I. Universidad Santo Tomás (Colombia).

CDD 306.8

CO-BoUST



© Vilma Stella Moreno Díaz, Edilberto Melo Rubiano y Diego Hernán Morales Sánchez, autores, 2020

© María Esther Novoa Parra, prologuista, 2020

© Universidad Santo Tomás, 2020

Ediciones USTA

Bogotá, D. C., Colombia

Carrera 9 n.º 51-11

Teléfono: (+571) 587 8797, ext. 2991

editorial@usantotomas.edu.co

<http://ediciones.usta.edu.co>

Corrección de estilo: Santiago Flórez

Diagramación y montaje de cubierta: Martha Cadena

Impresión: DGP Editores S.A.S.

Hecho el depósito que establece la ley

ISBN: 978-958-782-325-7

E-ISBN: 978-958-782-326-4

Primera edición, 2020

Esta obra tiene una versión de acceso abierto disponible en el Repositorio Institucional de la Universidad Santo Tomás: <https://repository.usta.edu.co/>

Universidad Santo Tomás

Vigilada Mineducación

Reconocimiento personería jurídica: Resolución 3645 del 6 de agosto de 1965, Minjusticia

Acreditación Institucional de Alta Calidad Multicampus: Resolución 01456 del 29 de enero de 2016, 6 años, Mineducación

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio, sin la autorización expresa del titular de los derechos.

Impreso en Colombia • *Printed in Colombia*

Contenido

PRÓLOGO	
María Esther Novoa Parra	11
EL ROL DEL SUJETO EN LA ANTIGÜEDAD: ESBOZO DE UNA APROXIMACIÓN	17
Diego Hernán Morales Sánchez	
Introducción	17
Generalidades	18
Conclusiones	34
Referencias	35
LA CONFORMACIÓN FAMILIAR EN COMUNIDADES INDÍGENAS DE COLOMBIA	37
Vilma Stella Moreno Díaz Edilberto Melo Rubiano	
Introducción	38
Mitos y leyendas que relacionan el origen del hombre y la fecundidad propia de la conformación familiar indígena	42
Primeros rastros de las comunidades indígenas en Colombia	47
Reconocimiento constitucional e internacional de las comunidades indígenas en Colombia como sujetos colectivos de derechos	49
La problemática del desplazamiento de las comunidades indígenas y su distribución en la geografía colombiana	55
Construcción de familia en las comunidades indígenas	60
Conclusiones	72
Referencias	74

LA FAMILIA: UNA MIRADA DESDE LOS PARÁMETROS DE LA CONSTITUCIÓN DEL 91 Y DE LA IGLESIA CATÓLICA CON LA EXHORTACIÓN APOSTÓLICA <i>AMORIS LAETITIA</i>	77
Vilma Stella Moreno Díaz	
Introducción	78
Generalidades	79
Diversas acepciones en torno al concepto de familia a partir de la Constitución de 1991	83
Desarrollo del concepto de familia a nivel jurisprudencial	86
La importancia de la familia en la Iglesia católica y la carta apostólica <i>Amoris Laetitia</i>	91
Impacto causado a partir de los pronunciamientos judiciales en relación directa con la preocupación señalada en el <i>Sínodo sobre la familia</i> y en la carta apostólica <i>Amoris Laetitia</i>	95
Distribución de la población por grandes grupos de edad (1964 - 2018)	101
Conclusiones	105
Referencias	106
EL MATRIMONIO CIVIL Y CATÓLICO EN COLOMBIA	109
Vilma Stella Moreno Díaz	
Introducción	109
La religión y el ordenamiento civil	111
De la voluntad y otros elementos contractuales en el matrimonio civil y católico	116
El matrimonio como contrato y sacramento	119
La capacidad para contraer matrimonio, limitaciones y nulidades en el matrimonio civil y católico	129
Los efectos civiles del matrimonio civil y del matrimonio católico en Colombia	136
Conclusiones	143
Referencias	144

EXEQUATUR EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO, DESARROLLO PRÁCTICO DEL ESTADO CIVIL FRENTE A LA ADOPCIÓN Y EL DIVORCIO INTERNACIONAL	147
Vilma Stella Moreno Díaz	
Edilberto Melo Rubiano	
Introducción	147
Sujeto de derechos, atributos de la personalidad y estado civil de las personas	150
Estatuto personal, estado civil y régimen de obligaciones en derecho de familia	161
El exequatur en materia de modificación del estado civil de las personas: la adopción y el divorcio internacional con efectos en Colombia	166
Conclusiones	181
Referencias	183
SOBRE LOS AUTORES	189
ÍNDICE ANALÍTICO	191

Lista de tablas

TABLA 1. Selección de leyes y algunos comentarios sobre el Código de Hammurabi	23
TABLA 2. Palabra en castellano: “familia”	71
TABLA 3. Palabra en castellano: “hijos”	71
TABLA 4. Palabra en castellano: “abuelos”	71
TABLA 5. Palabra en castellano: “matrimonio, pareja, hacer que se casen”	72
TABLA 1. Pronunciamientos jurisprudenciales sobre el concepto de familia de la Corte Constitucional	87
TABLA 2. Pronunciamientos jurisprudenciales respecto a parejas del mismo sexo en uniones maritales de hecho y matrimonio, Corte Constitucional y Consejo de Estado	90

Lista de figuras

FIGURA 1. Ubicación geográfica de comunidades indígenas en Colombia	58
FIGURA 1. Estadística sobre el crecimiento de la población adulta	102

Prólogo

La línea de investigación La Nueva Familia y la Constitución del 91, del grupo de Derecho Privado de la Universidad Santo Tomás, encuentra su razón de ser al abordar temas desde una perspectiva centrada en el ser humano y sus derechos fundamentales. Esto implica trascender el contexto nacional, dado que la normatividad que impera en la sociedad contemporánea es la expresión de múltiples voces y realidades que se conjugan y expresan en la comunidad internacional.

Los temas investigados, objeto de esta publicación, se revisan desde fuentes del derecho romano, pero se enmarcan en la segunda posguerra del siglo XX, cuando surge una nueva concepción de persona y de sus derechos, que se materializa en el derecho internacional. Los postulados de esta nueva concepción, con un componente eminentemente secular, inspiraron la Constitución de 1991 en Colombia. El punto de partida de la investigación, que aparece en el primer capítulo de esta publicación, es la persona como sujeto de derechos, deberes y obligaciones. Así se pretende dar soporte a los temas siguientes, evidenciando cómo el devenir de la persona responde a las dinámicas e interacciones de la sociedad y la cultura.

Remontándose a los orígenes remotos de la concepción de persona, el autor describe las particularidades que identificaron este concepto en Babilonia, donde se destacaba su connotación religiosa. En contraste,

para los griegos prima la noción de hombre libre y ciudadano, justificada por leyes naturales o de la polis. No se deja de lado al esclavo, quien, como cosa, podía ser una garantía económica para el acreedor, suplir las necesidades de defensa de territorios amenazados o ser oferta de mano de obra. El autor concluye el escrito con el estatus jurídico que los romanos daban a la persona, que sería para aquellos que reúnen la condición de hombre libre, ciudadano y *Pater familias*, nociones que se proyectaron y han permanecido por largo tiempo arraigadas a la cultura occidental.

El segundo capítulo aborda el tema de la familia, esta vez en torno a las comunidades indígenas, lo que resulta de gran interés para la comunidad académica. El reconocimiento de estas se remonta al 4 de julio de 1976 en Argel, capital de Argelia, fecha en que se hizo la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos. De esta manera, se proclamó que todos los pueblos del mundo tienen el mismo derecho a la libertad y a luchar de manera legítima por su liberación. Para el caso de Colombia, resulta relevante referirse al Derecho de las Minorías, que consagra que un pueblo no puede ser objeto de discriminación en los Estados; por el contrario, debe participar en la vida pública en igualdad de condiciones y tiene derecho a que se respeten su identidad, sus tradiciones, su lengua y su patrimonio cultural.

Es así como en la Asamblea Nacional Constituyente se dio paso al reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de la sociedad colombiana. Esto conllevó el derecho a que comunidades minoritarias dispongan, además, de un territorio, a que se institucionalice la propiedad colectiva y a que, como sujetos de derechos, tengan espacios políticos y sociales de participación con circunscripciones especiales que, sin contradecir la Constitución y leyes vigentes, conserven su tradición y preserven su cultura. Los constituyentes de 1991, conscientes de la vulnerabilidad de las comunidades indígenas en Colombia, y contando con la participación de representantes de estas, lograron incluir el contenido no solo de lo proclamado en la Declaración de los Pueblos, sino también en los convenios, convenciones y pactos internacionales.

Es meritorio el trabajo de campo de las investigadoras para destacar su ubicación, costumbres, el equilibrio de su interacción con el medio ambiente, el compromiso con el desarrollo sostenible y su simbología

al describir, a través de mitos y leyendas, los fundamentos de la institución familiar, como la maternidad y la relación de pareja. De gran valor son los testimonios orales con líderes indígenas, que, sumado a referentes históricos, antropológicos y sociológicos, dan cuenta no solo de la multiplicidad de pueblos a lo largo de la geografía colombiana, sino de la riqueza y variedad de la cultura.

El tercer capítulo presenta, a manera de diálogo, dos miradas sobre una misma realidad: la familia según la Constitución de 1991 y de la Iglesia católica, con ocasión de la publicación de la encíclica *Amoris Laetitia*. Los constituyentes resaltaron que la familia es el núcleo de la sociedad, concepto que, además, trasciende las directrices del parentesco y la filiación, y busca la protección de los derechos fundamentales de sus miembros. Se muestra la tarea de la Corte Constitucional para reconocer el derecho a constituir familias según la nueva concepción constitucional, que incluye a personas de opciones sexuales diversas, la familia de crianza, entre otras.

Cabe destacar que el Estado Social de Derecho desarrolla presupuestos, principios y valores como la igualdad, el pluralismo, la diversidad y la solidaridad, lo cual es novedoso por cuanto el contenido que versa sobre los frecuentes pronunciamientos de la Corte contrasta con la posición de la iglesia expuesta en la encíclica del Papa Francisco, *Amoris Laetitia*. En esta sostiene que la familia no es un ideal abstracto, sino un trabajo artesanal que se expresa con ternura. A la vez, critica políticas de Estado como el control natal y el aborto, y denuncia el abuso a los niños, la violencia contra la mujer y la pornografía, que a su juicio son retos que debe enfrentar y superar la familia cristiana.

En el cuarto capítulo se aborda el tema comparativo del matrimonio civil y católico. Se muestra la complejidad, pero a la vez el respeto a la tradición religiosa colombiana y a los acomodamientos de la mentalidad secular de los nuevos tiempos, reflejados en la Constitución de 1991. El contrato y el sacramento, dos entidades que no son excluyentes, están reguladas por la ley civil para dar a la familia un soporte social y moral según lo desarrolla la investigadora a lo largo del capítulo. La relación de diversas tesis a propósito de la relación o autonomía sirve para ilustrar y justificar, desde una perspectiva religiosa, la figura de

la indisolubilidad del matrimonio y la inseparabilidad de sus dos aspectos mencionados.

Los estudiosos tienen en cuenta particularidades del matrimonio, como contrato o sacramento tales como la solemnidad, el consentimiento, la capacidad y los efectos, entre otros. De igual manera, se abren los espacios para un debate interdisciplinario que enriquezca la discusión y aborde la evidente crisis que afronta el matrimonio en la actualidad, evidenciada en la ampliación cuantitativa no solo de la formalización de la unión libre, sino también de los divorcios tanto católicos como civiles.

El exequátur es considerado la figura excepcional que admite efectos vinculantes, en nuestro país, para las decisiones judiciales que se produzcan en el exterior. El quinto capítulo aborda este tema con respecto a la modificación del estado civil de las personas derivada de la adopción y el divorcio.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional reconoce el compromiso de protección que tiene el Estado colombiano en virtud de la suscripción de diversos tratados de derechos humanos, dada la existencia del bloque de protección reforzado en materia de atributos de la personalidad, que se evidencia, entre otros, en las normas internacionales. Para los casos de asuntos de familia relativos a personas que han constituido hogar con características plurinacionales, es el Derecho Internacional Privado el que contempla el manejo de los efectos de los pronunciamientos judiciales para los integrantes de la familia.

Los investigadores resaltan que, para el caso colombiano, no solo está contemplado este recurso, sino que existe el principio de reciprocidad de los Estados. Como su homologación debe ser tramitada ante la instancia competente, que es la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, reviste especial interés cómo, a lo largo del capítulo, se sustenta jurídicamente los fundamentos legales propios del exequátur y se confronta con situaciones particulares ampliamente ilustrados por la expositora. El primero es un caso de reciprocidad legal respecto de la adopción de un menor en la república del Congo y el segundo, un caso de reciprocidad diplomática de un divorcio en España. Experiencias como estas son una muestra de las transformaciones que vive actualmente la sociedad, derivada de la internacionalización del derecho.

Cada vez los mecanismos jurisdiccionales van más allá del ámbito nacional, para dar paso a afectaciones del estado civil de las personas en cuanto a la adopción y el divorcio. Se supera toda interpretación exegética de la norma para dar cumplimiento a la filosofía del nuevo constitucionalismo, que dispone la interpretación sistemática que garantiza los derechos fundamentales a las personas.

De esta manera, el grupo de investigación de Derecho Privado, en su línea de Nueva Familia, da cuenta de la amplia gama de temas que deben ser abordados por la academia, en aras de cualificar la formación de los estudiantes y profesionales del derecho, y acorde con los nuevos tiempos y las nuevas realidades.

MARÍA ESTHER NOVOA PARRA

Docente

*Abogada de la Universidad Libre y Magíster en Análisis
de problemas políticos, económicos y relaciones internacionales
contemporáneas del Instituto de Altos Estudios de París
y de la Universidad Externado de Colombia*

El rol del sujeto en la antigüedad: esbozo de una aproximación*

DIEGO HERNÁN MORALES SÁNCHEZ

Introducción

Las transformaciones sociales han tenido una relevante incidencia en el campo del derecho privado actual. La concepción tradicionalmente afirmada sobre la categoría de persona ha presentado una rica variación en función de las crecientes perspectivas de inclusión y percepción de los actores sociales. Sin embargo, estas mutaciones no son novedosas si se tiene en cuenta que, incluso desde antes del surgimiento de la ciudad-estado romana, la posición del ser humano y sus

* El presente capítulo es producto de la investigación adscrita al grupo de investigación “Derecho Privado” de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Proyecto de investigación denominado “La institución de la familia en el derecho romano, canónico y civil colombiano y sus cambios a partir de la constitución de 1991”, financiado con recursos de la Universidad Santo Tomás (Bogotá).

facultades en el ejercicio de la vida privada y pública ofrecieron incipientes conceptos que condujeron a profundas transformaciones.

En ese orden, la revisión de algunas de las codificaciones del régimen babilonio, los comentarios y observaciones de los filósofos griegos, y las abstracciones características de la tradición romana, ofrecen elementos que permiten aproximarse al rol del ser humano, visto desde su simple entidad o como categoría político-jurídica. De estos elementos emergen los conceptos de ciudadanía y de *persona*, en tanto sujeto de derechos.

Ante todo, una aproximación a los antecedentes histórico-sociales del concepto de sujeto de derechos y a sus relaciones jurídicas permite identificar los elementos sustanciales relevantes que integran este constructo jurídico. Para tal efecto, se pretende brindar una herramienta de estudio que provoque curiosidad sobre la investigación histórico-cualitativa, un acercamiento al vasto legado de las tradiciones helénica y romana, y una invitación al estudio del régimen babilónico en tanto precursor de instituciones que luego el conocimiento de los griegos y el lustre de los romanos superaron.

Generalidades

El sujeto de derechos, como ser con contenido de vida presentado y representado ante la propia sociedad, constituye el centro de atención de los derechos, deberes y obligaciones. Es igualmente el destinatario y acreedor de protección jurídica. No obstante, el concepto de ser humano carece de relevancia jurídica en tanto no sea tratado o reconocido como persona, y lo mismo puede predicarse de las asociaciones de hombres con miras al desarrollo o logro de propósitos e intereses colectivos, sean lucrativos o no.

De acuerdo con la concepción tradicional de los derechos subjetivos y de la estructura propia de las relaciones jurídicas, concurre usualmente una formación triádica entre dos sujetos (activo y pasivo) y un objeto (cosa). Ello, sumado al establecimiento de derechos, deberes y situaciones jurídicas subjetivas contenidas en las Constituciones y leyes de los Estados, permite a los sujetos la satisfacción de las exigencias propias de la existencia, que por su naturaleza son objeto de protección

por parte del poder jurisdiccional. De allí que se encuentre, en el plano de los sujetos, una distinción entre quienes son titulares o derechohabientes y quienes, por el contrario, soportan una carga jurídica específica. Esta carga jurídica es exigible conforme a los eventos previstos en las disposiciones de la ley o de las estipulaciones en un acto de las partes, según se trate, pudiendo en todo caso acudirse ante la jurisdicción con miras al restablecimiento de la situación sustancial perturbada.

En este campo, tiene lugar la distinción entre el derecho que se ostenta y los alcances de la relación sustancial que involucra a dos o más sujetos dentro de una situación jurídicamente relevante. Así, partiendo de los aportes de la tradición jurídica romana y de la natural distinción entre la cosa corporal e incorporal, emanan, según su contenido, distintas categorías de derechos subjetivos, cuyo alcance establece relaciones jurídicas entre sujetos activos y pasivos sobre cosas o derechos diferentes, según se trate.

Con todo, la categoría de *persona* corresponde a un momento histórico, jurídico y social determinado. De allí que las extensiones o manifestaciones de la acción del sujeto de derechos trascienden otros campos de la ciencia jurídica, en la medida en que el titular de la relación, o el extremo beneficiario de la misma, se encuentre dotado de la necesaria personalidad jurídica, sobre la cual se estructurará el ejercicio de los derechos, unos positivizados y otros carentes de consagración expresa.

A lo largo de la historia, distintas culturas y civilizaciones se han ocupado del concepto de persona en tanto sujeto de derechos. En tal sentido, se han considerado las relaciones establecidas entre estos sujetos, a partir del propósito que persiguen o de la función que el sujeto cumple dentro del vínculo sustancial. Con todo, en algunas situaciones, la relación de crédito y el contexto de prestamista-deudor se ha considerado un elemento necesariamente ligado a la cotidianidad de su devenir social y político (Graeber, 2011, p. 8). Es así como diversas sociedades, a lo largo de la historia, fijaron reglas y fórmulas dirigidas, entre otros propósitos, a la protección de personas dentro de la relación acreedor-deudor. De estas reglas y fórmulas se infiere en más de una ocasión el ejercicio de poderes directos sobre la persona del deudor: prisión, esclavitud, castigo físico o condena a muerte podían ser el inexorable destino al que se sujetaba el deudor incumplido. En la mayoría

de los casos, y salvo algunas notables excepciones, dichas situaciones contaban con la aquiescencia y conducta pasiva de las autoridades de antaño.

Al interior de las sociedades antiguas, el modelo económico y la organización política determinan la composición de la estructura social. Su clasificación a través de etiquetas o escalas sociales determina cómo los grupos de personas se adscriben al ejercicio del poder dentro de las ciudades-estado: al servicio de quien(es) detenta(n) ese poder o al servicio de sus particulares intereses. En todo caso, la necesidad primordial de la ciudad-estado antigua es el aseguramiento de su propia subsistencia a través de los medios posibles, considerando su situación geográfica y los intereses de sus gobernantes. De ahí que, dependiendo de tales condiciones, unas prefirieran y, por tanto, favorecieran la realización de actividades económicas como la agricultura y el comercio, mientras otras se enfocaran en la esclavitud y el tráfico de personas. Esta última situación resulta reveladora sobre la importancia otorgada al ser humano.

Mesopotamia

Las ciudades-estado mesopotámicas a menudo constituyen una referencia esencial sobre el origen y la estructura de una de las grandes sociedades de la antigüedad. De allí que muchos de sus desarrollos legados a la historia de la humanidad resulte de obligatorio estudio y análisis dentro de la formación en diversas áreas de las ciencias sociales.

Vale la pena resaltar el rol desempeñado por las diversas ciudades-estado mesopotámicas, en donde la esclavitud de ciudadanos fue considerada como medio de producción y sanción solo por vía de excepción. Esta situación es curiosa si se tiene en cuenta que la datación de tales reinos está comprendida entre el tercer y el primer milenio antes de Cristo, es decir, mucho antes de los paradigmáticos modelos de Grecia (1200 a.C. aprox.) y Roma (753 a.C. aprox.).

La esclavitud en la antigua Mesopotamia presenta distinciones entre su causa, de tal suerte que, dependiendo del motivo que condujo a dicha situación, pudiera eventualmente acogerse o negarse el favor de sus gobernantes (Westbrook, 1995, p. 1634). Así, se encuentran

distinciones entre grupos de esclavos y esclavos individualmente considerados, en razón a tres factores:

1. Tratamiento de la esclavitud por justicia social: se aplicaron medidas orientadas al alivio y protección de los deudores, incluyendo a quienes se encontraban otorgados en garantía de obligaciones y a quienes fueron vendidos por causa de esclavitud; fijándose dos clases de la misma circunstancia, a saber, aquellos que se vuelven esclavos por el no pago de la deuda y quienes caen en tal situación por motivos de hambruna general.
2. Esclavitud a causa de un contrato: Las estipulaciones fijadas en las tablillas de los contratos podrían conducir a que el ejercicio de un derecho o la causación de un daño diera lugar a la esclavitud por parte del sujeto responsable.
3. Esclavitud por motivos étnicos y de ciudadanía: Lambert afirma que “Un extranjero residente en otra ciudad es un esclavo” (1960, citado por Westbrook, 1995, p. 1640). Dicha situación, sin embargo, puede evitarse si los gobernantes locales dispusieran la guarda de extranjeros. Esta protección podía lograrse por distintas vías: por ejemplo, si los estados mantienen relaciones amistosas, el soberano local debía prohibir y castigar los crímenes cometidos en su territorio contra los ciudadanos del otro estado; en caso contrario, el propio soberano de la víctima lo responsabilizaría. Sin embargo, un extranjero carente de soberano aliado podría ser tratado como extranjero residente pero no necesariamente podría disfrutar del beneficio de las medidas de justicia social, puesto que tales se encontraban destinadas a los ciudadanos (Westbrook, 1995, pp. 1639-1640).

En este contexto, las leyes arcaicas, que datan del año 2500 a.C. hasta el 1500 a.C. aproximadamente, revelan la tradición normativa de sus gobernantes y las inclinaciones particulares de sus regímenes: la Reforma de Urukagina (2350 a.C.), y los Códigos de Ur-Nammu (2050 a.C.) y Hammurabi (1700 a.C.) previenen de la ocurrencia de situaciones

de esclavitud asociadas a la imposibilidad de pagar las deudas adquiridas incluyendo los intereses de tales obligaciones (Molina, 1995, p. 64).

En relación con los períodos y leyes expedidas, Hudson (1993) considera que los gobernantes de las ciudades-estado mesopotámicas “diseñaron sus estructuras para reflejar los ritmos de la naturaleza y restaurar el equilibrio económico cuando fuera perturbado por presiones militares, financieras o del entorno” (p. 11). A través de la restricción de apropiaciones, por parte de los funcionarios del reino, de las cosas de los campesinos incumplidos y, en el mejor de los escenarios, proclamando, con efectos generales, la cancelación de las deudas contraídas por estos, cuando no les era posible pagar el alquiler de los territorios públicos explotados en beneficio propio y del reino, se acarrea la restauración de los derechos de los campesinos y sus condiciones de vida. De tal suerte que, durante el período que comprende los años 2450-1400 a.C., diversos reyes de la antigua Mesopotamia emitieron cerca de 30 cancelaciones de deudas (Hudson, 1993, p. 46).

El escenario de cancelación de la deuda se justifica en la preponderancia de la actividad agrícola y el notable interés de los reyes otrora en proteger el sustento de su economía, la fuente de suministro de alimento y la disponibilidad de personal en caso de escaramuza bélica. De allí que, lejos de tratarse de una situación humanitaria o social, como podría suponerse, corresponde más a un acto de asegurar la disposición de personas libres para momentos en los que sea necesario el llamado de la milicia para defender los territorios reales y para los actos de conquista de tierras hostiles (Pinker, 2011).

Dada su notable claridad y evidencia, vale la pena recordar algunas de las reglas que Hammurabi (1810-1750 a.C.) legó a la tradición jurídica universal. A través de sus reglas se expresa su clara orientación a proteger los deudores caídos en situaciones adversas (excluyendo la esclavitud), como se presenta y comenta en la tabla 1.

Tabla 1. Selección de leyes y algunos comentarios sobre el Código de Hammurabi

Ley	Comentario
40. Para pagar a un negociante (prestamista) o liquidar otra obligación, puede vender sus campos, jardín, casa, y el comprador explotar legítimamente el campo, jardín, casa que ha adquirido. (...)	En este apartado, se precisa la diferencia entre las cosas que: 1) se explotan o disfrutan por autorización del rey y 2) aquellas que se tienen por derecho propio. De ahí que, si se tratase del pago de una deuda, solo son disponibles las cosas señaladas en la segunda categoría.
48. Si alguien posee un crédito sobre el arrendatario portador de intereses, cuando la tempestad inunda el campo y arrasa la cosecha o la sequía e impide que el trigo germine, el arrendatario no debe ninguna cantidad de trigo dicho año al acreedor del interés, mojará su tableta y no pagará ningún interés ese año. (...)	En este apartado se reconoce que, a pesar de la existencia y exigibilidad de la obligación, pueden ocurrir situaciones inesperadas, cuya naturaleza afecta el cumplimiento por parte del deudor y, de igual manera, las consecuencias asociadas al evento inesperado producen un efecto exoneratorio de la prestación debida. Aproximadamente desde el año 6000 a.C., el cómputo de las deudas, acreencias, créditos y suministros de alimento se llevaba en tablillas de barro (Hudson, 1993, p. 19). La expresión “mojará su tableta” puede compararse con el dicho coloquial “borrón y cuenta nueva”.
96. Si una persona obligada a pagar una deuda en trigo o en plátano tiene una cosa ni otra, pero posee otra clase de bienes; entregará estos delante de testigos, el negociante no podrá rehusar y deberá aceptar.	La situación resulta favorable al deudor. Puede pagar su deuda con cosas distintas a las originalmente debidas y, de otra parte, no se sujeta a servidumbre a favor de su acreedor. Tanto en uno y otro caso, la aceptación del acreedor se torna forzosa.
117. Si alguien habiendo contraído una deuda vende a su mujer, hijo, hija, y los entrega a trabajo forzado y a la sujeción, el comprador coaccionador les empleará tres años, y al tercero los libertará.	Esta circunstancia, a pesar de fijar el sometimiento de los miembros de su familia al acreedor, limita el término de duración de la servidumbre. De ahí que el acreedor cuenta con un medio de pago condicionado al transcurso del tiempo. No obstante, el apartado 118 permite al acreedor efectuar la venta a un tercero del siervo adquirido como medio de pago, en cuyo caso el deudor carece de mecanismo de reclamación.

Nota: los datos presentados en la columna izquierda corresponden a Franco (1962, pp. 40, 48, 342, 344).

Los eventos descritos en torno al pago de la deuda no consagran en sentido estricto la constitución de un mejor derecho a favor del acreedor, sino todo lo contrario: en los eventos de esclavitud por causa de deudas, el acto regio de cancelación de la obligación cesaba la condición de servidumbre derivada del incumplimiento. Pero, en todo caso, era claro que la servidumbre presentada no correspondía a una garantía del propio acreedor, sino a una especie de pago-sanción sujeto a un término definido o a una carga cuyo soporte recae de manera penosa en la riqueza del acreedor, por mandato del rey.

De igual manera, no se encuentra distinción alguna entre el sujeto de derechos y el ser humano, puesto que cualquiera puede ser obligado y esclavo. De ahí que, más que encontrarse una distinción entre tales conceptos, se parte de un criterio amplio, en el que la persona equivale a ser humano y, por tanto, su función y poder no están sujetos a limitaciones distintas a las que impone el eventual estado de esclavitud privada, el decreto del rey o la propia estipulación contractual, según se trate.

La situación griega

Después de las tradiciones egipcia y mesopotámica, la cultura helénica es el siguiente referente sobre organización y cultura. La trascendencia de sus formas de organización política es evidente por el legado de la democracia, auténtica creación suya y modelo a seguir por otros pueblos. Esta forma de gobierno se orienta al bien de la mayoría y no al de pocos hombres.

La manera en que desde la actualidad se contempla y ensalza el pensamiento, las artes y su notable vida política, refleja el invaluable y vasto legado de la Antigua Grecia y pone de presente cuan diferentes y semejantes somos en la cotidianidad, a pesar del paso del tiempo. Así, por ejemplo,

una sociedad donde la “filosofía” se consideraba aún una actividad que se desarrollaba al aire libre y se integraba en un mundo social de bebida y banquetes. Aquella filosofía siguió constituyendo, algo bien distinto de nuestra tradición académica incluso después

de haberse convertido en una disciplina autónoma que se estudiaba en sala de conferencias y aulas. (Beard & Henderson, 2016, p. 20)

En su concepción política, el rol del ser humano está sujeto a la condición de ser un hombre o mujer libre, esto es, no encontrarse sujeto a esclavitud, condición necesaria para ostentar la calidad de ciudadano. En vista de ello, conviene distinguir cada una de tales situaciones y, por supuesto, abordar las diversas aristas y opiniones encontradas respecto a la legalidad, justicia y aparente derecho natural que se tiene frente al esclavo. Entre otras, vale la pena resaltar la justificación aristotélica:

[e]l que, siendo hombre, no se pertenece por naturaleza a sí mismo, sino a otro, ese es por naturaleza esclavo. Y es hombre de otro el que, siendo hombre, es una posesión. [...] [s]iempre es mejor el mando sobre subordinados mejores: por ejemplo, mejor sobre un hombre que sobre una bestia, porque la obra llevada a cabo con mejores elementos es mejor [...] [e]l esclavo por naturaleza el que puede ser de otro (por eso precisamente es de otro) y el que participa de la razón tanto como para percibirla, pero no para poseerla; pues los demás animales no se dan cuenta de la razón, sino que obedecen a sus instintos. (Aristóteles, Pol. I, 1254a6 - 1254b9)

Bajo este entendido del estagirita, se encuentra que la situación del esclavo es natural y legítima, por encontrarse en concordancia con la destinación de los seres inferiores a ser subordinados de otros de mejores características y dotes. No obstante, como contestará Montesquieu (2015), pese a que Aristóteles se empeñara en acreditar la veracidad de su afirmación, la misma no queda probada. De allí que, si todos los hombres son iguales por naturaleza, la esclavitud resulta contraria a aquella (Montesquieu, 2015, p. 230).

Por su parte, Alcídamente de Elea, en su argumento contra la esclavitud, afirma que “la divinidad ha dejado que seamos libres; a nadie hizo esclavo la naturaleza” (2005, Frag. B 2). De igual manera, Anaxímenes de Lámpsaco, al ocuparse de la retórica en la vida de la polis y discernir sobre lo legal y lo conveniente, estimó:

Es necesario usar lo discernido por jueces bien considerados así: “los lacedemonios, cuando derrotaron a los atenienses, creyeron

que era conveniente para ellos no esclavizar la ciudad, y a su vez los atenienses con los tebanos, aunque estaba en sus manos asolar Esparta, creyeron conveniente salvar a los lacedemonios”. Procediendo así, te resultará fácil hablar de lo justo, lo legal y lo conveniente. Para lo noble, lo agradable, lo fácil, lo posible y lo necesario, procede de la misma manera. (Retórica a Alejandro, 23-24)

Por otra parte, la situación de los esclavos presenta serios motivos de polémica incluso al interior de la polis griega, como enseña Platón (1999):

[H]acemos nuestros discursos sobre los esclavos, en parte de manera contraria a como los utilizamos, pero también según el uso que hacemos de ellos. [...] Muchos esclavos [...] llegaron a ser para algunos más virtuosos que los hermanos e hijos y han salvado a sus amos, sus posesiones y sus viviendas enteras. Sabemos, efectivamente, que se dicen estas cosas de los esclavos. (*Leyes*, VI, 776c-e)

Por contraposición con la situación del esclavo, la ciudadanía ateniense no es una situación generalizada, sino más bien un privilegio. De hecho, existe otro grupo de personas que, siendo libres, no son tenidas como relevantes en la vida de la ciudad-estado, tal y como sucede con los extranjeros o *metecos*, quienes se encuentran relegados de los derechos inherentes a la condición del ciudadano. Sin embargo, la ciudadanía no distingue entre la condición social o personal de su titular, de suerte que basta con ser ciudadano para ser responsable de las cargas que el deber público impone frente al ejercicio de una dignidad en la *polis*. En este campo, anota Tucídides :

En lo que concierne a los asuntos privados, la igualdad, conforme a nuestras leyes, alcanza a todo el mundo, mientras que en la elección de los cargos públicos no antepone las razones de clase al mérito personal, conforme al prestigio de que goza cada ciudadano en su actividad; y tampoco nadie, en razón de su pobreza, encuentra obstáculos debido a la oscuridad de su condición social si está en condiciones de prestar un servicio a la ciudad. (Historia de la Guerra del Peloponeso. II, 37)

La ciudadanía ateniense no corresponde a un ámbito abierto, ilimitado y libre de exclusiones, de ahí que se tratara de una condición propia de hombres y mujeres atenienses y que, de la misma manera, estuviese condicionada a *imperfecciones* o *excedentes* de la edad, según el caso particular del varón (Aristóteles, *Pol.* III, 1275a5).

La obtención de la ciudadanía ateniense se encontraba sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos, siendo estos: haber nacido de una familia de padre y madre ciudadanos y haberse inscrito a la *demos* a los dieciocho años. Sin embargo, en el evento de encontrarse duda sobre la mayoría de edad y, por ende, el derecho a adquirir la condición de ciudadano, le era posible al varón acudir en juicio y obtener de manera forzosa la inscripción ante su *demos*. Una vez se ha obtenido la inscripción, el varón deberá recibir instrucción militar por el término de dos años y, al concluir tal período, comprobará sus habilidades y destrezas en público. De manera que, una vez acreditada esta última condición, le será conferida la calidad de ciudadano y podrá ejercer los derechos inherentes a tal dignidad (Aristóteles, *Constitución de los atenienses*, 42, 5).

Si bien es cierto que la mujer debe ser ciudadana a fin de que su hijo varón ostente tal posición, es claro que en ellas no concurre el derecho al ejercicio de atributo social, económico o político relevante, al menos en lo que concierne a la *polis ateniense*. Por su parte, Plutarco enseña que la ciudadanía puede conferirse como reconocimiento a la vida virtuosa y honorable de un extranjero, tal y como sucede en el caso de Dión, investido con dicho reconocimiento por parte de los lacedemonios en Esparta (*Vidas paralelas*, XII, 17, 6-7.).

En cuanto al significado de *persona*, este concepto no refiere directamente y en igual sentido que el de *ser humano*. Mientras que es ciudadano el ser humano apto para tal investidura, el concepto de persona tiene una distinción orientada hacia la creación y representación del teatro antiguo, de la mano de Téspis durante la última regencia del tirano Pisístrato (546 al 528 a.C.) y los sucesores de dicha tradición.

Así, se ha dicho que Téspis probablemente “inventó” el primer actor, es decir, dio relieve a la oposición entre el coro, representado por un corifeo, y un actor, que actuaba personalmente, al principio con la cara albayaldada, después recurriendo a máscaras de tela e impostando

la situación de los personajes de las distintas creaciones teatrales (Fernández Galiano, 1986, p. 79). De allí surge el *prósôpon* o máscara, entendida como personaje ligado a una creación literaria y no a una situación real.

De igual manera, el concepto de *persona-personaje* fue entendido como una representación de algo o alguien, y no como un ser en sí mismo considerado o dotado de atributos conforme al derecho político de la ciudad-estado. Por consiguiente, con independencia de las representaciones nefastas, la misión y vocación del ciudadano estará orientada hacia el bien, la virtud, la justicia y la verdad. De allí que buena parte de las exigencias éticas y morales imponibles a aquellos estuviesen relacionadas con la rectitud de su conducta, procurando el bien de la *polis* y separando el interés particular en el ejercicio de las magistraturas especiales típicas de las diversas ciudades-estado griegas.

El apego a las leyes naturales y positivas establecidas en beneficio de la *polis* y con cargo a los ciudadanos y magistrados, disminuyen el sentido de la pasión propia de los seres humanos, convirtiéndola en una orientación de la razón hacia el bien de los individuos. Exigencias morales como obrar con la verdad, preferir la justicia y acatar la voluntad de los dioses olímpicos (con sus no siempre razonables designios) son a menudo la materia de los escritos que la tradición griega ha legado a la posteridad. Hesíodo, en *Los trabajos y los días*, y Sófocles, a través de *Antígona*, reflejan claramente la lucha contra la injusticia, sea que provenga de la palabra de los hombres o de la autoridad del rey.

A través de la obra real de los ciudadanos, o mediante las representaciones de los personajes en el teatro y las grandilocuentes tragedias de la Antigua Grecia, las virtudes, el bien y la justicia son proclamadas como signo distintivo de su vocación como sociedad.

Roma y el *status*

De la revisión de la cultura jurídica romana, puede encontrarse que la etiqueta de sujeto de derechos yace sobre la distinción entre los conceptos de persona y ser humano. Estos conceptos se encuentran ideológicamente separados en cuanto a su capacidad y función, de ahí que

no todos los humanos se reputen personas y no todas las personas sean consideradas como seres humanos.

Sin embargo, se presentan elementos comunes entre el concepto de persona de los griegos y el que, para efectos generales, conservan los romanos. El rol de personaje del teatro se trasladó a Roma con un doble propósito: representar un determinado papel dentro de la escena y, de igual manera, aumentar la voz del personaje a través de la máscara que portaba el actor. Con la misma inclinación, Agudelo Ramírez (2010) estima:

[L]os etruscos aportarían la voz phersu (öersu), decisiva en la configuración de la palabra latina de persona, tal como lo evalúa el historiador Franz Altheim, al indicar que a Porsen (fersu), uno de los dioses más antiguos, dios de los muertos, se le ofrendaba su máscara.

Se confronta en este escenario una representación litúrgica, que en el caso de los griegos y latinos pasaría a ser prioritariamente teatral. (p. 278)

A pesar de lo anterior, la mera existencia física del ser humano no acarrea el trato como sujeto de derechos y obligaciones. La situación humana es una circunstancia meramente natural, pero carece de relevancia jurídica. De modo que deben reunirse en el mismo sujeto dos condiciones: una personal, inicialmente considerada en las eras arcaica y clásica, y otra definida por el derecho mismo, de donde surgen los conceptos de *caput* y *status* en una sucesión de requisitos para el ejercicio de los atributos previstos en las leyes civiles (los edictos de los magistrados, los senadoconsultos y las constituciones, según se trate del período histórico-político-jurídico).

De acuerdo con Álvarez-Correa Duperly (2015), “El régimen de las personas depende no solo de las reglas generales de la capacidad, determinadas por las clases económico-políticas, sino también de la estructura de la familia” (p. 227). Por ello, solo puede tratarse como persona a quienes son denominados como de *status optimo*, es decir, varones libres, ciudadanos y jefes de familia.

En vista de ello, conviene distinguir los elementos que integran la capacidad y el contenido del concepto de sujeto de derechos, encontrándose estos comprendidos en las formas del *status* o condición que ocupa un individuo dentro de la sociedad romana, respecto de la libertad, la ciudadanía y su familia. Con tal propósito se indicarán los elementos precisos del concepto, sin ahondar en las implicaciones particulares de cada *status* definido y en el sentido de *regla* propuesto por Paulo: “La regla describe brevemente la cosa tal y como es. El derecho no surge de la regla, sino que la regla surge conforme al derecho.” (*Comentarios a Plaucio, Libro XVI*, en Digesto. 50, 17,1.).

- a. *Status libertatis*. Constituye la principal división entre los hombres, distinguir entre aquellos que son libres y quienes son esclavos (D. 1,5,4). Una de las características generales que comparten los pueblos griegos e itálicos, que constituye además una de las estructuras principales de su sistema económico, es la esclavitud. Quien se tiene por esclavo no es destinatario de derechos y se le considera objeto de derecho; esto es, el elemento sobre el que recae la transacción jurídica, pero no el titular de la relación subjetiva.

Dado que la libertad constituye el estatus principal, la falta de libertad impide adquirir la ciudadanía y la falta de esta afecta la posición del individuo frente a la familia. Las causas de la esclavitud pueden sujetarse, entonces, a las siguientes circunstancias: por derecho de gentes, es decir, por el hecho del cautiverio producto de conquistas militares de pueblos rivales de Roma, o por mandato expreso del derecho vigente (*capitis deminutio máxima*). Sin embargo, el esclavo en los tiempos iniciales de la urbe romana pudo participar del culto público y de la familia (De Coulanges, 2012), pudiendo incluso ser sepultado como si se tratase de un miembro más de ella.

La libertad puede obtenerse bien sea por causa de concepción de madre libre, aun si luego ella cae en esclavitud (D. 1,5,5,2), o por otorgamiento de la libertad a través del acto de manumisión, el cual podría efectuarse mediante acto testamentario, la simulación de un juicio o un acto público de inscripción en el sensor de personas libres.

- b. *Status civitatis*. La condición de ciudadano romana es necesaria para ejercer los derechos personales. En este campo, conviene distinguir a quienes habiendo nacido en Roma son libres pero no son ciudadanos, a quienes son extranjeros pero son tratados como ciudadanos y a quienes son extranjeros pero no gozan de prerrogativa alguna (peregrinos). Al igual que en la situación política de los atenienses, espartanos y tebanos, el requisito de la ciudadanía romana es un presupuesto fundamental para ejercer derechos en el orden particular y para desempeñar las facultades propias de los poderes públicos en una magistratura, en el oficio del culto religioso y en el derecho a elegir otros dignatarios.

Contrario al relato de Aristóteles (1988) sobre el ciudadano ateniense, la ciudadanía romana podía adquirirse de varias maneras: mediante la concepción de un hijo de matrimonio justo entre ciudadanos romanos, el nacimiento en un matrimonio no válido con una madre romana al momento del parto, otorgada por autoridades, mediante la prueba de la concusión en juicio promovido contra magistrados romanos y la manumisión de esclavos en sus formas tradicionales (Valencia Restrepo, 2005, p. 269).

Al igual que la libertad, la ciudadanía se puede ostentar o perder (*capitis deminutio media*). Diversas situaciones podrían conducir a la privación de la condición de ciudadano, bien fuera por razón de su conducta personal (abandonar Roma u obtener la ciudadanía de otra ciudad-estado) o por una sanción impuesta por las autoridades romanas (auspicio de actividades ociosas, interdicción por el fuego y el agua, y la infamia).

- c. *Status familiae*. Por último, se encuentra el requisito de la autonomía frente a la familia, el cual solo comprende a un grupo muy limitado de ciudadanos romanos que tienen plenos atributos y, por tanto, plena capacidad de ejercicio conforme a las reglas del derecho civil romano.

De allí que, mientras en el ámbito de la ciudadanía los intereses de orden público competen a un numeroso grupo de ciudadanos romanos,

el gobierno de la familia, la administración del patrimonio y la realización de negocios son un exclusivo privilegio de los varones jefes de las familias (*pater familias*). A estos se les atribuyó el concepto de *sui iuris*, mientras que a sus subordinados se les impuso la denominación de *alieni iuris*.

Dentro de la tradición romana, en este campo tiene lugar la acepción completa del concepto de persona, puesto que únicamente sobre este individuo recaen los *status* sin ninguna limitación ni condición y solo por cuenta de tales titulares pueden ejercerse los derechos ligados al ámbito privado de la ciudadanía romana: el derecho a contraer justo matrimonio, el derecho a celebrar contratos y obtener patrimonio y, por último, el derecho de acudir ante la justicia e iniciar acciones (Valencia Restrepo, p. 271).

En cuanto a la adquisición de la condición de *sui iuris*, concurren requisitos de orden natural y del propio status: solo los varones mayores de 25 años, normales en cuanto a su forma física humana y en cuanto a su capacidad mental, pueden ostentar dicha prerrogativa, siempre y cuando su *pater familias* hubiere fallecido o se encontrare en cautiverio. De lo contrario, mientras exista el *pater familias*, la sujeción a la autoridad paternal se mantiene con independencia de la edad del varón.

Las personas no-físicas en Roma

El concepto originario de persona se encuentra ligado al individuo de la especie humana que reúna una serie de requisitos conforme al derecho vigente. Sin embargo, dicha situación presenta algunos matices en relación con la posición de aquellos sujetos de derecho carentes de existencia física, pero con posibilidad de obrar en actos de interés público o privado. Tal es el caso de las personas morales o colectivas, encontrándose distinciones entre los órganos públicos mayores sin personalidad (*populus romanus*) y otros dotados de dicha capacidad de obrar conforme a las reglas del derecho privado (*municipia, coloniae*) (D. 50.16.16). En este escenario, aparecen dos instituciones que reflejan la personificación jurídica a través de sujetos que carecen de forma física: las asociaciones o corporaciones (personas) y las fundaciones (bienes):

Asociaciones o corporaciones

Esta forma de asociación surge de la necesidad de aunar esfuerzos, con el fin de lograr un propósito común, que individualmente tendría una difícil realización. Inicialmente, la forma de las asociaciones conservaba interés público: la *sodalitas* y el *collegium* se orientaron a las misiones de orden religioso y al culto de orden público, respectivamente.

En lo particular, adoptaron un modelo de administración semejante al de los municipios y colonias romanas, constituido por una asamblea en la que debe asegurarse una mayoría decisoria. Lo anterior sumado a las condiciones de tener un estatuto fundacional, una finalidad lícita y no encontrarse comprometida en alguna situación que le impidiera su ejercicio o el desarrollo de sus actividades e intereses particulares (D.47.22.4). Sin embargo, durante la República existió una fuerte vigilancia e intervención de la autoridad pública frente al establecimiento de asociaciones privadas. Las tensiones políticas y las innumerables conspiraciones dieron lugar, mediante la *Lex Iulia de collegiis* (S. I a. C.), a la disolución y extinción de las mismas, por considerárselas peligrosas para el orden y el interés público. De suerte que aquellas asociaciones sobrevivientes a la purga de la Ley debían contar con una expresa autorización para reunirse (Bernad Mainar, 2006).

Fundaciones

Con posterioridad a la era republicana, la tradición Justiniana, fuertemente influenciada por los valores y principios cristianos, dio lugar a la consideración de grupos de bienes orientados al desarrollo de causas benéficas y a la herencia yacente (patrimonio hereditario carente de aceptación), bajo el epítome de fundaciones.

La constitución de fundaciones para causas pías puede suceder mediante la manifestación en acto testamentario o mediante la libre manifestación de los sujetos que otorgarán parte de su patrimonio al desarrollo de una misión de caridad. Por su parte, la situación de la herencia yacente tiene lugar con la defunción del propietario del patrimonio y se mantendrá en dicha condición de yacencia, hasta tanto no concurra un heredero que acepte los bienes deferidos mediante testamento o por disposición legal.

En cuanto a los conjuntos de bienes organizados para causas benéficas, el emperador Justiniano les concedió la capacidad de obrar dentro de una sucesión y de actuar en calidad de parte en un proceso a través de representante. Mientras que, en el caso de la herencia yacente, la entrega de los bienes, junto con la administración y representación de tal patrimonio sucesoral, le fue conferida a un curador.

Conclusiones

- Al comparar las culturas involucradas, y pese a que Grecia y Roma constituyen los ejes fundacionales de la civilización y cultura occidental, es claro que la tradición mesopotámica permite entrever algunas características de orden humanitario frente al mantenimiento de la libertad de sus propios ciudadanos. Lejos de la conceptualización o el establecimiento de categorías de análisis, en estos casos se observa el rol del sujeto y su relevancia dentro de la sociedad.
- La equivalencia entre persona y ser humano refleja la voluntad de los gobernantes de la Antigüedad, dentro de una orientación predominantemente política y alejada de implicaciones jurídicas, tal y como se ve en Mesopotamia y en la tradición helénica.
- Según se desprende de la información consultada, el proceso de migración del ser humano hacia la categoría de *persona* obedece a un fenómeno de los procesos de pensamiento y de la capacidad de abstracción. Así pues, mientras la tradición babilónica solo comprende el sujeto o ente físico humano, la tradición grecorromana y, en especial la itálica, confieren atributos distintos, que trascienden la comprensión de roles tangibles.
- El concepto de persona dentro del derecho difiere notoriamente en función del régimen político dentro del cual se encuentra comprendido. De allí que se parta de una consideración meramente

escénica-teatral y, solo a partir de Roma, se le atribuya una auténtica función jurídica.

- Según se trate de la presencia helénica o romana, el sujeto interviniente tiene y accede a los atributos de su condición conforme a la prevalencia de su situación particular. En ese orden, mientras en la Antigua Grecia prevalece la función política del sujeto en tanto ciudadano, la vida romana entiende la ciudadanía como un requisito adicional que por sí mismo no basta para el ejercicio de los poderes y derechos particulares de los individuos. Esto evidencia una mayor deducción y complejidad en la cultura itálica.
- La diversa y rica amalgama cultural que se desprende de la tradición romana, comprende al sujeto de derechos como una categoría jurídica propia. De allí que, tal y como se refleja en la actualidad, el ejercicio de los derechos políticos es ante todo un reflejo de reconocimiento de la persona como destinatario de atribuciones y facultades jurídicamente protegidas.

Referencias

- Agudelo Ramírez, M. (2010). *El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos. Bases ontológicas*.
- Álvarez-Correa Duperly, E. (2015). *Curso de derecho romano*. Vol. 2. Tejeiro López, C. E. (Ed.). Universidad de los Andes.
- Aristóteles & Pseudo Aristóteles. (1984). *Constitución de los atenienses - Económicos*. (M. García Valdés, trad.). Gredos.
- Aristóteles. (1988). *Política*. (M. García Valdés, trad.). Gredos.
- Alcidamante de Elea & Anaxímenes de Lámpsaco. (2005). *Testimonios y fragmentos - Retórica a Alejandro*. (J. López Cruces, J. Campos Daroca, & M. Márquez Guerrero, trads.). Gredos.
- Beard, M., & Henderson, J. (2016). *El mundo clásico: Una breve introducción*. (M. Cuesta, trad.). Alianza.
- Bernad Mainar, R. (2006). *Curso de derecho privado romano*. Universidad Católica Andrés Bello.

- De Coulanges, F. (2012). *La ciudad antigua*. 17.^a ed. Porrúa.
- Fernández Galiano, M. (1986). *Introducción General*. En Esquilo (1986), *Tragedias*. (B. Perea Morales, trad.). Gredos.
- Franco, G. (septiembre de 1962). Las leyes de Hammurabi. *Revista de Ciencias Sociales*. http://rcsdigital.homestead.com/files/Vol_VI_Nm_3_1962/Franco.pdf
- Graeber, D. (2011). *Debt: The first 5.000 years*. Melville House Publishing.
- Hudson, M. (1993). *The lost tradition of biblical debt cancellations*. The Henry George School of Social Science.
- Molina, M. (1995). *Las Reformas de Urukagina*. *Revista de Ciencias Humanas y Eclesiásticas* (9 y 10).
- Montesquieu. (2015). *Del espíritu de las leyes*. (N. Estévanez, trad.). Porrúa.
- Pinker, S. (19 de abril de 2011). *El declive de la violencia*. (E. Punset, Entrevistador). RTVE. <https://www.rtve.es/alacarta/videos/redes/redes-declive-violencia/1138809/>
- Platón. (1999). *Diálogos VIII - Leyes (Libros I-VI)* (F. Lisi, trad.). Gredos.
- Plutarco. (2009). *Vidas Paralelas VII*. (J.P. Sánchez Hernández & M. González González, trads.). Gredos.
- Tucídides. (1990). *Historia de la Guerra del Peloponeso (Libros I-II)* (J.J. Torres Esbarranch, trad.). Gredos.
- Valencia Restrepo, H. (2005). *Derecho Privado Romano* (5.^a ed.). Señal Editora
- Westbrook, R. (junio de 1995). Slave and master in ancient near eastern law. *Chicago-Kent Law Review*, 70.

La conformación familiar en comunidades indígenas de Colombia*

VILMA STELLA MORENO DÍAZ
EDILBERTO MELO RUBIANO

*¿Por qué no ha de tener cada pueblo y cada
raza un ángel custodio de más alta categoría y
trascendencia, que ordene las acciones de los
hombres todos que a dicha raza pertenecen,
en prescrita dirección y cierto sentido, para
que formen dentro de la obra total de la
humanidad entera, una peculiar cultura?*
Juan Valera, TABARE**

* El presente texto es producto de la investigación adscrita al grupo de investigación “Derecho Privado” de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Proyecto de investigación denominado “La institución de la familia en el derecho romano, canónico y civil colombiano y sus cambios a partir de la constitución de 1991”, financiado con recursos de la Universidad Santo Tomás (Bogotá).

** Valera, en su juicio crítico a la obra Tabaré de Juan Zorrilla, expresa tal cuestionamiento. En el poema, Tabaré era hijo del Cacique Caracé, de la raza de

Introducción

La presente investigación busca realizar una revisión documental lacudiendo al diálogo interdisciplinar entre el derecho y las ciencias sociales. El objetivo es analizar cómo se desarrolla la conformación de la familia al interior de diversas comunidades indígenas asentadas en el territorio nacional. Se busca dar a conocer que diversas prácticas de regulación al interior de esas comunidades no las alejan del espíritu al que se orienta la Constitución de 1991.

Vale recordar que el 7 de agosto del 2019, en la celebración del bicentenario de la independencia (1819-2019), realizada en la plaza de Bolívar de Tunja, se hizo un pequeño homenaje a los indígenas. En este se reconoció la realidad ancestral de sus etnias, que, aunque menguadas, aún resuenan, a través de sus costumbres, en nuestra patria. Se presentó una obra de teatro mezclada con caricaturas donde aparecen indígenas que gritan en su dialecto “nuestra cultura no será la misma después de vuestra llegada”. Luego, una mujer indígena embarazada expresa: “mujer madre ahora yo soy la extranjera, yo me encargaré de proteger la semilla para que vuelva a germinar con nuestra propia herencia”¹.

La existencia y presencia de las comunidades indígenas en el país empezó a tener particular reconocimiento en la legislación nacional con la Constitución de 1991. Por ello, tal como lo expresó Carnelutti (2007):

Si los juristas, pues, son los obreros calificados del derecho, no todo en derecho es obra de ellos [...]. Ahora bien, se puede admitir que no haya necesidad de un adiestramiento específico para hacer las aplicaciones de las leyes necesarias a la vida cotidiana [...]. Las leyes pueden, pues, ser también no expresas, o como se suele decir, tácitas; a la ley tácita se le da el nombre de costumbre. Con el progreso del ordenamiento jurídico las leyes habladas y hasta escritas prevalecen cada vez más exactamente sobre las costumbres; pero esta regla tiene sus excepciones. (p. 70)

los Charrúas, y de una noble doncella española, cuya raza desaparece por completo en su lucha contra los españoles (De San Martín, 1972).

1 Obra de teatro “Crisol mágico”, transmitida por el canal institucional Señal Colombia.

De ahí la importancia y justificación de esta investigación. A través de un método cualitativo de recopilación de información en fuentes secundarias sobre mitos y costumbres, complementado por entrevistas realizadas directamente a indígenas en calidad de líderes o estudiantes, se pretende aproximarse a establecer un reconocimiento de las costumbres familiares de algunas comunidades indígenas colombianas. Por lo mismo, Carnelutti (2007) agrega:

Pero lo que se debe tener bien en la mente es que, si la evolución agrega progresivamente algo a lo que antes existía, lo que antes existía no deja por eso de existir. Quiero decir que las unidades menores no desaparecen porque se formen unidades mayores. La familia está comprendida, pero no absorbida en la gens o gente; y lo mismo la gente en la tribu o en la ciudad; e igualmente, la ciudad en la provincia, en la región, en el Estado. Estado se llama, necesariamente, la unidad superior; pero las unidades inferiores, si cambian de nombre, no pierden ni la estructura ni la función.² (p. 70)

Como bien afirma Guzmán (s.f.), el Derecho, dentro del cual se adscribe la presente investigación, acude a otros campos de las ciencias humanas, como la literatura, la historia y la antropología, entre otros, para tratar de esbozar la realidad indígena que se analiza. Por ello, el autor en mención asevera que, de lado del principal eje teórico de la investigación, que es el jurídico, deben existir otros dos que permitan aproximarse a una visión más integral del objeto de estudio, que en este caso son: la familia indígena en Colombia, la tierra y la identidad. La tierra debe su importancia a que las relaciones entre indígenas

2 Igualmente, Carnelutti (2007) expresa: “Hay que hacerse cargo de esta verdad para comprender la estructura, o más bien la naturaleza, del Estado. La pretensión, entre otras cosas, de negar la familia para afirmar el Estado, es una de las más insanas aberraciones que puedan adoptarse en la historia del pensamiento humano. Sin la familia, el Estado no puede vivir, como no se podría construir un edificio si se disgregasen los ladrillos con que se lo construye. Un Estado sin familia es absurdo, como un cuerpo humano sin células. Así como la salud del cuerpo humano depende de la permeabilidad de las células al misterioso flujo vital, así también la salud del Estado depende de la cohesión de la familia, es decir, de la circulación del amor entre sus miembros” (p. 70).

y colonizadores, durante la conquista, se establecieron en términos de desplazamiento y control territorial. Con el advenimiento de la república, no han cesado en la actualidad las reclamaciones jurídicas relacionadas con el progresivo desposeimiento territorial indígena. Esto afecta las tradiciones culturales autóctonas y la subsistencia individual y colectiva:

También surge la tierra como eje conceptual en la medida en que es en torno a ella que se han estructurado las políticas estatales colombianas respecto a los indígenas, desde la constitución de los primeros repartimientos a los Conquistadores, hasta la disolución y posterior recuperación progresiva de las tierras de resguardo, pasando por las políticas de fomento a la colonización, de delegación de autoridad en los grupos misionales, y de reforma agraria. (Guzmán, s. f.)

En cuanto a la identidad, es la pertenencia individual al grupo indígena la cual tiene doble importancia. En primer lugar, porque constituye un factor de resistencia, debido a que, desde la conquista y hasta el periodo republicano, se les persiguió para obtener sus tierras. En segundo lugar, porque constituye un mecanismo social de adaptación y reacomodación de la comunidad ancestral (Guzmán, s. f.).

En la Constitución de 1991³ se reconoce la diversidad étnica y cultural, un reconocimiento a la existencia de comunidades indígenas que estaban presentes en el territorio antes de la conquista española y que, a pesar de su exterminio y desplazamiento, se encuentran a lo largo y ancho de todo el territorio nacional. Basados en un etnocentrismo fuerte, los españoles los llamaran “salvajes”, en términos de Farfán Moreno (2009), de modo que fueron excluidos de cualquier derecho

3 Esto se encuentra consagrado en los artículos: 1, 7, 8, 9, 10, 68, 70, 72, y desarrollado en las Sentencias: T-523/97, C-139/96; C-104/95, T-496/96. El Código de la Infancia y Adolescencia, en su artículo 25, consagra que el niño “tiene derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia”, y, en el artículo 70, se prefiere la adopción por miembros de la misma comunidad, pero, si no se da, requerirá consulta previa y consentimiento de las autoridades de la comunidad.

a la propiedad y a la dignidad humana⁴. Pocos conciudadanos conocen sus raíces, usos y costumbres. Dichas comunidades incluso han tenido que vivir defendiéndose de los abusos e intereses de otros grupos al margen de la ley, en ocasiones de sus conciudadanos y de quienes abusan de la autoridad que ejercen en nombre del Estado.

Un grito de ayuda para los indígenas explotados en medio de la selva fue el lamento en las caucherías, que presenta José Eustasio Rivera (1984, pag.304 y 128), en *La Vorágine*⁵, a través de Arturo Cova, quien escribe una carta al Cónsul y dice: “invoco sus sentimientos humanitarios en alivio de mis compatriotas, víctimas del pillaje y la esclavitud, que gimen entre la selva, lejos de hogar y patria, mezclando al jugo del caucho su propia sangre”. Castro Caicedo (1979) también cuenta cómo la Registraduría Nacional del Estado Civil no podía legalizar sus documentos por culpa de la familia Arana del Perú, que los había esclavizado⁶.

Arango (1980), en relación al tema, asevera que hubo razas, como la pijao, que ser vencidas llevó a que las mujeres se hirieran el vientre

4 “A partir de una concepción ahistórica y abstracta de la naturaleza humana, proveniente de una determinada posición filosófica o visión (por ejemplo, la de occidente), se pretende interpretar la humanidad independiente de sus culturas, costumbres, deseos, creencias [...]”.

5 “se nos fueron presentando los indios nuevos, acompañados de sus mujeres, que les ponían la mano derecha en el hombro izquierdo para advertirnos que eran casadas. Una que llegó sola, nos enseñaba el chinchorro de su marido y se exprimía el lechoso seno, dando a entender que había dado a luz ese día. El Pipa, ante ella, comenzó a instruirnos en las costumbres que rigen la maternidad en dicha tribu: al presentir el alumbramiento, la parturienta toma el monte y vuelve ya lavada, a buscar a su hombre para entregarle la criatura. El padre, al punto, se encama a guardar dieta, mientras la mujer le prepara cocimiento contra las náuseas y los cefálicos [...] de cabeza vendada con hojas, se quejaba desde el chinchorro y pedía cocos de chicha para aliviar sus padecimientos” (p. 128).

6 “La [Casa Arana] fue una compañía de caucheros peruanos que, hasta finales de la década de los 30, explotó, en Araracuara, las selvas del sur con la sangre de millares de indígenas. Ellos marcaron con hierro caliente a los aborígenes, utilizaron todas las mujeres de sus tribus cuando llegaban a los 12 años, azotaron hasta morir a aquellos que no entregaban periódicamente una cuota de caucho previamente fijada [...]”.

para arrojar la criatura que llevaban en sus entrañas, para que así estos no tuvieran que soportar la injuria y la humillación de la servidumbre que traía consigo la conquista española (Ministerio de Cultura, s.f.). Cabe aquí mencionar que, si bien es cierto que muchos religiosos, apadrinados por los españoles, se beneficiaron de la esclavitud de los indios de América, hay ejemplo de varios dominicos que salieron a defenderlos y a reclamar, conforme al evangelio, que eran criaturas humanas con derechos. Ejemplo de ello son, entre otros, Francisco de Vitoria y Antón de Montesinos (1511)⁷, tal como se lee en su sermón cuando afirma: “Decid, ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos Indios...?” (De las Casas, 1951, pp. 441-442).

Mitos y leyendas que relacionan el origen del hombre y la fecundidad propia de la conformación familiar indígena

Tal como lo expresa Geertz (s.f.), el análisis de una cultura no puede hacerse como si se tratará de “una ciencia experimental en busca de leyes, sino [como] una ciencia interpretativa en busca de significaciones”. Por ello, no se puede desconocer el mito en materia de costumbres ancestrales.

Así las cosas, toda costumbre hace parte de una cultura y esta a su vez, según Rubio (2007), “tuvo su origen cuando nuestros antepasados

7 “¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas dellas, con muerte y estragos nunca oídos habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin dalles de comer ni curallos en sus enfermedades en que, de los excesivos trabajos que les dais, incurren y se os mueren y, por mejor decir, los matáis por sacar y adquirir oro cada día? ¿Y qué cuidado tenéis de quien los doctrine y cognozcan a su Dios y criador, sean bautizados, oigan misa, guarden las fiestas y domingos? ¿Estos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amallos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? ¿Cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos?” (Sermón del 21 de diciembre del 1511)

adquirieron libre y arbitrariamente la capacidad de simbolizar o de originar y dotar de significado una cosa o hecho, y [...] captar y apreciar su significado” (p. 3) y tener memoria de esas costumbres. Además de dar identidad y pertenencia a un pueblo o nación, le dan la posibilidad de agradecer la cultura y, en consecuencia, es la base de su reconocimiento y compromiso de socialización y defensa.

En las diferentes etnias de nuestro país, hay mitos y costumbres propias de la cosmovisión indígena. En su base, hay una figura masculina y una figura femenina, de donde surgen unos hijos y, de allí, se desprende a su vez la conformación de la familia y su relación con la madre tierra, Pacha Mama. Ejemplos de estos mitos son:

Mito xocama (Leticia, Amazonas): origen de los astros

Un día el Sol estaba casado con la Luna. Pero un día se amargó con ella por el mal comportamiento de sus hijos, las Siete Cabrillas (estrellas), que cuando salían a pescar regresaban tarde a la casa. Entonces un día pelearon hasta decidir separarse. La Luna cogió a sus hijos y se los llevó. Lloró junto con ellos y subieron al espacio, arriba de la ciudad de las almas, un poco más abajo de donde vive Kémari⁸. De esa manera, la Luna sale a alumbrar con sus hijos en la noche. El Sol se fue solo por otro lado. Pero Kémari, al ver que estaban peleando, se amargó. El Sol se hizo rojo, por avergonzado, y así quedó hasta el día de hoy.

Este relato fue contado por el nativo Wilfredo Pereira, y tomado de la Cartilla del Consejo Superior de la Judicatura y la Asociación zonal de concejo⁹ de autoridades indígenas de tradición autóctona (AZCAITA).

8 En el mito es el primer hombre bueno que vino a la tierra y preñó a la boa para que de allí saliera el pueblo Kukama, ahora pertenece al espacio, se convirtió en paloma.

9 Este Concejo hace alusión a una Corporación o Asamblea de personas con una autoridad territorial.

Mito de los indios muzos (altiplano cundiboyacense): el dios Are y el origen de los seres humanos

La tierra era un valle feliz y de hermosura sin par. Sobre ella regía Are, el dios supremo, quien, en su infinito amor y generosidad, habíale regalado las plantas, las flores, el sol, la luna e incontables luminas. Un día el dios Are decidió descender a la tierra desde su morada cósmica [...] se detuvo al pie de un caudaloso río (El Carare) y de sus riberas tomó unos juncos y con ellos confeccionó sendos muñecos que, al infundirles el soplo divino, les dio vida. Llamó a uno de estos Fura, que quería decir hembra o mujer; al otro, Tena, o sea macho u hombre. Y así fue cómo surgieron en la tierra los primeros seres humanos; fue la iniciación del humano linaje. [...] Are les encomendó la misión de reproducirse y poblar la tierra con numerosa progenie. Empero, púsoles la condición de ser mutuamente fieles, porque solo de esa manera se conservarían eternamente jóvenes, sin que en ningún instante conocieran las penas y el dolor. Si violaban este precepto o condición de fidelidad, entonces vendría la vejez, la enfermedad y la muerte. [...] Pasaba el tiempo, cuando un día cualquiera apareció un apuesto joven en procura de una misteriosa piedra verde [...], que daba vida eterna. [...] Zerbi contó a Fura sus deseos [...]. Partieron Fura y Zerbi hacia las montañas cercanas en el intento de conseguir la prodigiosa joya. [...] Fura fue sintiendo atracción por Zerbi y estos amantes saciaron su loca fiebre de amor. [...] de pronto Fura despertó a la realidad y comprendió la inmensa falta que había cometido... una profunda melancolía inundaba su alma [...] iban reflejándose en su rostro y cuerpo. ... Fura regresa a su hogar mancillado. [...] Tena decidió poner fin a su propia existencia [...]. (Arango, 1980)

Mitos muiscas (Cerros de Bogotá): el diluvio como castigo a partos de mujeres promiscuas

Llevábamos mucho tiempo navegando... Arrojábamos al dios Fucha, todo polvo dorado, en busca de su complacencia, evitando que se abriera y nos consumiera en ahogo al sumergirnos en su abismo profundo. Habíamos sido desterrados de nuestras propias tierras por el terrible y despiadado dios Chibchacum [...] se había aliado con la madre de Tegua, para castigar los partos de mujeres promiscuas [...] que gustaban de hombres violentos... se levantó de las tinieblas, enrojecido de horror en carrera de vértigo, arrasando primero la bóveda de los dioses... Provocando a la vez, que los nidos que sostenían en las cumbres los hijos de la diosa Tulema, se desbocaran en tremenda avalancha. Inundando y exterminando las razas de todos los hombres. (2015, p. 33)

Lizarazo (2015) agrega a lo anterior, que Bachué es su diosa madre: “Como fértil matrona y madre de la maternidad y de los partos... siempre de la mano de su amante y consorte Lavacué” (p. 55). Asimismo, Beltrán (1980) expresa que los Muiscas consideraban la familia como núcleo de su sociedad. Se daba el matriarcado, tal que la virginidad se exigía a los hombres para ejercer los cargos más importantes. A los Príncipes se les permitía tener cuantas mujeres pudieran sostener. Además, la esterilidad masculina se consideraba una desgracia de repudio, pues:

la fertilidad de los campos se relacionaba con la femenina¹⁰. De aquí, el que al tiempo de las siembras celebraban fiesta, las cuales culminaban con relaciones sexuales, como evocación de abundantes cosechas [...] el matrimonio tiene alcances familiares, sociales y con la naturaleza [...] tiene proyección en el orden cósmico. (Beltrán, 1980, p. 69)

10 Beltrán (1980) precisa que *muiscas* quiere decir “hombre o persona”. En cambio, *chibcha* designa la lengua de gran parte de pueblos amerindios.

El mismo Beltrán nos transcribe los siguientes relatos.

Mito de Hunza: castigo al incesto

Se dice que Hunza se enamoró y embarazó a su hermana y ante el castigo de la madre por descubrir el embarazo, ambos hijos terminan huyendo y van a Susa, al parir el hijo lo convierten en piedra y lo dejaron en una cueva, ellos llegan luego a Bogotá, al pasar el río, Salto del Tequendama, sintieron el cansancio y siendo mayores, determinaron también convertirse en piedra. (Beltrán, 1980, p.76)

Mito de Guatavita¹¹: castigo al adulterio

Relata que el Guatavita ante la traición de su mujer con un caballero de la corte, le dio el más cruel castigo al adúltero y sus partes de la punidad se las dio a comer a su mujer, castigo que cantaban los indios en sus fiestas y que hacían que fueran fiestas amargas a la mujer, quien decide huir con una muchacha que había parido una hija del cacique, a las que arrojó al agua y luego se arrojó ella, donde se ahogaron todas. El cacique ordenó al jeque sacarlas, pero él salió y dijo que la cacica estaba viva y no regresaría. El cacique le pide al jeque que saque entonces a su hija. La sacó muerta y sin ojos, quedando sin consuelo el cacique. Se dice que en ocasiones sale la cacica sobre las aguas de la laguna prediciendo males, muertes y enfermedades. (p. 80)

En palabras de Niño, Carlos (2015) en la organización social de las comunidades indígenas, “La relación con las plantas cultivadas es de parentesco, una alianza, pues la chagra es un espacio de conjunción de lo masculino y lo femenino”.

11 La laguna de Guatavita, por los rituales allí celebrados y sus ofrendas en oro y piedras preciosas, se asocia con el ritual de “El Dorado” y fue explotada en la conquista por las riquezas en ella encontradas.

Primeros rastros de las comunidades indígenas en Colombia

Para comenzar, cualquiera que sea la creencia o teoría sobre el origen del hombre, es claro que nuestros antepasados fueron nómadas: conforme a sus luchas, evolución y búsqueda de refugio y supervivencia, han ido siempre de un lugar a otro. De alguna manera, siempre habrá un antepasado que marcó algo en nuestra identidad presente. Por lo mismo, y ante el fenómeno tan debatido de la migración en el mundo entero, se debe reconocer con humildad que, aun cuando cada Estado es autónomo en sus políticas y legislación, todo ser humano tiene derecho a buscar ubicarse donde él y su familia tengan más oportunidades de vida, seguridad y progreso.

Una de las teorías desarrolladas acerca del poblamiento del continente americano la expresan Pericot y Maluquer (1970). Ellos buscan en el paleolítico superior los primeros seres humanos que habitaron el nuevo mundo (América), específicamente los que llegaron al sur. Otros autores hablan de su presencia en el Pleistoceno. Los restos arqueológicos de utensilios, que datan de 10 000 años a.C., prueban la actividad de caza en el territorio de Garzón, en el hoy departamento del Huila, en Colombia. Según esta teoría, en dicha época llegaron algunos grupos humanos asiáticos premongoles y protoeurópidos, que habían pasado el estrecho de Bering.

Por su parte, Beltrán (1980) expresa que la teoría del paso por el estrecho de Bering desde Asia (Hrdlicka) y por tal vía estuvo el paso libre de hielos al final de la era cuaternaria, desde allí nace la hipótesis del “homotipo” en América. Para Beltrán (1980) esta hipótesis es insostenible, por no haber unidad racial en nuestro continente. Según Rivet (1973), existe otra teoría que no solo acepta el paso enunciado en la anterior, sino que considera otras vías: por la Antártida y por la ruta transpacífica. Rivet afirmará categóricamente “que el elemento étnico asiático es importante, ya que daría [el aire de familia] a los amerindianos [...]. Este fenómeno aclararía el mestizaje consecutivo en América, lo cual explica el poliformismo de nuestros pueblos” (p. 70). Además de los asiáticos, venimos de otras etnias: australianos, melanesios, malayo-polinesios, pigmeos y normandos.

Pericot y Maluquer (1970) afirma que existía una organización en la que participaban todos los miembros del clan familiar. A la caza y a la pesca realizada por el hombre se unía la recolección de alimentos vegetales realizada por mujeres y niños. Y aunque no se han encontrado todavía restos arqueológicos - que permitan considerar los lazos que unían a esas tribus, imaginan la sociedad de esa época “basada en el totemismo¹² y la magia. Tal es lo que la comparación con las sociedades primitivas actuales parece sugerir. Jefes, sacerdotes, brujos, ritos de iniciación, danzas con máscaras, etc., podrían imaginarse en la vida de esos cazadores”. También agregan que “[e]l conocido etnólogo P.W. Schmidt habló del matriarcado al final del paleolítico” y que no conciben técnicas y artes tan admirables “sin alguna suerte de organización compleja” (Perico y Maluquer, 1970). Todo esto lleva a pensar en una organización familiar desde aquellas remotas épocas.

En el caso del pueblo nasa, a partir de las excavaciones en la Loma del Aguacate y la Loma de Segovia, llevó a cabo investigaciones arqueológicas basadas en los vestigios como hipogeos, sitios de vivienda, cerámica, orfebrería, caminos, entre otros, que a su vez facilitaron la reconstrucción del Parque Arqueológico de Tierradentro¹³ [...]. De acuerdo con las fechas de carbono 14, se [ha] establecido [un periodo histórico] caracterizado por los Hipogeos con fechas absolutas entre el año 870 a.C. y 850 d.C [...]. En el caso de las excavaciones arqueológicas en “El Abra” entre Zipaquirá y Tocancipá, los objetos encontrados del pueblo Muisca datan de 12.400 años a.C. (Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2020).

12 “¿Qué es un tótem? Por lo general, un animal comestible, ora inofensivo, ora peligroso y temido, y más raramente una planta o una fuerza natural (lluvia, agua) que se hallan en una relación particular con la totalidad del grupo. El tótem es, en primer lugar, el antepasado del clan y en segundo, su espíritu protector y su bienhechor, que envía oráculos a sus hijos y los conoce y protege aun en aquellos casos en los que resulta peligroso. Los individuos que poseen el mismo tótem se hallan, por tanto, sometidos a la sagrada obligación, cuya violación trae consigo un castigo automático de respetar su vida y abstenerse de comer su carne o aprovecharse de él en cualquier otra forma” (Freud, 1913).

13 El Parque Arqueológico de Tierradentro (hoy departamentos del Cauca y Huila) fue declarado patrimonio de la humanidad por la Unesco en 1995.

Reconocimiento constitucional e internacional de las comunidades indígenas en Colombia como sujetos colectivos de derechos

La disciplina antropológica considera que el continente latinoamericano atraviesa, desde décadas anteriores al siglo XX, un proceso de reconocimiento de la diferencia y pluralidad étnica, que se visibiliza tanto en escenarios políticos como culturales. Se comprende que las poblaciones étnicas (indígenas, afros, rom y otros grupos) han incrementado su participación en diversos escenarios sociales en los últimos decenios. Esto se ha dado, en algunos casos, a partir de la proclamación de normas al interior de los Estados y, en otros, con documentos de derecho internacional, como es el caso de la declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho de los pueblos indígenas (2013).¹⁴ El reconocimiento de las comunidades étnicas como sujetos colectivos de derecho y, dada su vulnerabilidad, como sujetos de especial protección, hace que la Corte Constitucional (T-001 de 2019) resalte que tienen como primera garantía la imperiosa necesidad de estar inmersos en la actividad pública, a través de la adquisición de la calidad de actores sociales del espacio político nacional y regional latinoamericano (Montero, 2006).

En este sentido, en la actualidad, se observa que diversas figuras del entramado jurídico colombiano fueron implementadas en el régimen colonial y vigentes durante la república naciente en el siglo XIX, con ligeros cambios propios de la doctrina política del liberalismo clásico que imperó en el pensamiento de los próceres independentistas y que se vieron reflejadas en las primeras cartas constitucionales que rigieron que por la vía armada había alcanzado la independencia de sus metrópolis europeas (López Michelsen, 2006).

Hoy “muchos pueblos indígenas en Colombia han iniciado un proceso de rescate de esta memoria, de esa herencia histórica de miles

¹⁴ Declaración adoptada en el 2007, en la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York.

de años de construcción de conocimiento, en su constante ejercicio de ensayo en el acierto o el error” (Monje, 2015, p. 35).

Así las cosas, Montero (2006) asevera que en Colombia, 200 años después de darse la gesta libertadora, los pueblos indígenas en su mayoría habitan en territorios rurales bajo la modalidad de tenencia de tierra de resguardo¹⁵, figura institucionalizada en el Nuevo Reino de Granada desde la promulgación de la Constitución de 1886¹⁶. Actualmente cobra gran importancia, por cuanto de ella deviene la protección colectiva de la tierra, por parte del Estado, para las comunidades ancestrales indígenas.

De allí proviene el sistema sobre el cual se establece que la ocupación histórica del territorio, la conservación de usos y costumbres y la condición de ser grupos prehispánicos son los principales rasgos que caracterizan una colectividad humana como étnica. Al establecer la cualidad de étnico, se designan las propiedades mencionadas a un grupo humano y esto supone: una ubicación y algunas características esenciales que permiten su incisión en el principio multicultural y pluriétnico que la Constitución [de 1991] establece. (Montero, 2006)

15 “[Para el 2006 existían] 710 resguardos titulados, 18 ubicados en 27 departamentos y en 228 municipios del país, que ocupan una extensión de aproximadamente 34 millones de hectáreas, equivalente al 29,8 % del territorio nacional. Estas cifras evidencian un incremento significativo del 127 % en el número de resguardos y del 7 % en el territorio por ellos ocupados” (Ruiz, 2006). Hoy día, según la Agencia Nacional de Tierras ANT, solo en el departamento del Cauca, hay 3’059.900 hectáreas, ocupadas por comunidades indígenas, pero solo 189.703, se encuentran debidamente tituladas y legalizadas, la ANT tiene 94 solicitudes de pretensiones territoriales indígenas (Diario el Tiempo, 15 de octubre de 2020).

16 Es dable recordar que, durante el siglo XIX, se proferen diversas normas que buscan acabar con la figura del resguardo, al entender este como ignominiosa herencia del pasado colonial. Entre las leyes se citan a la ley 90, promulgada por el Estado Soberano del Cauca en 1859, y a la Ley 89 de 1890: “Por medio de la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”.

En este marco, la doctrina especializada considera que la influencia, que tuvieron los indígenas durante las discusiones que se dieron en el seno de la Asamblea Nacional constituyente en 1990, se puede evidenciar en tres aspectos: 1) el ordenamiento territorial; 2) la apertura de espacios políticos y sociales de participación para los indígenas y los demás grupos étnicos, como la circunscripción especial indígena y la circunscripción especial para los grupos étnicos; y 3) el reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de la nación colombiana, así como la garantía de derechos territoriales y culturales para los indígenas en la nueva Constitución (Londoño, 2002). Por lo anterior:

indagar en los procesos de construcción de la territorialidad de los pueblos indígenas implica remitirse a la dimensión cultural que envuelve la relación de estos con la tierra. Desde esta perspectiva la tierra se construye como una noción imbricada simbólicamente por significados y prácticas (tradiciones, rituales, historia), que configura el suelo y sus recursos como una unidad indivisible en la cual las comunidades construyen y afianzan su identidad. (Ruiz, 2006, p. 1)

En tal sentido, la carta política vigente les otorga una jurisdicción especial, al consagrar en el artículo 246 que:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, *siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República*. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. (énfasis agregado)

Esto facilita el reconocimiento de la propiedad colectiva de sus pueblos. En este punto debe reiterarse que hoy día las comunidades indígenas, afrodescendientes y raizales son considerados “sujetos colectivos de derechos”¹⁷. Esto significa que la comunidad en su conjunto es sujeto de derechos fundamentales, no reducibles a los derechos

17 Ver Sentencias: T-380/93, T-001/94, T- 778/2005, T-001/2019.

de sus miembros individualmente considerados, como aclara la Corte Constitucional afirmando que:

La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. (Sentencia T-380 de 1993)

Acorde con los pronunciamientos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y específicamente en el marco de su declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, se señala que debe dárseles reconocimiento autónomo y, por tanto, velar por la protección de sus derechos a la distintividad, a lo propio, al mejoramiento económico y social, y a tener un derecho preferente (Unicef, s.f.). En el mismo sentido, Valencia (2016) señala que tal reconocimiento se hace a través de la ley 21 de 1991, que aprobó el Convenio 169 de 1889 de la Organización Internacional del Trabajo. Según esta:

[Son] derechos fundamentales de los pueblos indígenas, entre otros, el derecho a la integridad étnica y cultural que comprende el derecho a la supervivencia cultural, el derecho a la preservación de su hábitat natural, el derecho a la propiedad colectiva¹⁸ sobre la tierra habitada por la comunidad, el derecho a determinar sus propias instituciones jurídicas, el derecho a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos, el derecho de la comunidad a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros, el derecho a participar

18 La Ley 89 de 1890 fue la ley de resguardos hasta la constitución de 1991 y ya hablaba de propiedad comunal. Pero los intereses políticos velaban porque terminaran convirtiéndose en propiedad privada de terratenientes. De ahí las batallas dadas por diferentes comunidades indígenas para la recuperación de sus territorios y la creación de la Organización Nacional de Indígenas de Colombia (onic) en 1982.

en la toma de decisiones que puedan afectarlos y el derecho de acudir a la justicia como comunidad. (Sentencia T-778/2005)

Para los sujetos colectivos la tierra es un elemento indispensable para mantener sus tradiciones ancestrales, y que principalmente en la cosmovisión indígena se mantienen intactas sus raíces de respeto y cuidado de la naturaleza, y que tener un territorio propio los protege de influencias externas de otros pueblos (Rodríguez, s.f.). Así las cosas, la ley 1448 del 2011, Ley de víctimas y restitución de tierras, en sus artículos 2° y 205 también reconoce los derechos de territorio a las comunidades indígenas, obligando a la consulta previa por parte del Estado ante las comunidades que puedan ser afectadas por concesiones o contratos que afecten sus territorios¹⁹.

Para estas comunidades, la tierra es de gran importancia, pues de allí brota su sinergia y respeto. En las riveras del río Atrato, en el departamento del Choco, habitan específicamente 600 comunidades negras, agrupadas en 70 consejos comunitarios mayores, y 120 resguardos indígenas de las etnias Embera-Dóbida, Embera-Katío, Embera-Chamí, Wounan y Tule, que ocupan 24 de los 30 municipios del Chocó. El 4 % restante de población es campesina mestiza. Dadas las actividades intensas de mineras y de explotación forestal ilegales, que ponían en peligro el río, se profirió la Sentencia T-622 de 2016, que reconoce al río Atrato como sujeto de derechos²⁰. Como consecuencia de dicha protección, se garantiza paralelamente, a los sujetos colectivos que habitan el Choco, un medio ambiente que les permita convivir y mantener sus territorios y tradiciones²¹.

19 Tema que fue incluido en el Acuerdo de Paz suscrito entre el Estado colombiano y la guerrilla de las FARC.

20 Mediante sentencia de diciembre del 2019, el Tribunal Administrativo del Quindío, en respuesta a una acción popular interpuesta por la Procuraduría, la Defensoría y la Personería del departamento, también declaró al río Quindío sujeto de derechos, para protegerlo de la contaminación. Con la protección de los ríos se garantiza a su vez el derecho de las comunidades que los circundan.

21 Acaba de ser admitida en el Consejo de Estado (septiembre del 2019) una demanda, en representación de la comunidad Wayuu, contra la licencia ambiental dada al Cerrejón para la explotación de Carbón en la Guajira. En esta se alega

Acorde con el tema general de este capítulo (la familia en comunidades indígenas), se debe expresar que la jurisdicción especial indígena tiene un límite. Ello se evidencia en el caso de una menor indígena, de la comunidad Nasa, que, en desarrollo de su “derecho a tener una familia y no ser separada de ella”, quería compartir con las dos familias de sus progenitores. La Corte, en Sentencia T-443 de 2018, estableció:

que la autonomía de los pueblos indígenas, aunque encuentra plena protección y reconocimiento constitucional, puede ser excepcionalmente limitada cuando las autoridades del Estado tengan la certeza de que existe una situación de vulneración de los derechos de los niños indígenas.

Este pronunciamiento es de gran importancia, pues limita la autoridad y jurisdicción indígena frente a este caso de custodia pedida por el padre, como en realidades tan duras vividas por los niños indígenas del país, como fue el problema de desnutrición y muerte en la comunidad indígena Wayuu de la Guajira en el 2014.

Para la recuperación de la memoria indígena el Ministerio de Cultura, en la coordinación para la concertación nacional, elaboró el programa “La expedición sensorial”²², que forma líderes en diferentes facetas artísticas, para que, a través de danzas, cantos y demás expresiones orales, los niños y jóvenes de las comunidades aprendan la tradición oral de forma lúdica y se identifiquen nuevamente con sus tradiciones.

En el informe 2018-2019 del Ministerio del Interior, también se está trabajando en la organización de los resguardos indígenas, la protección de las comunidades y sus familias, dado el desplazamiento forzado por los problemas de orden público (Sentencia T-025/2004). Se está desarrollando la normatividad para la prevención y protección de los derechos de los Pueblos Indígenas en Aislamiento, con las entidades del orden

el daño que se hace a la tierra que tanto cuidan las comunidades indígenas, explotación que beneficia a intereses económicos externos y que ni siguiera las regalías exigidas por ley llegan a compensar la falta de agua y recursos naturales indispensables para la conservación del territorio ancestral.

22 Investigación de Marina Valencia Mejía, transmitida en un programa del canal Telecafé en agosto del 2019.

nacional que hacen parte de la Comisión Nacional de Prevención y Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Aislamiento, según lo establecido en el Decreto 1232 de 2018. Así mismo, se trabaja en Planes de Reparación Colectiva para las comunidades víctimas del conflicto armado, tema que se expone a continuación. Todo esto redundará en beneficio de la vida familiar y comunitaria de las comunidades (véase Ministerio del Interior, s.f.).

La ley 1948 de 2019 amplía la cobertura rural del programa Familias en Acción para superar la pobreza extrema, incluyendo expresamente como beneficiarios del reconocimiento presupuestal a las familias de comunidades indígenas. Con ello se busca mantenerlas en sus territorios y poder conservar así sus costumbres e identidad. Esta ley busca que los jóvenes también tengan acceso a la educación superior. Todo lo anterior es un desarrollo del reconocimiento constitucional de las comunidades indígenas como sujetos colectivos de derecho.

La problemática del desplazamiento de las comunidades indígenas y su distribución en la geografía colombiana

En el marco de un “Principio de la diversidad étnica y cultural”, reconocido y protegido por el artículo 7 de la Constitución, la diversidad cultural colombiana cambia formalmente nuestra nación. En el censo poblacional del 2018, se caracterizó por el enfoque diferencial étnico, que incluyó preguntas como pertenencia étnica, territorialidad étnica y lengua en relación a las comunidades indígenas, y que fue realizado en gran parte, por personal de las comunidades conocedoras del territorio, las lenguas y la cultura indígena, para garantizar la veracidad de los resultados ante un formulario por primera vez incluyente. Según el DANE en Colombia residen 1.905.617 indígenas y el total de hogares con jefatura indígena, es de 531.422 (DANE, 2018). Si miramos en paralelo el número censado en relación a las familias, se concluye que el territorio y la familia son importantes en las comunidades indígenas.

Igualmente, es dable destacar que, conforme al censo del 2018, hay 115 pueblos que se reconocen como indígenas, con 64 lenguas amerindias y varios dialectos (13 familias lingüísticas), los departamentos con mayor porcentaje de población indígena son. La Guajira, Cauca, Nariño, Córdoba, Sucre y Chocó. Sin embargo, existen diferencias entre la ONIC y el DANE. Las organizaciones indígenas colombianas en censos anteriores daban cuenta de 102 pueblos indígenas distintos, distribuidos por todo el territorio nacional, en donde el 78 % de la población indígena del país habita en zona rural (Human Rights Watch, s.f.). La Organización Nacional de Indígenas de Colombia (ONIC) considera además que, la mayor concentración de etnias se concentran en los departamentos de La Guajira, Meta, Vichada, Casanare, Amazonas, Magdalena, Guaviare, Valle y Cauca²³.

Si miramos los antecedentes, uno de los primeros estudios, del cual se extraen las principales etnias indígenas que hacen presencia en Colombia, lo realizó en la década de los sesenta el antropólogo alemán Gerardo Reichel-Dolmatoff (Duque, 1965). Él estableció la existencia de 81 etnias, organizadas en 450 comunidades aproximadamente, las cuales hablan igual número de lenguas, agrupadas en nueve familias lingüísticas: Chibcha, Arawak, Caribe, Huitoto, Quechua, Guahibo, Sáliva, Tinigua, y Tukano-Makú. La división geográfica de los asentamientos indígenas está relacionada con la división geográfica del territorio colombiano. Cabe resaltar que, debido a los desastres naturales en algunas zonas de resguardos, al conflicto armado, al reclutamiento forzado y a la presión que ejerce el narcotráfico y otros grupos al margen de la ley, varios asentamientos han venido sufriendo el desplazamiento²⁴.

23 Para ampliar información sobre las comunidades indígenas en Colombia, se sugiere consultar los estudios adelantados por UNHCR-ACNUR. Véase: www.mipresente.org, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Pueblos_indigenas/2011/Comunidades_in.pdf y https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Pueblos_indigenas/2011/Comunidades_indigenas_en_Colombia_-_ACNUR_2011.pdf

24 En entrevista realizada por David Montes de *El Tiempo*, el 6 de enero del 2014, Gabriel Muyuy, director del programa presidencial para pueblos indígenas, expresó que “el 28 % de los indígenas ha sido desplazado”. El DANE dice que en el 2010 ya había 737 resguardos indígenas legalizados en el país.

De las fértiles zonas andinas ocupadas ancestralmente por las comunidades indígenas, se puede apreciar, en el cuadro y mapa, que estas han sido relegadas hacia la periferia del país. Se toma de referencia el documento de la ONU que describe todas las comunidades indígenas en Colombia, con un mapa del país por departamentos, y se hace la relación en colores de territorios ocupados por las comunidades indígenas.

Comunidades indígenas: ubicación territorial por departamentos en Colombia²⁵

Las zonas fronterizas, tanto de la costa pacífica como de los territorios colindantes con Venezuela, Brasil, Perú y Panamá, son las de mayor concentración de comunidades indígenas (ver figura 1). Esta situación se suma a la ausencia del Estado, lo que explica la vulnerabilidad de estos pueblos expuestos a la pérdida de su cultura y territorio ante la permanente confrontación con colonizadores que buscan ampliar la frontera de cultivos ilícitos, de zonas de tráfico de estupefacientes y de explotación minera. En varias oportunidades, la Corte Constitucional se ha ocupado de esta situación, como da cuenta el conocido Auto 004 de 2009:

Todos los que han tomado parte en este conflicto armado –principalmente los grupos guerrilleros y los grupos paramilitares, pero también, en ocasiones, unidades y miembros claramente identificados de la Fuerza Pública, así como grupos delincuenciales vinculados a distintos aspectos del conflicto interno– participan de un complejo patrón bélico que, al haberse introducido por la fuerza

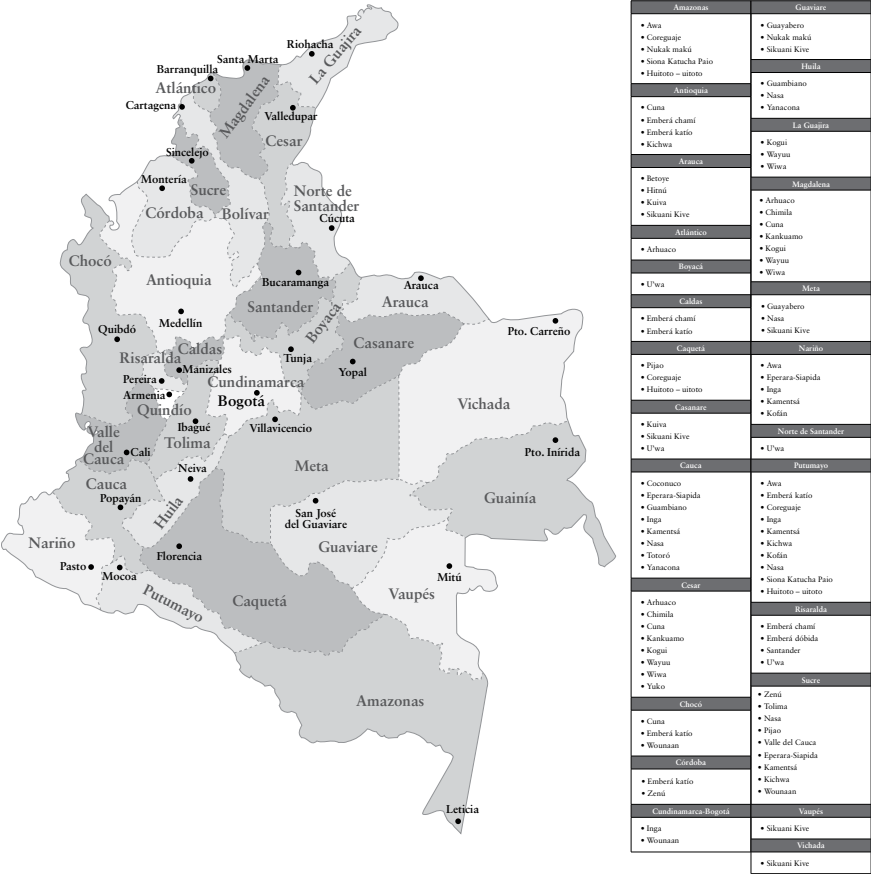
Precisamente en el paro indígena de comienzos del 2019, realizado principalmente en el departamento del Cauca, las comunidades pedían al gobierno el respeto de su calidad de “sujetos colectivos de derecho”, el reconocimiento de su territorio, que fueran tenidos en cuenta en los beneficios derivados del acuerdo pactado en la Habana con la guerrilla de las FARC.

- 25 El cuadro con la clasificación se elaboró con la información dada en el documento de la ONU, recuperado de: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Pueblos_indigenas/2011/Comunidades_indigenas_en_Colombia_-_ACNUR_2011.pdf En Colombia hay comunidades indígenas que perdieron su territorio por lo que no se relacionan.

de las armas dentro de los territorios ancestrales de algunos de los pueblos indígenas que habitan el país, se ha transformado en un peligro cierto e inminente para su existencia misma, para sus procesos individuales de consolidación étnica y cultural, y para el goce efectivo de los derechos fundamentales individuales y colectivos de sus miembros.

A pesar de las celebraciones de la ONU, del 9 de agosto, día internacional de los pueblos indígenas, y 4 de septiembre día internacional de la mujer indígena, es evidente que en los últimos tiempos el problema más grave de las comunidades indígenas es el desplazamiento forzado,

Figura 1. Ubicación geográfica de comunidades indígenas en Colombia



Fuente: elaborado a partir de <https://epicentrogeografico.com/2019/08/como-se-divide-politicamente-colombia/>

generado por diferentes frentes legales, como el de proyectos mineros o de infraestructura regional, e ilegales, provenientes del narcotráfico o grupos de insurgencia, entre otros. Todo esto contribuye a la pérdida de su organización familiar e identidad cultural.

Finalizando la segunda década del siglo XXI, no se puede pasar por alto lo que significó el “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, suscrito por el Estado colombiano y las Farc. Como una muestra del reconocimiento de la problemática que afrontan las comunidades indígenas, del respeto por sus integrantes y del carácter pluralista consagrado en la Constitución colombiana, se contó con la participación de indígenas, afrodescendientes, palenqueros y raizales, que formaron parte de la Comisión Étnica para la paz y defensa de los derechos territoriales. Su propósito fue ofrecer una garantía de la defensa de la vida, cultura, identidad y autonomía de estos pueblos. El resultado se materializa en el Capítulo Étnico del Acuerdo de Paz (Acuerdo Final 6.1.12)²⁶. Este es un gran logro en el papel, pero ahora el Estado debe hacerlo efectivo en la práctica.

La inclusión de esta temática, hasta ahora desconocida en otros procesos de paz, permitió que puntos esenciales como la reforma rural integral, la participación política, las alternativas de solución al problema de cultivo de drogas y la consulta previa a las comunidades sobre proyectos relacionados con sus territorios, sean otra manifestación del reconocimiento de su autonomía y la defensa de sus costumbres, culturas y tradiciones, como una forma de construir paz en los territorios que ocupan. Para el diseño e implementación del programa de seguridad y protección para las comunidades y organizaciones en los territorios, se incorporó la perspectiva étnica y cultural, comprometiéndose a garantizar el fortalecimiento de los sistemas de seguridad propios de los pueblos étnicos, reconocidos a nivel nacional e internacional como la Guardia Indígena y la Guardia Cimarrona.

De igual manera, el Acuerdo señala que:

26 Véase: <http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/herramientas/Documents/Cartilla-etnias-paz.pdf>

con el propósito de atender a las realidades de los territorios de los pueblos étnicos, se tendrá en cuenta los territorios afectados por los cultivos de uso ilícito de los pueblos étnicos en riesgo de exterminio físico y cultural o en riesgo de extinción, así como los territorios de los pueblos étnicos en situación de confinamiento y desplazamiento.

Construcción de familia en las comunidades indígenas

Se ha reconocido que la población indígena basa su desarrollo cultural y económico bajo el principio de la propiedad colectiva: “cada uno de estos pueblos se distingue por su propia cultura e historia, organización social y política, estructura económica y productiva, cosmovisión, espiritualidad y formas de relacionamiento con el medio ambiente” (Human Rights Watch, s.f.). Estos hechos fueron reconocidos ampliamente por los constituyentes, quienes consideraron dignas de ser valoradas esas diferencias sentidas y observables de estos pueblos: el vestido, la lengua, y su condición y configuración diferenciada, donde los integrantes de una etnia viven los derechos de manera distinta, donde los sentimientos que permiten a sus miembros sentirse ligados a una cultura o etnia particular son condición *sine qua non* para ser identificados por ellos y por los demás como indígenas, permitiendo de esta forma crear las condiciones de reproducción y crecimiento como pueblos (UNICEF, s.f.).

De igual manera, adentrarse a estudiar las comunidades indígenas evoca aventurarse a descubrir el papel que ellas han cumplido en la relación con la naturaleza, en el marco de un equilibrio entre la actividad humana de desarrollo sostenible y los recursos ecológicos con los que cuenta para ello. Por lo anterior, se considera que acercarse a conocer las culturas indígenas colombianas requiere tener presente sus medios naturales de vida y subsistencia (la relación con el espacio biofísico), sin desconocer su necesidad de consumo, evolución individual, grupal y como especie (Monje, 2015). Asimismo, implica adentrarse en las culturas ancestrales, a través de las siguientes instancias:

1. Su universo indígena, bajo la óptica de integración natural del indígena en su entorno, en el esquema dual de respeto naturaleza-hombre.
2. El ver, vivir, analizar, participar y compartir las relaciones socio-ambientales de las comunidades, como parte de medio de vida; sin analizarlas unívocamente desde un pensamiento numérico determinista.
3. Su modelo económico no convencional, a través de los principios que se relacionan al interior de la comunidad, al igual que los criterios comerciales utilizados para desarrollar intercambios con sus vecinos no indígenas. (Monje, 2015)

Ahora bien, los planes de vida indígena se pueden determinar como instantes históricos, culturales, ancestrales y particulares que generan identidad de pueblos, tanto al interior de las comunidades ancestrales como en la diferencia que estas cultivan con la restante población de las naciones. En esta vía, es importante rescatar el conocimiento acerca de la relación entre la comunidad indígena y sus espacios físicos, así como el entendimiento de la coexistencia con la naturaleza (historia biocultural) (Monje, 2015).

En consecuencia, la comunidad indígena, al contener recuerdos, modos de vida, dietas alimenticias, tradiciones ancestrales cultivadas por los ancianos, recreación de la tradición oral, conllevan la construcción identitaria de la historia indígena de pervivencia a través de lo que Monje (2015) identifica como cuatros momentos:

1. La historia sobre su génesis: el origen del pueblo, su unión con el territorio ancestral y su uso, identificación de las fronteras físicas y ancestrales, cultivo del arraigo histórico por los elementos que identifican a los indígenas respecto a otras comunidades, sostenimiento y acciones de recuperación de fauna y flora asociada a su cultura.
2. La importancia de un solo núcleo social: construcción de la colectividad, la unidad y la identidad societaria indígena. En este

momento el objetivo es que la comunidad, a través de darse a conocer a personas que gocen de interés en ella, se observe y reflexione así misma en su auto-reconocimiento como miembros indígenas de una nación o un pueblo.

3. La autoridad y el control del territorio: construcción e identificación de los modelos de poder de la comunidad, ejercicio de este por parte de las autoridades tradicionales, capacidad de detentación material y política *alter* de la soberanía territorial, cultural y de co-evolución del ser, como fundamento para el control ambiental, social y político del territorio.
4. La transmisión del conocimiento: se parte de la premisa de que la transmisión del conocimiento tradicional es una herencia de vida y que, a su vez, conlleva generar en los miembros de la comunidad un arraigo cultural y control territorial, así como cimentar la figura de autoridad, además de permitir “establecer los procesos de heredad de los saberes históricos ligados a las autoridades tradicionales, medicina, espiritualidad y la guía por el sendero espiritual de su génesis ligada a un territorio” (Monje, 2015, p. 43).

Por lo anterior,

caben esperarse de grupos humanos diversos como los indígenas y los afrocolombianos asentados en sus territorios colectivos, el futuro de la territorialidad atado a las posibilidades de reproducción material de la vida de las comunidades y pueblos. [...] De igual forma es importante no perder de vista las transformaciones demográficas que los grupos étnicos empiezan a experimentar en momentos de fuerte integración nacional y en un contexto en donde los procesos de modernidad filtran decididamente los ámbitos de la cotidianidad. Sigue siendo una urgencia la creación y efectiva implementación de sistemas que permitan detallar y medir las condiciones de vida de los grupos étnicos en el país. (Ruiz, 2004)

A continuación, se traen a colación algunos relatos de las costumbres y cotidianidad de las comunidades. Guerra (2001) se refiere a los wayuu, situados en Colombia y Venezuela, quienes cuentan con una organización matrilineal. En Colombia hay aproximadamente 22 clanes. Se acepta la exogamia y la mujer es tenida en cuenta para participar en la resolución de conflictos y rituales, cuando los hombres se van a pelear con los de otro clan. Algunas han ostentado el título de “palabreras”, en la solución de algunos conflictos. También se escuchan sus consejos, ejemplo de ello es el relato del mismo autor, que cuenta lo dicho en una entrevista verbal con el palabrero Manuel Peñaranda:

Quando era muy joven tenía un abundante rebaño de cabras y ovejas del cual me sentía orgulloso ya que, rápidamente, se multiplicaban. [...] Un día descubrí que los hijos de las hermanas de mi madre robaban mis animales. Indignado le dije a esta: soy un varón que los hijos de tu hermana juzgan débil, les mataré puesto que merman mis riquezas. [...] Después de la media noche mi madre meció firmemente el chinchorro en donde yo dormía profundamente. Me dijo tristemente: ¿por qué te expresas de esa forma? Te envíe a estudiar donde los alijunas para que el conocimiento obtenido de ellos te tornara en un hombre de paz que orientara nuestra familia y en cambio tengo un joven sin juicio. Yo que, a diferencia tuya, jamás he salido de nuestras tierras ancestrales, soy más sensata que tú. ¿Cómo osas decir que vas a dar muerte a tus hermanos? Sé que te roban, pero ellos lo hacen porque son jóvenes y nada poseen. ¿De qué sirve la riqueza a un hombre si su familia nada tiene? Los extraños dirán que eres un rico solitario, pues tu familia continuará pobre y esa será la peor debilidad que podrán echarte en cara. Mañana llamarás a tus hermanos, darás a cada uno un buen número de animales para que inicien sus propios rebaños y no volverás a desear ningún mal para ellos. Así lo hice y jamás volví a perder una cabra. Mi familia prosperó y yo me hice un jefe reconocido entre ellos.

La cultura muisca, conocida ancestralmente como chibchas, ocupó el altiplano cundiboyacense²⁷. Dos ritos tienen significado para la conformación familiar de los Muiscas. El del nacimiento de los hijos consistía en que, cuando era destetado, lo llevaban unos mozos al río. Si el rollo se volvía entre el oleaje antes de que tomaran al niño, sería desgraciado. Pero, si lo recobraban sin cambio, tendría ventura, dando lugar a una fiesta luego de quitarle el cabello. El segundo ritual es el paso de la niña a doncella, que consistía en sentarla en un rincón, tapándole la cabeza. Luego los indios la llevaban a lavarse y seguían celebrando con chicha (Beltrán, 1980).

Según Rappaport (2005), en el Departamento de Nariño, municipio de Cumbal²⁸, se encuentran comunidades como Cumbal, Panán, Chiles y Mayasquer. En esta región, los miembros del cabildo llevan el bastón de mando como símbolo de autoridad política. El bastón también se usa en rituales familiares. La autora expresa: “los cumbales trazan un vínculo entre ellos y sus antepasados con base en la continuidad moral que se origina en la familia, vehículo fundamental para la expresión histórica [...] los descendientes reciben el nombre de [renacientes] y la continuidad genealógica se representa en el escudo de armas adoptado por el cabildo”. Rappaport (2005) habla de la práctica de la endogamia y de la adopción de costumbres cristianas, resaltando que se habla de familia biológica, que comparte apellidos comunes, y familia política del cabildo, que residen en una misma vereda.

Es importante, para empezar a hablar de las comunidades, tal como lo expresa Gutiérrez (1997), que al interior de la mentalidad aborigen no se concibe la existencia separada de los sexos. A través de la conformación de familias es que pueden cumplir con su ciclo vital. La dualidad hombre y mujer se desarrolla en sus mitos y, a partir de

27 En el municipio de Soacha, Cundinamarca, actualmente hay un museo sobre los muiscas y, en la localidad de Suba en Bogotá, está la Casa de la Cultura, donde se realizan eventos sobre su cultura. No tienen un territorio propio y se encuentran dispersos, lo que hace difícil mantener sus costumbres y derechos como sujetos colectivos. Por esto se ha sostenido con nostalgia que los muiscas han desaparecido.

28 Vecinos de los Cumbales son los Muellamueses.

ellos, se explica la población de la tierra. Por ello, aprovechando la presencia, en la Facultad de Derecho, de estudiantes²⁹ que provienen de etnias indígenas, se realizaron entrevistas a otros miembros de sus comunidades³⁰.

Comunidades indígenas kankuamos y wiwas³¹

Entrevistada: Señora Kettys Fuentes Bolaño³²

[...] Las mujeres y hombres de la sierra consideramos que la armonía y vida familiar se entiende desde la dualidad, la complementariedad y apoyo entre el hombre (el mamo con autoridad, que representa el sol) y la mujer (que representa la luna). El matrimonio se llama “Gayama”. La vida del hombre y la mujer se divide en etapas distintas. Tras el nacimiento viene el bautismo, que se realiza en un sitio sagrado, y allí se le ofrece a la madre tierra semillas, que se le pasan al niño por el pie y la boca. Luego, al crecer, al niño se le enseña a trabajar sembrando.

29 Estudiantes: Juana Valentina Cauache, de la comunidad Kokama en Leticia, departamento del Amazonas, cursa III semestre; Lina Chavez, de la comunidad Nasa Yuwe, departamento del Cauca, cursa VIII semestre. Estas dos estudiantes participaron en el Foro sobre la Amazonía, realizado en la USTA en el 2019. Lina pertenece a un semillero de investigación de derechos humanos y ya ha participado en eventos internacionales. Angiela Judith Torres Fuentes, de la comunidad Kankuama de Río seco, departamento del Cesar, cursa VI semestre; Anderson Muelas Yajimbo del resguardo Paez Guambiano en el Huila, cursa VII semestre; Lizeth Mendez Areegoces, su familia pertenece a la comunidad Kancuama, cursa VIII semestre.

30 Se transcriben solo las respuestas dadas en lo relativo a las costumbres en la conformación familiar.

31 Estos grupos viven en la Sierra Nevada de Santa Marta, departamentos del Magdalena, Cesar y La Guajira. Véase: <https://www.onic.org.co/comunicados-onic/3125-mujeres-indigenas-reconstruyendo-y-fortaleciendo-el-movimiento-indigena>

32 Ostenta el título de Saga (que tiene autoridad). Participante de la X Asamblea Nacional de Mujeres Indígenas, en el marco del proceso de Reestructuración – ONIC. Entrevista realizada el 14 de agosto del 2019.

A los 15 años se les da el poporo³³, herramienta que ellos usan para ordenar el pensamiento. Mientras a la niña se le enseña a tejer y a trabajar la huerta pequeña. Cuando la niña se desarrolla biológicamente, pasa a ser mujer. Se encierra en el tiempo del periodo, no porque sea malo, sino porque es el tiempo que la naturaleza le da a la mujer para tejerse y verse a sí misma. Ella piensa si quiere ser esposa. Es guiada por las abuelas y la mamá. Hay varias noches de consejos y se termina con una comida. El festejo es porque ya puede procrear, pero pueden pasar 1 o 2 años (tiempos de la luna) para que ella decida casarse. Si ella lo decide, se hace el ritual del Gayama. Hoy en día la mujer puede decidir, antes tenían en cuenta el consejo de una persona mayor.

[...] En la ceremonia, la mujer y el hombre se preparan comida. La mujer, bastimento: yuga y ñame, los frutos de la tierra, y los lleva al hombre. Él le prepara carne de pájaro o de pescado. Entre ellos intercambian comida, se lo comen y lo comparten con la comunidad. Ahí ya están casados. Todo se hace espiritual. Van donde el Mamo y la Saga para que los guíen. Casados se juntan las mochilas. Se hace una mochila nueva usando los 2 colores para los hijos.

[...] La separación dentro la tradición no existe, porque, si rompen la unidad, se daña el equilibrio. El hombre tendría que sanear a la mujer con lo que ella le pida. Siempre debe responder por los niños, sino se le aplica la ley propia: debe explicar al Mamo por qué y de todos modos se le obliga. Lo único sería que se perdiera del territorio para no responder, sino la autoridad al cabo lo trae al concejo de mayores para que responda. Si es la mujer quien decide separarse, debe sanear al hombre y hacerse responsable económicamente, si no se queda con los hijos. Siempre se quiere que los niños estén sanos espiritualmente. Estarán con el Mamo y con la Saga para continuar la tradición.

[...] Hay plantas que se usan para la planificación familiar, que se encuentran en territorios de difícil acceso. Pero, donde hay pueblos cercanos, las EPS les ayudan a planificar. A la tierra la llaman “madre universal”, y existe un respeto por la naturaleza que es muy sabia

33 Es un calabazo que lleva un polvo dentro, concha de mar triturada y el “ayo”, que mal llaman la mata de coca.

y siempre nos está hablando de cómo debemos ser y tratarnos. Nunca hemos visto que un árbol se sacuda el bejuco que está enredándose en él. La naturaleza no es violenta. Pero, como han entrado otras costumbres, ya hay esos problemas dentro de algunas comunidades.

[...] Las mujeres, en la tradición, llevan en la cintura un cinturón ancho hecho de cabello, que simboliza el pensamiento y la palabra. El cabello largo significa buen pensamiento. Cortarlo es quitar lo pensado durante el tiempo que duro en crecer. El largo del cabello y el tejido es el vientre de la madre. Nos tejemos. Nos pensamos como pueblo. Es como un proceso evolutivo de la mujer, desde que nace hasta que muere.

Existen cuatro originarios de los Tairona, que es la etnia principal. Cada comunidad tiene un oficio sagrado diferente. Somos como una mesa los 4. Cada uno es una pata de la mesa y todos sostenemos la tierra “wanabinendwa”. Nuestra labor principal es mantener el territorio. Los hijos por lo general son obedientes. Si no, hacemos la práctica del asiento. Se le castiga sentándolo en un lugar a pensar en lo que hizo. Después de la hora, se le pregunta: ¿qué hizo?, ¿por qué fue castigado? y ¿qué es lo que debe hacer de ahora en adelante?³⁴

Comunidades indígenas tikuna, uitotos, kokama y yagua³⁵

Entrevistado: Señor Carlos Cahuache,
docente de la etnia kokama

En mi resguardo indígena Tikuna uitoto, la tradición era hacer la ceremonia de pelazón para la niña. La encierran en un lugar especial por 15 a 30 días, para que haga el paso de niña a mujer, y cierran con una gran fiesta de dos días o más. Se toma masato. Hoy priman las uniones

34 El cepo es castigo para grandes, por un acto muy grave como robo o asesinato, y debe decir por qué lo cometió, qué lo llevo a cometerlo, pedir perdón y en el diálogo se define cómo va a reponer el daño.

35 Estas comunidades habitan en el resguardo indígena Tikuna Uitoto, km. 6 y 11, municipio de Leticia, departamento del Amazonas.

maritales de hecho, muy poco se da el tema de los matrimonios. Aunque también los hay en mi comunidad. Para las uniones no se realiza ningún tipo de ceremonia. Generalmente el hombre sostiene una entrevista con el padre, explicando la situación y compromiso decidido con la hija. Si al padre le parece viable, entrega en unión a su hija y la pareja, a partir de ese momento, ya empieza a compartir vida juntos. Las pocas parejas que se casan lo han hecho por injerencia de la iglesia, creyentes de la doctrina católica.

Comunidad indígena Muellamúes³⁶

Entrevistado: Francisco Salpayud, candidato a concejal por el partido Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia (AICO)

El Abuelo es una persona importante en la comunidad. En su comunidad se usa el matrimonio. Si es obligatorio por un rito católico, son católicos. No se puede adquirir un cargo político si no se tiene una unión legal. La mayoría de las comunidades veneran varios dioses, pero no se les hacen ritos. En este caso, la mayoría permanecen unidos, con 2 y 3 hijos, antes 15 hijos. Ya se usan medicamentos para la planificación. Son pocas la personas que se divorcian.

Resguardo indígena nasa-guambiano³⁷

Entrevistada: Mayora Cacilia Chaca Gogu

[...] Cuando la niña se convierte en mujer, se hace un ritual en la casa, con la participación de la promotora de salud y la madre. En algunos casos, cuando la niña lo desee, se hace un ritual especial con el médico

36 Esta comunidad se ubica entre el municipio de Guachucal y Muellamúes y la laguna del Cumbal (La bolsa), cerca de Ipiales en el departamento de Nariño.

37 Este resguardo está ubicado en el municipio de La Plata, departamento del Huila. Esta comunidad viene del departamento del Cauca. Se tuvo que desplazar por el desastre natural de la avalancha del Páez.

tradicional. El ritual se hace con baños de plantas medicinales, durante el periodo de la niña. No se le permite bañarse con agua fría ni alimento frío ni hacer fuerza o juegos bruscos, para que cuando sea adulta no tenga enfermedades de la matriz, y cuando esté embarazada no tenga problemas y el parto sea natural. La niña puede elegir casarse o convivir con alguien, siempre con la guía de los padres. En nuestro territorio, las familias se han ido conformando por unión libre. Con el tiempo pueden formalizarla por matrimonio, ya por lo católico o una iglesia cristiana. No hay limitación ni rito alguno para este proceso. Ellos son libres de separarse. En lo único que puede intervenir la comunidad es en el bienestar de los hijos, para que queden bien y no sean afectados con la separación. Los padres son autónomos en la educación de sus hijos. En la comunidad tenemos nuestra propia escuela. Hay muchos líderes que hablan el dialecto propio, ya sea NASA o MISAK, y pueden transmitirlo a sus hijos, sin ser presionados por el Cabildo.

En la Cartilla de Plan de vida La Reforma, de los pueblos NASA GUAMBIANO, de La Plata, Huila, se señala que para 1994 había 22 familias en el resguardo y que en su mayoría provenían de unión libre (Gobernación del Huila, 2000).

Pijaos. Ocuparon la zona central de la cordillera, que corresponde al departamento del Tolima, Guayaquil.

Entrevistada: Teresa Alape

Pertenezco a la comunidad indígena Pijao. Desafortunadamente hoy en día no practicamos la mayoría de las costumbres de nuestros antepasados. Se respetan las costumbres religiosas, pero en relación con la unión de parejas hoy predomina la unión por la religión católica. En nuestra comunidad no son comunes las separaciones, las parejas conviven siempre unidas.

Sikuani. Ocupan el corregimiento El Viento, Cumaribo, en el departamento del Vichada

Entrevistada: Guidelines García Reino

Actualmente vivo en Puerto Inírida, en el departamento de Guainía. Fui desplazada por irme a vivir con un blanco. Tengo 45 años y tuve 9 hijos, pero me quedan solo 8 hijos. [...] En mi comunidad es tradición encerrar la niña cuando pasa a ser mujer. A mí me encerraron 3 meses. Ahora lo hacen solo un mes y cinco días, porque van a estudiar. Durante el encierro, se le coloca una pañoleta en la cabeza significando que ya llegó a mujer. La madre le enseña a moderar y cuidar su cuerpo a través de la dieta, y le da consejos sobre cómo ser mujer, a respetar la virginidad y la maternidad cuando ya tiene pareja. [...] Pero ya en pareja se les permite hoy planificar. Se arranca un vejugo y se deja bien apretado a un palo, todo seguido de rezos [...]. Cuando sale del encierro, la niña corre hacía el caño y, mientras corre, alguien le quita la pañoleta. Eso es un signo del que la obtiene de buena suerte [...].

Cuando el muchacho pide a los padres la hija, ya sea para irse en unión libre o casarse, estos deciden si la dan o no. Claro que algunos ya no hacen caso. No es común ver divorcios [...].

Así las cosas, las entrevistas transcritas permiten evidenciar, a partir de lo expresado por los mismos miembros de las comunidades indígenas, las prácticas y costumbres que, de forma ancestral y mantenidas en el tiempo a través de la tradición oral, rigen sus relaciones interfamiliares, así como diversas instituciones que conforman el entramado familiar de cada núcleo. Dable es destacar, de la explicación dada por los entrevistados, la relación que existe entre la cosmogonía de la etnia y la forma en que se materializa en cada una de las instituciones sociales de la familia. Esto permite observar que, no obstante la ruptura que significó la conquista y todo el proceso de colonización, las comunidades indígenas mantienen vivas dichas prácticas y tales se constituyen en patrimonio invaluable de la nación colombiana.

Como cierre de este capítulo, es importante decir que no todas las palabras del castellano tienen una traducción en las lenguas indígenas y que el Ministerio de Educación de Colombia, en colaboración

con asociaciones de cabildos indígenas (Asociación de Cabildos Nasa, 2005), ha hecho el esfuerzo de recopilar el vocabulario de algunas etnias. Como resultado de ello, en este escrito se puede conocer algunas palabras alusivas a nuestro tema. Ejemplo de ello son: (Diccionarios: Wayuunaki y Quechua)

Tabla 2. Palabra en castellano: “familia”

Etnía	Lengua indígena	Traducción en su lengua
Wayuu	Wayuunaiki	Tapushikaliru
Nasa	Yuwe	Ipx Ka'th pwesx
Wiwa	Dumana	Kawa
Ticuna	Ticuna	Natanuugü
Pastos-Quillacingas	Quechua	Ayilu

Tabla 3. Palabra en castellano: “hijos”

Etnía	Lengua indígena	Traducción en su lengua
Wayuu	Wayuunaiki	Tachon tolo: Hijo Tachon jietka: Hija
Nasa	Yuwe	Luucxwé'sx: Hijos
Wiwa	Dumana	Zokua: Hijo niño Zomá: Hija niña
Ticuna	Ticuna	Naakugü: Hijos
Pastos-Quillacingas	Quechua	Churi (o) Ususi (a) Padre Qhari wawa (o) warmi wawa (a) Madre

Tabla 4. Palabra en castellano: “abuelos”

Etnía	Lengua indígena	Traducción en su lengua
Wayuu	Wayuunaiki	Atuushii, taata: Abuelo Oushuu, maachon: Abuela
Pastos-Quillacingas	Quechua	

Tabla 5. Palabra en castellano: “matrimonio, pareja, hacer que se casen”

Etnia	Lengua indígena	Traducción en su lengua
Wayuu	Wayuunaiki	Awala'ata: Pareja
Nasa	Yuwe	Kaaptamu'j-: Hacer que se casen
Ticuna	Ticuna	Yigü : Matrimonio
Pastos-Quillacingas	Quechua	Saway: Matrimonio

Conclusiones

Colombia cuenta con ancestros aborígenes que, a lo largo de la historia, se han mezclado y hoy casi sobreviven al margen de la sociedad. Sin embargo, desde la Constitución de 1991, que los visibilizó como sujetos colectivos de derechos, con jurisdicción especial y con participación en temas relacionados con sus territorios, se trabaja en aras de preservar sus tradiciones, evitando que fuerzas externas sigan extinguiendo sus raíces.

La familia indígena, independientemente de la etnia, siempre habla de la dualidad entre hombre y mujer, así como de su compromiso con los hijos y la madre naturaleza. Las uniones se formalizan mediante ritos indígenas o católicos, aceptando la práctica común de la unión marital de hecho. De esta, siempre hay una manifestación ante la comunidad que, cualquiera que sea, se les respeta y vincula al territorio con los derechos y deberes que rigen en cada comunidad.

En sus mitos y costumbres está inmersa la importancia de la maternidad y el poblamiento de su entorno. Esto reafirma la familia y será la base de cualquier forma primitiva o contemporánea de sociedad. Los valores que unen la familia a la tierra deben rescatarse, para enfrentar con sabiduría los retos del mundo actual. Colombia debe asumir el cuidado del medio ambiente, y hay mucho que aprender del cuidado de la “pacha mama” y del “suman causai” de nuestros antepasados indígenas. Es cierto que algunas costumbres indígenas dan muestra de una autoridad que va en contra de algunos derechos humanos

y el bloque de constitucionalidad. Aun teniendo jurisdicción especial, debe hacerse un esfuerzo para capacitar a los líderes de las comunidades indígenas con respeto a los derechos humanos fundamentales, para que el Estado pueda actuar en favor de temas sensibles en la población, como es la nutrición y la salud de los niños indígenas, y así evitar que se sigan extinguiendo algunas etnias.

Es preocupante el fenómeno del desplazamiento continuo de sus territorios y la violencia entre los diferentes actores del conflicto, si bien se ha reducido ante el Acuerdo de Paz. La presencia del narcotráfico y la minería ilegal expulsa a cientos de familias, que buscan en las zonas urbanas un refugio, para mitigar el abandono e indiferencia de una sociedad eminentemente urbana, ajena a esta problemática y que no quiere conocerla por estar distante de su entorno. El efecto inmediato para quienes se dispersan en territorios ajenos a sus comunidades es el de apartarse de sus tradiciones y cultura, ante las sugestivas formas de vida determinadas por el dinero y el mercado. Este desplazamiento conlleva el aprendizaje de usos y conductas que desdibujan los valores de las comunidades indígenas, la mendicidad y pobreza propia de todo desplazamiento. Por esto es urgente la reubicación en sus territorios, pues se reitera que el territorio hace parte de la conformación familiar, y, paralelamente, con ello se garantiza también el cuidado del medio ambiente y el derecho ancestral a vivir como sujetos colectivos de derecho.

Se cierra este artículo con lo señalado por la Corte Constitucional en los años que siguieron a la vigencia de la Constitución de 1991. Aunque se completan casi veinte años de esta denuncia, sus palabras siguen vigentes:

La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido —y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo— induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen

un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social.
(Sentencia T-380 de 1993)

Referencias

- Arango, J. (1980). *Aborígenes legendarios de Colombia*. Cultural Colombiana Ltda.
- Asociación de Cabildos Nasa. (2005). *Diccionario Nasa yuwe-Castellano*. Litografía San José.
- Beltrán Peña, F. (1980). *La cosmovisión de los Muiscas*. Vol. I. Universidad Santo Tomás de Aquino.
- Carnelutti, F. (2007). *Cómo nace el Derecho*. Temis.
- Castro Caicedo, G. (1979). *Colombia amarga*. Carlos Valencia Editores.
- DANE. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivenda-2018>
- Diccionario Básico Castellano-Wayuunaiki e inglés* (2016). Festival de la Cultura Wayuu.
- Diccionario Quechua-Castellano, Castellano-Quechua, Jorge A. Lira; Mario Mejía. Universidad Ricardo Palma, Editorial Universitaria, Lima, Perú, 2008.
- Duque, L. (1965). Las culturas indígenas colombianas. En Academia Colombiana de Historia. *Historia extensa de Colombia*. Vol. I. Lerner.
- Guerra, W. (2001). La disputa y la palabra: La ley en la Sociedad wayúu. *Semana*. Premio Nacional de Antropología 2001. <https://www.semana.com/cultura/articulo/la-disputa-palabra-la-ley-sociedad-wayuu/48712-3>
- De las Casas, B. (1951). *Historia de las Indias*. Vol. III. Fondo de Cultura Económica.
- De San Martín, J. (1972). *Tabaré*. Editora Nacional de México.
- Farfán Moreno, W. (2009). El etnocentrismo de Richard Rorty: Influencia en The Law of Peoples of John Rawls. *Revista Magisterio de la VUAD USTA*, 3(5), pp. 105-120.
- Freud, S. (1913). *Tótem y tabú. Algunos aspectos comunes entre la vida mental del hombre primitivo y los neuróticos*. <http://www.afoicecomartelo.com.br/posfsa/Autores/Freud,%20Sigmund/Freud,%20Sigmund%20-%20Totem%20y%20Tabu.pdf>

- Geertz, C. (s.f.). El impacto del concepto de cultura en el concepto de hombre. En Hernández, Y., *Antropología y género*. Universidad Santo Tomás.
- Gobernación del Huila. (2000). *Plan de vida Resguardo Indígena Nasa-Guambiano – La reforma-Inspección de Belén*. INCODER; Cabildo Indígena Comunidad Pijao; Universidad San Agustín.
- Gutiérrez, V. (1997). *La familia en Colombia. Trasfondo histórico*. Universidad de Antioquia.
- Guzmán, F. (s.f.). *Capítulo 6. Indígenas y minorías étnicas*. <http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/pdhulbq/html/capitulo6.html>
- Instituto Colombiano de Antropología e Historia. (2020). *Parque Arqueológico Tierradentro*. Recuperado de <https://www.icanh.gov.co/?idcategoria=1234>
- Human Rights Watch. (s.f.). La situación de los grupos étnicos en Colombia. <http://hrlibrary.umn.edu/research/colombia/Anexo%209%20Situacion%20de%20los%20grupos%20etnicos%20en%20Colombia.pdf>
- Lizarazo, A. (2015). *8 Dioses Muiscas*. Editorial Kimpres SAS.
- Londoño, B. (2002). La constitución de 1991 y los indígenas. *Credencial Historia*, 146. Recuperado de <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-146/la-constitucion-de-1991-y-los-indigenas>
- López Michelsen, A. (2006). *La estirpe calvinista de nuestras instituciones políticas*. Bogotá: Legis Editores.
- Ministerio de Cultura. República de Colombia. (s.f.). *IKU (ARHUACOS) GUARDIANES DE LA VIDA*. <http://www.mincultura.gov.co/prensa/noticias/Documents/Poblaciones/archuaco.pdf>
- Ministerio del Interior. República de Colombia. (s.f.). *Enfoque diferencial para pueblos y comunidades indígenas víctimas*. https://gapv.mininterior.gov.co/sites/default/files/cartilla_indigenas_final_1.pdf
- Monje, J. (2015). El plan de vida de los pueblos indígenas de Colombia, una construcción de etnoecodesarrollo. *Luna Azul*, 41. <http://www.scielo.org.co/pdf/luaz/n41/n41a03.pdf>
- Montero, R. (2006). Pueblos indígenas de Colombia y su inmersión en el proceso censal. *Revista de la información básica*, 1(1). https://sitios.dane.gov.co/revista_ib/html_r1/articulo8_r1.htm
- Montes, D. (6 de enero del 2014). ‘El 28 % de los indígenas ha sido desplazado’: Gabriel Muyuy. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13339302>

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2013). *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRIs_SP.pdf
- Niño, C. (2015). *Territorio chamánico. Una mirada desde la arquitectura a la manera indígena de construir y ocupar su entorno*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia.
- Pericot, J. y Maluquer, L. (1970). *La humanidad prehistórica*. Salvat Editores.
- Rappaport, J. (2005). *Cumbe Renaciente. Una Historia Etnográfica Andina*. Trad. Cristóbal Landázuri Marka. Instituto Colombiano de Antropología e Historia; Universidad del Cauca.
- Rivet, P. (1973). *Los orígenes del hombre americano*. Fondo de Cultura Económica.
- Rivera, J. (1984). *La Vorágine*. Círculo de Lectores S.A.
- Rubio, N. (2007). *Antropología cultural*. Universidad Santo Tomás.
- Ruiz, F. (2006). La construcción de la territorialidad para los grupos étnicos en Colombia. *Revista de la información básica*, 1(2). https://sitios.dane.gov.co/revista_ib/html_r2/articulo7_r2.htm
- Rodríguez, J. (s.f.). *Etnias y cultura en el medio ambiente en Colombia*. <http://documentacion.ideam.gov.co/openbiblio/bvirtual/000001/cap10.pdf>
- UNICEF. (s.f.). *Los pueblos indígenas en Colombia. Derechos, políticas y desafíos*. <https://www.unicef.org/colombia/pdf/pueblos-indigenas.pdf>
- Valencia, A. (2016). *Derecho Civil*. Parte general y personas. t. I. Temis.

La familia: una mirada desde los parámetros de la Constitución del 91 y de la Iglesia católica con la exhortación apostólica *Amoris Laetitia**

VILMA STELLA MORENO DÍAZ

* El presente capítulo es producto de la investigación adscrita al grupo de investigación “Derecho Privado” adscrito al Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria (CIFRAVI), de la Universidad Santo Tomás (Bogotá), en su línea medular “Tomás de Aquino” y su línea activa “La nueva familia”. El proyecto de investigación fue denominado “La institución de la familia en el derecho romano, canónico y civil colombiano y sus cambios a partir de la constitución de 1991”, y financiado con recursos de la Universidad Santo Tomás (Bogotá).

Introducción

La institución de la familia se empieza a construir desde la época primitiva y, en particular, en el mundo antiguo de los imperios griego y romano, a través del desarrollo del culto y las normas. El hombre no tenía libertad para cambiar esos usos o costumbres impuestos por el culto. Por ello,

el principio de la familia antigua no radica en la generación exclusivamente [...] tampoco consiste en el afecto natural, pues el derecho griego y el derecho romano no tienen en cuenta ese sentimiento. Aunque puede existir en el fondo de los corazones, nada representa en el derecho [...]. Lo que une a los miembros de la familia antigua es algo más poderoso que el nacimiento, que el sentimiento, que la fuerza física: es la religión del hogar y de los antepasados [...]. La familia es una asociación religiosa más que una asociación natural. (de Coulanges, 1974, p. 25)

Así las cosas, Colombia adoptó los postulados del sistema jurídico romano-germánico-francés y, como tal, tiene sus fuentes en el derecho romano y el canónico. Este último fue difundido por el imperio romano en su época de esplendor. Sus normas se basaron en la institución del *domus*, que comprendía la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o *manus* de un jefe único¹ (Petit, 1980). Ese jefe, denominado *pater familia*, era la máxima autoridad del grupo social dentro del cual se daba el matrimonio y tenía como propósito garantizar la legitimidad de los hijos de tal unión. Sin embargo, a lo largo de la historia, y a partir de la Constitución de 1991 en Colombia, el cambio generó el desconocimiento de las fuentes primarias, que aún se conservan en la Iglesia católica.

1 La organización de la familia radicaba fundamentalmente en la facultad de determinación que ejercía el *pater* sobre la *famus*, la cual variaba según el individuo que estuviera sometido a su voluntad: *patria potestas* sobre los hijos, *potestas maritalis* sobre su cónyuge o sus nueras, y *potestas dominicas* sobre los esclavos.

El problema de investigación de este capítulo se concreta en el impacto de las transformaciones sociales con respecto a la mutación de la institución jurídica del matrimonio católico, contenida en la doctrina de la Iglesia. Por ende, se justifica conocer sus documentos sobre la familia y el matrimonio católico, e incorporarlos en las reflexiones académicas. Como objetivo general se tiene identificar los lineamientos normativos y jurisprudenciales en torno a los conceptos de matrimonio y familia, tanto en sus orígenes (modificados en Colombia por la Constitución de 1991) como en la doctrina reciente de la iglesia católica. El método utilizado para el desarrollo del presente escrito es cualitativo y consiste en la revisión de fuentes documentales, en cuanto se busca establecer las categorías jurídicas en el derecho colombiano en torno a las instituciones de la familia y del matrimonio, evidenciando su origen, cambio y estado actual.

Generalidades

El matrimonio en Roma adoptó dos formas: el *Iustae nuptiae*, que era el matrimonio válido entre dos personas romanas de diferente sexo (*conubium*), y el *Matrimonium nom iustum*, sin *conubium*. De igual manera, se dan varias figuras para las uniones matrimoniales: la *confarreatio*, ceremonia religiosa solo entre Patricios; la *coemptio*, conocida como el matrimonio compra; y el *usus*, derivado de la convivencia de la mujer en la casa del varón por un año.

El jurista Modestino (Digesto 23, 2.1) define el matrimonio como esencia de la familia en Roma: “*nuptia sunt coiunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* [el matrimonio es la unión de hombre y mujer en consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino y humano]” (Iglesias, 2004, p. 399). Luego aparecerá definido en las Instituciones de Justiniano (I, 9, 1) como “*Matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens* [Matrimonio es la unión de hombre y mujer con la intención de formar una comunidad de vida indisoluble]” (Ildefonso, 1990).

Con lo anterior, se precisa que la circunstancia histórica y cultural del origen de la familia nada tiene que ver con las apreciaciones de la cultura occidental, que para el siglo XXI recoge la Corte Constitucional

colombiana cuando expresa en Sentencia C-577 del 2011: “es de interés puntualizar que, tanto la familia como el matrimonio, *son derechos de carácter fundamental*” (énfasis agregado). Tratándose de la familia, la Corte ha precisado que es “una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y, en concreto, de la libre expresión de afectos y emociones”, ya que “su origen se encuentra en el derecho de la persona de elegir libremente entre las distintas opciones y proyectos de vida que, según sus propios anhelos, valores, expectativas y esperanzas, puedan construir y desarrollar durante su existencia”.

Este contenido responde a la protección judicial de derechos comprensible, a la luz de la tendencia neoconstitucionalista de protección y garantismo, que inspira a la Constitución de 1991.² Además, ha dado lugar al reconocimiento de nuevas formas de familia que, vistas como objeto de protección desde la perspectiva constitucional, no escapan culturalmente a la consecuente incertidumbre social y, corolario de ello, a la inseguridad jurídica para algunos sectores (Lemaitre, 2005).

Por otra parte, Colombia cuenta con un porcentaje alto de católicos que reconocen y acatan el Concordato firmado con la Santa Sede. Para ellos, aunque la apertura de la institución de familia obedece a un cambio social y constitucional, la normatividad canónica y el evangelio seguirán respaldando el concepto tradicional de la familia, como realidad que debe ser tenida en cuenta. Para los católicos, el “sí” de María³ representa un modelo de familia cristiana. Según la voluntad de Dios, dice fray Nelson Medina, O.P.: “el feminismo comete el error de poner a la mujer a competir con el varón y descarta el bien de la maternidad”. A esto se puede agregar que, si bien las familias tradicionales en Colombia no siempre han sido coherentes con sus deberes morales, al observar la esencia del hogar humilde de María

2 “El proceso de constitucionalización del derecho colombiano derivado del carácter supremo de la Constitución, vinculado con su aplicación directa, no se puede comprender sin la actividad de los jueces en la interpretación de los preceptos constitucionales para lograr no solo que sean eficaces, sino que la justicia deje de ser un ideal y se haga realidad” (Moreno & Novoa, 2016, p. 70).

3 Memoria de la presentación de la virgen María. Véase la entrada La gracia del miércoles 21 de noviembre de 2018 en el blog fraynelson.com/blog.

y José, se encuentra la misión principal del compromiso de fidelidad del uno hacía el otro.

Así, aunque José hubiera podido, según la ley de su época, repudiar a su esposa, no lo hizo. En cambio, ambos, con su entrega, le dan un hogar a su hijo Jesús. Esto es lo que pregona el cristianismo: el amor responsable y solidario de la familia, en cuyo seno se encuentra la mayor seguridad del ser humano y del cual debe salir con las herramientas que le permitan cumplir su propia misión y aportar a la sociedad. En ninguna otra razón se encuentra más fuertemente la explicación de que aún los Estados modernos, por el cumplimiento de criar y orientar a los futuros ciudadanos, sigan considerando a la familia como el núcleo de la sociedad.

Con la Constitución de 1991 se da la apertura al concepto de familia, ya no basado en la filiación o el parentesco⁴, que algunos llaman biológico, sino en los derechos fundamentales. Sin embargo, como en el caso del libre desarrollo de la personalidad, estos derechos se están haciendo camino hacia la primacía de “la autonomía de la voluntad”, imperante en otros ordenamientos jurídicos, que las Cortes de cierre suelen acoger como muestra de “desarrollo o evolución”.

Debe decirse también que la Constitución reconoce la realidad poblacional y los derechos de las comunidades indígenas, negritudes y raizales que pueblan Colombia. Pero hay que precisar que, dentro del grupo de familias constituidas por vínculos naturales, ya se encuentra la familia que se origina en la diversidad de grupos indígenas u otras minorías, de las que muy pocos juristas se ocupan, porque no se reconoce publicitariamente que generen impacto o escándalo. Empero, el multiculturalismo y sus aportes deben hacer tener en cuenta su conformación familiar.

4 “El matrimonio y, principalmente la familia, han dejado de ser instituciones ancestrales estructuradas sobre conceptos 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”. Sentencia del Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera; 2013, M. P., Enrique Gil Botero.

En otros aspectos relativos a la familia, han existido varios pronunciamientos en favor de las parejas del mismo sexo. Por ello, es importante dar relevancia e importancia a otros miembros de la familia, como los hijos y los abuelos (estos últimos pertenecen al denominado grupo de la tercera edad). Cabe advertir que, si bien la familia integrada por las parejas homoparentales cuenta con el reconocimiento jurisprudencial (SU-214 de 2016), se espera que los pronunciamientos de las Cortes no den tránsito a otros tipos de familia reconocidos en otros países, que pasan por alto la función social de esta institución⁵. Es el caso del poliamor o poligamia (donde se casan más de dos personas)⁶, propia de comunidades religiosas diferentes, como la mormona⁷. También cabe mencionar la sologamia (sin ninguna fundamentación religiosa), que más bien parece ser una reacción a las prácticas matrimoniales que se imponen en la sociedad, y busca identificarse con el estatus derivado del matrimonio, pero apartándose del sentido de pareja, para casarse con ella misma.

Estas directrices han generado serios pronunciamientos en torno al tema de la familia y su nueva conformación amparada en la Constitución de 1991. En este artículo son reseñadas tales fuentes para entender las consecuencias jurídicas que genera esta situación. Así mismo, dada la pertinencia para esta investigación del reconocimiento que el Papa Francisco hace de la situación de las familias en el mundo actual, es importante referenciar su exhortación apostólica *Amoris Laetitia*, al igual que la situación de los adultos mayores como parte de la familia. En cuanto a los hijos en general y los de crianza, serán objeto de otro estudio.

5 Posiciones que pueden ser producto del egocentrismo e individualismo reinante.

6 La Sala Sexta Laboral del Tribunal Superior de Medellín, el 3 de junio del 2019, ratificó la sentencia del 9 de mayo del 2017 del Juez Laboral del Circuito de Medellín, en la que se concede la sustitución pensional a dos hombres, reconociéndoles la convivencia permanente entre todos ellos. Esto también fue objeto de un reportaje del programa “Los Informantes” del canal Caracol.

7 La iglesia mormona en el siglo XIX definió la poligamia como *matrimonio plural*. Fue difundida por los integrantes de la iglesia de Jesucristo de los santos de los últimos días.

Diversas acepciones en torno al concepto de familia a partir de la Constitución de 1991

El artículo 42 de la Constitución Política de Colombia reza: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, o por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”⁸.

Su carácter fundamental fue debatido al entrar en vigor la Constitución de 1991, dado que la interpretación exegética propia de la visión legalista desconocía los parámetros hermenéuticos que debían asumir los jueces bajo el nuevo orden constitucional. Correspondió a los jueces de la Corte Constitucional hacer pedagogía de la interpretación teleológica y sistemática del conjunto de valores, principios y derechos plasmados en la constitución, para fijar su alcance. En la sentencia T-406 de 1992, se concluyó que se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos, sociales o culturales, para poder apoyar razonablemente una decisión judicial (Moreno & Novoa, 2016)⁹.

8 En varios artículos, la Constitución resalta la importancia de la familia: Artículo 5°, eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; Artículo 13, dispone que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; Artículo 15, reconoce el derecho a la intimidad familiar; Artículo 28, garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; Artículo 33, consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar; Artículo 43, El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia; Artículo 44, eleva a derechos fundamentales los de los niños [...] el tener una familia y no ser separados de ella; Artículo 45, reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral; Artículo 46, establece la protección y asistencia, por parte del Estado, la sociedad y la familia, a las personas de la tercera edad.

9 En Sentencia T-367 del 2004, la Corte Constitucional precisó: “los derechos económicos, sociales o culturales se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental”.

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se consagró la familia con el carácter de monogámica y heterosexual. Estos criterios, para el contexto en el cual fue definida, constituían los patrones moral y culturalmente aceptados para la conformación de las familias colombianas. Por esta razón, la Corte Constitucional consideró que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, que debe ser respetada y protegida por el Estado, pero que no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia de la Carta Política vigente (Ceballos, Ríos & Ordoñez, 2012). Esta postura se reflejó inicialmente en las Sentencias: C-098 de 1996, C-814 de 2001, SU-623 de 2001, y T-725 de 2004.

Además, la doctrina nacional expresa que: “[l]a familia no es persona jurídica, ni organismo jurídico, sino una institución jurídica y social que es regulada por el derecho para imponer a sus miembros –cónyuges, hijos– deberes y derechos para el cumplimiento de sus funciones” (Monroy, 2014, p. 19). Por otra parte, Serrano (2017) la define en sentido amplio como aquel conjunto de personas con las cuales se establece un vínculo jurídico de orden familia, el cual comprende ascendientes, descendientes, colaterales, cónyuge y parientes de este. En sentido estricto, es el núcleo paterno-filial al que se le denominado familia conyugal o nuclear, bajo la identidad de una agrupación formada por padre, madre e hijos con los cuales conviven o que están bajo su potestad.

También se considera que la familia es la instancia que media entre el individuo y la sociedad. Al interior de ella se establecen las bases de interacción entre sus congéneres. Allí se presentan ciertos factores que modifican el concepto positivista de familia, como son: i) la transculturalidad, ii) la diversidad sexual, iii) el crecimiento exponencial de la vinculación femenina al sector productivo, iv) el aumento de la esperanza de vida, v) la postergación del matrimonio y de las uniones de pareja, vi) la cancelación o prórroga de la maternidad y la paternidad, vii) la inserción de la democracia en la familia, y viii) las denuncias de violencia familiar (Quintero, 2010).

Como consecuencia de lo predicho, se generan, al interior de las sociedades, nuevas formas familiares en donde las representaciones y los estereotipos de género, así como la generación de nuevas garantías fundamentales con relación a la familia, implican que el Estado, en el marco

de un desarrollo de políticas públicas, debe proteger a la familia como un sujeto colectivo, en tanto es una entidad que no oculta, sino que exalta los derechos de sus miembros (Quintero, 2010).

De igual manera, respecto a los diversos tipos de familia, Acevedo (2011) se permite clasificarlos de la siguiente forma:

1. La familia nuclear o completa: compuesta por el esposo (padre), la esposa (madre) y los hijos. Estos hijos pueden ser descendientes biológicos o adoptivos.
2. La familia fruto de las relaciones de hecho: no amparadas por la ley civil ni eclesiástica, existe cuando hay algún impedimento en uno o ambos miembros de la pareja.
3. La familia fruto de la unión libre: en este tipo de relación, los lazos emocionales son tan fuertes que no se observa la necesidad de que alguna institución los salvaguarde o proteja.
4. La familia de madre soltera: fruto de encuentros causales o accidentales entre varón y mujer.
5. La familia extensa o consanguínea: compuesta por más de una unidad nuclear, comprende a los abuelos, tíos, primos y nietos que viven bajo un mismo techo.
6. La familia monoparental: compuesta por uno de los padres y sus hijos, puede ser a causa del divorcio o por la muerte de uno de los cónyuges

En la doctrina de la Iglesia, además de la exhortación apostólica *Amoris Laetitia*, se destacan otros documentos en torno a la familia, como: la constitución pastoral *Gaudium et spes*, que se ocupó de la promoción de la dignidad del matrimonio y la familia; la exhortación apostólica *Humanae vitae*, la cual se ocupa del vínculo entre amor conyugal y la procreación; la carta a las familias *Gratissimam sane*;

la exhortación apostólica *Familiaris*; la exhortación apostólica *Deus caritas*, que trata del amor entre hombre y mujer; y la exhortación apostólica *Caritas in veritate*, que resalta la importancia del amor.

Sin embargo, la existencia de diversos grupos familiares conlleva un

cambio paradigmático hacia un concepto de familia pluralista [la cual] no ha sido producto de la voluntad política del legislador, sino del trabajo de algunos magistrados de la Corte Constitucional, quienes, durante más de una década, procuraron que el reconocimiento de derechos a las personas con opción sexual diversa fuera también la oportunidad para abrir la discusión sobre la necesidad de interpretar el concepto de familia con una mentalidad más abierta y acorde con los principios constitucionales de igualdad, pluralismo, solidaridad, diversidad. (Ceballos, Ríos y Ordoñez, 2012, p. 237)

Desarrollo del concepto de familia a nivel jurisprudencial

Pronunciamientos de los jueces acerca de la familia, donde se privilegia lo personal, el afecto, solidaridad y ayuda mutua

La conclusión dada por Ceballos, Ríos y Ordóñez se refleja en los fallos judiciales y de la doctrina de la Iglesia católica, que se describen en la tabla 1.

Tabla 1. Pronunciamientos jurisprudenciales sobre el concepto de familia de la Corte Constitucional

Sentencia	Idea principal
Sentencia C-289 de 2000	“la familia es una realidad sociológica que fue objeto de un reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991.”
Sentencia C-271 de 2003	“la Corte ha definido la familia ‘en un sentido amplio’, como ‘aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos’.”
Sentencia T-292 de 2004 ¹⁰	“no existe un tipo único y privilegiado de familia sino un pluralismo evidente en los diversos vínculos que la originan, pues ellos pueden ser tanto de carácter natural como de carácter jurídico. También se le reconoce consecuencias a la voluntad responsable de conformar una familia. En estas condiciones, la familia legítima originada en el matrimonio es hoy uno de los tipos posibles [...] el constituyente consagró un espacio a la familia de hecho en condiciones de igualdad con otros tipos, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 13 de la Carta vigente. En ese sentido, precisa la Corte que el derecho de los niños a tener una familia se puede materializar en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Carta Política, bien sea en aquellas formadas por vínculos jurídicos, en las que surgen de vínculos naturales o en las que se estructuran alrededor de la voluntad responsable de sus integrantes (art. 42, C.P.).”

10 En esta tutela se da el caso de una menor criada por una pareja a la que fue entregada, lo cual desarrolló el concepto de “familia de crianza”, que será objeto de un análisis posterior según las diferentes dimensiones jurídicas que representa. Existen varios pronunciamientos de las altas Cortes, ejemplos de ello son: Sent. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera; 2008, Radicado 41001-23-31-000-1991-05930-01(18846); M. P. Enrique Gil Botero; Sent. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta; 2009, Radicado: 05001-23-31-000-2009-00197-01(AC); M.P. Martha Briceño; Sent. C-577 del 2011.

Sentencia	Idea principal
Sentencia C-577 del 2011	“la Corte ha considerado que el artículo 42 de la Constitución establece una clara diferencia entre la familia, en relación con la cual al Estado se le encomiendan ‘precisos cometidos de preservación y protección’, orientados a garantizar su existencia y desarrollo, y el matrimonio ‘establecido como uno de los mecanismos aptos para el surgimiento de aquella’, cuya regulación legal debe ‘condicionarse, además de lo que en este aspecto prevé expresamente la Constitución, a la naturaleza y características que el ordenamiento superior asigna a la familia’.”
Sentencia C-577 del 2011	“La doctrina ha puesto de relieve que ‘la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios’. [...] El ‘carácter maleable de la familia’ se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia ‘de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales’, pues, en razón de la variedad, ‘la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados’, por lo que ‘no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia’ [...] la familia que surge de la unión libre también es merecedora de protección constitucional y la Constitución la pone en un plano de igualdad con la que tiene su origen en el matrimonio, porque el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia, ‘independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales’.”
Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de julio de 2013	“La familia es una estructura social que se construye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros. Por 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; lo que estructuran y le brindan cohesión a la institución.”

Sentencia	Idea principal
Sentencia T-292 del 2016	“El concepto de esta institución social puede estudiarse, entre otras, desde dos ópticas, por lo general, complementarias entre sí. La primera, concibiéndola como un conjunto de personas emparentadas por vínculos naturales o jurídicos, unidas por lazos de solidaridad, amor y respeto, y caracterizadas por la unidad de vida o de destino, presupuestos que, en su mayoría, se han mantenido constantes. La segunda, se puede desarrollar en consideración a sus integrantes, desde esta perspectiva el concepto de familia se ha visto permeado por una realidad sociológica cambiante que ha modificado su estructura. En este sentido se ha señalado que ‘el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo’, porque ‘en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial’.”

Fuente: elaboración propia.

En la jurisprudencia citada, se evidencia que la evolución de la sociedad en el mundo globalizado reconoce tres escenarios claros de cambio de los grupos familiares: 1) La familia, sin presencia del padre o madre; es decir, las madres o padres cabeza de hogar; 2) la familia con derechos a pensión: las parejas encargadas de las labores domésticas, los hijos menores de edad o estudiantes; y 3) la familia conformada por parejas del mismo sexo (Arévalo, 2014). De esta forma, y como se afirmó con antelación, el Estado colombiano, en el marco de un modelo pluralista y diverso, no solo debe garantizar sino también respetar la conformación familiar en las comunidades indígenas con relación al territorio al que pertenecen, así como debe reconocer y proteger los derechos constitucionales de sus miembros (Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 2018).

En esta vía, esta nutrida producción jurisprudencial sobre el concepto de familia desarrolla los derechos a la igualdad, el pluralismo, la solidaridad y la diversidad, y, conforme a los mismos, se reconocen efectos jurídicos a nuevas realidades sociales. Por ende, nótese que los pronunciamientos en mención desarrollan un concepto amplio de familia, privilegiando la solidaridad de los miembros que la conforman antes que

la forma en que se constituye. En tal sentido, el nuevo concepto de familia incluye la familia de crianza, ya desarrollada conceptualmente en varios pronunciamientos de la jurisprudencia, en la que se reconoce la solidaridad y cuidado que se brinda a los niños por personas que no necesariamente tienen el vínculo consanguíneo con ellos.

Pronunciamientos en torno a los derechos fundamentales, alegados por las parejas del mismo sexo, en uniones maritales de hecho y matrimonio

Este tema ha sido quizás el de mayor actividad judicial en el desarrollo del concepto de “nueva familia”, por lo que hay que relacionarlo. Pero, como ya existen varios estudios al respecto, solo será enunciativo del cambio jurisprudencial en respuesta a la reclamación en torno a los derechos fundamentales, principalmente los de igualdad y libre desarrollo de la personalidad. En la tabla 2 se mencionan las sentencias relativas a estas cuestiones.

Tabla 2. Pronunciamientos jurisprudenciales respecto a parejas del mismo sexo en uniones maritales de hecho y matrimonio, Corte Constitucional y Consejo de Estado

Sentencia	Idea principal
Sentencia C-1033 del 2002	Establecen obligación de alimentos entre compañeros permanentes.
Sentencia C-075 del 2007	Reconoce los derechos patrimoniales a parejas del mismo sexo.
Sentencia C-029 del 2009	La unión marital de hecho debe estar acompañada del animus de quienes la integran, es la voluntad de conformar una familia lo importante, por ello, para reconocer la seguridad social al compañero se exige la convivencia mínima de 2 años.
Sentencia C-029 del 2009	Reconoce otros derechos a parejas del mismo sexo, tales como el patrimonio de familia, la afectación a vivienda familiar, obligación de alimentos, pensiones, subsidio familiar en servicios y vivienda.
Sentencia T-911 del 2009	Derecho de pensión de sobreviviente elimina requisito diferencial en parejas del mismo sexo.

Sentencia	Idea principal
Sentencia C-238 del 2011	Derecho a la porción conyugal de las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo.
Sentencia C-238 del 2012	Declara exequible el artículo 1040 del C.C., siempre y cuando se entiendan incluidos las parejas de compañeros permanentes formadas por personas de distinto sexo o del mismo.
Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; 2013, 05001-23-31-000-1997-01368-01(27289)	Expresa que 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 genera cohesión entre ellos, al grado que pueden procrear, adoptar o asumir la crianza de hijos o hijas para acogerlos dentro de la misma.
Sentencia C-683 del 2015	Habilita la adopción de niños por parejas del mismo sexo que conforman una familia.
Sentencia SU696/2015	Posibilita la inscripción directa en el registro civil de nacimiento de dos padres o dos madres, filiación voluntaria (T 196/2016)
Sentencia SU-214 del 2016	Posibilita contraer matrimonio a personas del mismo sexo, “inclusio unius est exclusio alterius”.

Fuente: elaboración propia.

La importancia de la familia en la Iglesia católica y la carta apostólica *Amoris Laetitia*

Además del concepto desarrollado en la Constitución de 1991 y la jurisprudencia, se exponen las conclusiones del *Sínodo de la familia* y la carta apostólica que comparte la solidaridad, pero no algunos tipos de familias, por considerar que no obedecen a la conciencia y responsabilidad de la razón humana, sino que privilegian el individualismo antes que el “bien común”. En tal sentido, la carta *Amoris Laetitia* expresa:

28. En el horizonte del amor, central en la experiencia cristiana del matrimonio y de la familia, se destaca también otra virtud,

algo ignorada en estos tiempos de relaciones frenéticas y superficiales: la ternura.

[...]

32. [...] somos conscientes de la dirección que están tomando los cambios antropológico-culturales, en razón de los cuales los individuos son menos apoyados que en el pasado por las estructuras sociales en su vida afectiva y familiar [...].

33. Por otra parte, “hay que considerar el creciente peligro que representa un individualismo exasperado que desvirtúa los vínculos familiares y acaba por considerar a cada componente de la familia como una isla, haciendo que prevalezca, en ciertos casos, la idea de un sujeto que se construye según sus propios deseos asumidos con carácter absoluto”. “Las tensiones inducidas por una cultura individualista exagerada de la posesión y del disfrute generan dentro de las familias dinámicas de intolerancia y agresividad” [...].

39. Esto no significa dejar de advertir la decadencia cultural que no promueve el amor y la entrega. Las consultas previas a los dos últimos sínodos sacaron a la luz diversos síntomas de la “cultura de lo provisorio”. Me refiero, por ejemplo, a la velocidad con la que las personas pasan de una relación afectiva a otra. Creen que el amor, como en las redes sociales, se puede conectar o desconectar a gusto del consumidor e incluso bloquear rápidamente. Pienso también en el temor que despierta la perspectiva de un compromiso permanente, en la obsesión por el tiempo libre, en las relaciones que miden costos y beneficios y se mantienen únicamente si son un medio para remediar la soledad, para tener protección o para recibir algún servicio. Se traslada a las relaciones afectivas lo que sucede con los objetos y el medio ambiente: todo es descartable, cada uno usa y tira, gasta y rompe, aprovecha y estruja mientras sirva. Después, ¡adiós! El narcisismo vuelve a las personas incapaces de mirar más allá de sí mismas, de sus deseos y necesidades. Pero quien utiliza a los demás tarde o temprano termina siendo utilizado, manipulado y abandonado con la misma lógica. Llama la atención que las rupturas se dan muchas veces

en adultos mayores que buscan una especie de “autonomía”, y rechazan el ideal de envejecer juntos cuidándose y sosteniéndose.

Los anteriores enunciados dan cuenta de la divergencia existente entre: 1) la tendencia constitucionalista colombiana para entender la familia desde un criterio enmarcado en los principios del Estado social de derecho, respetuoso de los principios y valores constitucionales del pluralismo, la dignidad humana, la solidaridad y la prevalencia del interés general, plasmado en el artículo 1° de la Constitución Política; y 2) la visión de la Iglesia, que exalta y se identifica con la solidaridad, pero, como es comprensible, dada su naturaleza, se mantiene fiel a la doctrina católica.

En relación con la doctrina de la Iglesia, la socióloga alemana Gabriele Kuby señala cómo la ideología de género se opone a la familia cristiana: resalta que, desde el grito de *sexo, drogas y rock and roll* en el 68, se llevó en muchos casos a la esclavitud sexual, y que la *igualdad absoluta entre hombre y mujer*, promulgada desde la ONU en 1995, quiere decir *adiós a la ley natural* (Calvo Zarruante, 2019).

Sobre las uniones maritales de hecho, el 8 de abril del 2016, se hizo pública la exhortación apostólica post-sinodal *Amoris Laetitia* (*La alegría del amor*) del Papa Francisco, que hace un llamado al matrimonio recogiendo lo trabajado sobre la familia en los sínodos del 2014 y 2015. En dicha exhortación indica:

Casarse por amor

131. Quiero decir a los jóvenes que nada de todo esto se ve perjudicado cuando el amor asume el cauce de la institución matrimonial. La unión encuentra en esa institución el modo de encauzar su estabilidad y su crecimiento real y concreto. Es verdad que el amor es mucho más que un consentimiento externo o que una especie de contrato matrimonial, pero también es cierto que la decisión de dar al matrimonio una configuración visible en la sociedad, con unos determinados compromisos, manifiesta su relevancia: muestra la seriedad de la identificación con el otro, indica una superación del individualismo adolescente, y expresa la firme opción de pertenecerse el uno al otro. Casarse es un modo de expresar que

realmente se ha abandonado el nido materno para tejer otros lazos fuertes y asumir una nueva responsabilidad ante otra persona. Esto vale mucho más que una mera asociación espontánea para la gratificación mutua, que sería una privatización del matrimonio.

[...]

134. Todo esto se realiza en un camino de permanente crecimiento. Esta forma tan particular de amor que es el matrimonio, está llamada a una constante maduración, porque hay que aplicarle siempre aquello que santo Tomás de Aquino decía de la caridad: «La caridad, en razón de su naturaleza, no tiene límite de aumento, ya que es una participación de la infinita caridad, que es el Espíritu Santo [...] El amor matrimonial no se cuida ante todo hablando de la indisolubilidad como una obligación, o repitiendo una doctrina, sino afianzándolo gracias a un crecimiento constante bajo el impulso de la gracia.

Con relación a las tendencias de parejas del mismo sexo y al hecho de ser miembros de una familia, la exhortación apostólica, desde lo pastoral, expresa:

250. La Iglesia hace suyo el comportamiento del Señor Jesús que en un amor ilimitado se ofrece a todas las personas sin excepción. Con los Padres sinodales, he tomado en consideración la situación de las familias que viven la experiencia de tener en su seno a personas con tendencias homosexuales, una experiencia nada fácil ni para los padres ni para sus hijos. Por eso, deseamos ante todo reiterar que toda persona, independientemente de su tendencia sexual, ha de ser respetada en su dignidad y acogida con respeto, procurando evitar “todo signo de discriminación injusta”, y particularmente cualquier forma de agresión y violencia. Por lo que se refiere a las familias, se trata por su parte de asegurar un respetuoso acompañamiento, con el fin de que aquellos que manifiestan una tendencia homosexual puedan contar con la ayuda necesaria para comprender y realizar plenamente la voluntad de Dios en su vida.

251. En el curso del debate sobre la dignidad y la misión de la familia, los Padres sinodales han hecho notar que los proyectos de equiparación de las uniones entre personas homosexuales con el matrimonio, “no existe ningún fundamento para asimilar o establecer analogías, ni siquiera remotas, entre las uniones homosexuales y el designio de Dios sobre el matrimonio y la familia [...]”. Es inaceptable que las iglesias locales sufran presiones en esta materia y que los organismos internacionales condicionen la ayuda financiera a los países pobres a la introducción de leyes que instituyan el “matrimonio” entre personas del mismo sexo.

La posición benevolente y amoroso del Papa hacia las personas homosexuales¹¹ es una manifestación comprensiva de una realidad históricamente inocultable: que, si bien no admite la posibilidad de que estas sean reconocidas en igualdad de condiciones para un matrimonio de tipo sacramental y por la vía de la ley civil, la Iglesia no entra en controversia con el ordenamiento jurídico.

Impacto causado a partir de los pronunciamientos judiciales en relación directa con la preocupación señalada en el *Sínodo sobre la familia* y en la carta apostólica *Amoris Laetitia*

La situación actual del mundo lleva a que sea importante hacer un pare y reflexionar sobre las transformaciones y problemas que enfrenta la familia como institución. Fue acertada y pertinente la preocupación del Papa Francisco al convocar el sínodo de obispos, para analizar el tema. En la exhortación apostólica del *Amoris Laetitia*, señala: “Las dos

11 Se toma en el sentido genérico de hombres, pero incluye al lesbianismo de la mujer.

caras que Jesús describe, construidas sobre roca o sobre arena,¹² son dos expresiones simbólicas de tantas situaciones familiares, creadas por libertades de sus miembros, porque, como escribía el poeta: toda casa es un candelabro”¹³.

Los cambios establecidos por la jurisprudencia al interior de la familia se ven reflejados en las situaciones de hecho y de derecho que enfrenta el país. Si bien es una situación que no se puede atribuir a los pronunciamientos judiciales, cabe precisar que para nadie es un secreto que los jóvenes reclaman, hoy con más vehemencia, hacer valer su derecho al “libre desarrollo de la personalidad” cada vez que se les quiere colocar de presente un límite en sus actuaciones, que pudiendo ser lícitas, no siempre los favorecen particularmente, mucho menos en el interés social.

A manera de ejemplo, el aumento de menores embarazadas, los delitos consecuencia del consumo de alcohol y otras sustancias, el alto índice de demandas de alimentos y el desamparo de los menores de edad y ancianos, al final afectan a todas las personas. Valga insistir que, cuando se vive en sociedad, no solo se pueden alegar derechos, sino que se debe responder y obligarse al cumplimiento de deberes conforme a la ley. Lo anterior se puede evidenciar en la estadística elaborada para Colombia, por la Organización Panamericana para la Salud (Pan American Health Organization), en el 2010, que arroja las siguientes cifras¹⁴:

1. El 34 % de los hogares tiene como cabeza a una mujer.

12 “La verdadera sabiduría... Aquel, pues, que escucha mis palabras y las pone por obra, será como el varón prudente, que edifica su casa sobre roca. Cayó la lluvia, vinieron los torrentes, soplaron los vientos y dieron sobre la casa, pero no cayó, porque estaba fundada sobre la roca...” (Mt. 7:24-27).

13 Véase “Calle desconocida” de Jorge Luis Borges (2011).

14 Véase https://www.paho.org/col/index.php?option=com_content&view=article&id=1014:lanzamiento-de-la-encuesta-nacional-de-demografia-y-salud-ends-2010&Itemid=551

Todos los demás datos de la Encuesta Nacional de Demografía y Salud (ENDS) del 2010, sobre todos los departamentos en Colombia, los puede encontrar en la página web: www.profamilia.org.co/encuestas

2. El 56 % de los niños menores de 15 años vive con ambos padres; el 30 % vive solo con la madre, pero tiene el padre vivo;¹⁵ un 3 % vive solo con el padre, aunque tiene la madre viva; y un 6 % no vive con ninguno de los dos padres, empero ambos están vivos.
3. El 32 % de las mujeres son solteras; 19 %, casadas; 33 % vive en unión libre; 14 % son separadas; 0.4 %, divorciadas; y 1 %, viudas.
4. El 19 % de las adolescentes (entre 15 y 19 años) ya es madre o está embarazada de su primer hijo. El embarazo adolescente en Colombia disminuyó 1 punto porcentual con respecto a 2005.
5. El 48 % de los embarazos y nacimientos ocurridos en los últimos cinco años han sido deseados; un 30 % lo quería, pero más tarde; y un 23 % lo reporta como francamente no deseado.
6. El 72.5 % de las mujeres sufre algún tipo de control por parte de su esposo o compañero, y el 26 % es víctima de violencia verbal.
7. El 37 % de las mujeres de Colombia sufre algún tipo de violencia física por parte de su pareja. Este porcentaje disminuyó dos puntos porcentuales con respecto al 2005. Las agresiones más comunes son: empujones, golpes con la mano, patadas y violación. Entre quienes sufren violencia física por parte de su esposo o compañero, un 10 % señala haber sido violada por el cónyuge o compañero permanente. El 6 % de las mujeres ha sido víctima de violencia sexual.

15 María Calvo, en su libro *Padres destronados. La importancia de la paternidad*, resalta el papel de los padres en la estabilidad emocional de sus hijos y comenta la alerta dada por el Consejo Pontificio para la Familia: ¿están faltando los hombres a su cita como padres?

8. El 3 % de los niños colombianos padece desnutrición global, es decir bajo peso para la edad.
9. El 22 % de las mujeres entre 13 y 49 años está de acuerdo con que las parejas homosexuales adopten hijos y un 43 % aprueba los derechos de las parejas del mismo sexo.

La realidad de la estadística relacionada preocupa a la Iglesia. En la exhortación apostólica *Amoris Laetitia*, el Papa Francisco manifiesta:

1.- 42. “Así mismo, el descenso demográfico, debido a una mentalidad antinatalista y promovido por las políticas mundiales de salud reproductiva, no solo determina una situación en la que el sucederse de las generaciones ya no está asegurado, sino que se corre el riesgo de que con el tiempo lleve a un empobrecimiento económico y a una pérdida de esperanza en el futuro”. Pueden agregarse otros factores como “la industrialización, la revolución sexual, el miedo a la superpoblación, los problemas económicos. La sociedad de consumo también puede disuadir a las personas de tener hijos solo para mantener su libertad y estilo de vida”. [...] la Iglesia rechaza con todas sus fuerzas las intervenciones coercitivas del Estado en favor de la anticoncepción, la esterilización e incluso del aborto.

Aquí se pone de presente la existencia en Colombia de la ley 1412 del 19 de octubre del 2010, según la cual el sistema de salud debe hacer en forma gratuita la ligadura de trompas y la vasectomía. Paradójicamente, cabe resaltar que, en los estratos bajos, en donde la pobreza es más amplia, se ven madres, solteras o con pareja, con varios hijos. Además, existe el pensamiento machista de que se es más varón si se tiene embarazada a la mujer. Pero, dicho orgullo no corresponde, en muchos casos, al de criar, mantener y sacar adelante a los hijos. Si esto fuera así, el índice de inasistencia alimentaria en el país no sería tan alto. Por lo anterior:

2.- 43. El debilitamiento de la fe y de la práctica religiosa en algunas sociedades afecta a las familias y las deja más solas con sus dificultades. Los Padres afirmaron que «una de las mayores pobreza

de la cultura actual es la soledad, fruto de la ausencia de Dios en la vida de las personas y de la fragilidad de las relaciones. Asimismo, hay una sensación general de impotencia frente a la realidad socioeconómica que a menudo acaba por aplastar a las familias [...]. Con frecuencia, las familias se sienten abandonadas por el desinterés y la poca atención de las instituciones.

[...]

173. El sentimiento de orfandad que viven hoy muchos niños y jóvenes es más profundo de lo que pensamos. Hoy reconocemos como muy legítimo, e incluso deseable, que las mujeres quieran estudiar, trabajar, desarrollar sus capacidades y tener objetivos personales. Pero, al mismo tiempo, no podemos ignorar la necesidad que tienen los niños de la presencia materna, especialmente en los primeros meses de vida. [...] Valoro el feminismo cuando no pretende la uniformidad ni la negación de la maternidad. Porque la grandeza de la mujer implica todos los derechos que emanan de su inalienable dignidad humana, pero también de su genio femenino, indispensable para la sociedad.

[...]

240. Muchos terminan su niñez sin haber sentido jamás que son amados incondicionalmente, y eso lastima su capacidad de confiar y de entregarse.

Por otra parte, el sentimiento de “soledad” es actualmente un problema que afecta a los niños y adolescentes, debido a los problemas familiares o al afán por tener, que muchas veces imposibilita la compañía de los padres en esas etapas tempranas de la vida del ser humano y que tanto lo marcan para su futuro. Dicha soledad ha facilitado que muchos adolescentes hagan parte de grupos y pandillas, que requieren pagar un precio por la aceptación que aparentemente los saca de dicha soledad. Además, dada la equivocada interpretación que hacen de la libertad, como un derecho pregonada en la Constitución, muchos jóvenes se rebelan ante su grupo familiar, para poder pertenecer a otros grupos o subculturas (como la punk, la gótica, etc.), generando

problemas sociales, dadas sus prácticas muchas veces relajadas y hasta ilegales. La compañía y ocupación son mejores consejeros, pero esto es algo que solo se obtiene en familias responsables del ser humano.

3.45 “Son muchos los niños que nacen fuera del matrimonio, especialmente en algunos países, y muchos los que después crecen con uno solo de los padres o en un contexto familiar ampliado o reconstituido [...]. Asimismo, en las sociedades golpeadas por la violencia a causa de la guerra, del terrorismo o de la presencia del crimen organizado, se dan situaciones familiares deterioradas y, sobre todo en las grandes metrópolis y en sus periferias, crece el llamado fenómeno de los niños de la calle”.

La exhortación apostólica hace énfasis en el acompañamiento después del divorcio, y aclara que, contrario a lo que dicen algunos medios, el Papa Francisco no cambió la posición de la Iglesia en torno a este:

243. A las personas divorciadas que viven en nueva unión, es importante hacerles sentir que son parte de la Iglesia, que “no están excomulgadas” y no son tratadas como tales, porque siempre integran la comunión eclesial. Estas situaciones “exigen un atento discernimiento y un acompañamiento con gran respeto, evitando todo lenguaje y actitud que las haga sentir discriminadas, y promoviendo su participación en la vida de la comunidad. Para la comunidad cristiana, hacerse cargo de ellos no implica un debilitamiento de su fe y de su testimonio acerca de la indisolubilidad matrimonial, es más, en ese cuidado expresa precisamente su caridad”.

[...]

245. Los Padres sinodales también han destacado “las consecuencias de la separación o del divorcio sobre los hijos, en cualquier caso víctimas inocentes de la situación”.

[...]

267. Por encima de todas las consideraciones que quieran hacerse, ellos son la primera preocupación, que no debe ser opacada por cualquier otro interés u objetivo. A los padres separados les ruego:

“Jamás, jamás, jamás tomar el hijo como rehén. Os habéis separado por muchas dificultades y motivos, la vida os ha dado esta prueba, pero que no sean los hijos quienes carguen el peso de esta separación, que no sean usados como rehenes contra el otro cónyuge. Que crezcan escuchando que la mamá habla bien del papá, aunque no estén juntos, y que el papá habla bien de la mamá”. Es una irresponsabilidad dañar la imagen del padre o de la madre con el objeto de acaparar el afecto del hijo, para vengarse o para defenderse, porque eso afectará a la vida interior de ese niño y provocará heridas difíciles de sanar.

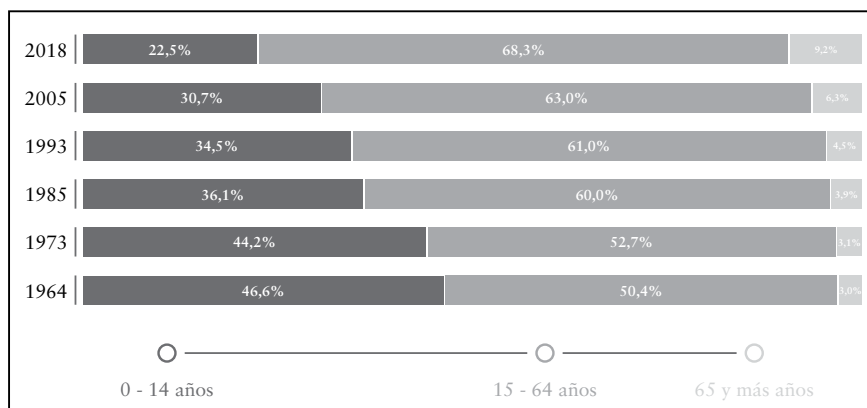
Luego del Encuentro Mundial de las Familias, llevado a cabo en Irlanda en agosto del año 2018, el Papa Francisco, en su acostumbrada audiencia general, resaltó: “¡Cuánta necesidad tiene el mundo de una revolución de amor, de una revolución de ternura, que nos salve de la actual cultura de lo provisorio! Y esta revolución comienza en el corazón de la familia”.

Es del caso llamar la atención respecto a cómo los nuevos modelos de familia en Colombia, así como algunas prácticas tales como la planificación familiar y el aborto permitido o de práctica ilegal, han incidido directamente en la reducción y debilitamiento de la población de menores de edad. En cambio, la población de adultos mayores viene creciendo, como lo refleja las estadísticas que arroja el censo nacional de población y vivienda del DANE en el 2018.

Distribución de la población por grandes grupos de edad (1964-2018)¹⁶

Es preciso llamar la atención acerca de la necesidad y responsabilidad que tiene el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) para fortalecer las políticas públicas alrededor de la familia

16 Véase: <https://sitios.dane.gov.co/cnpv-presentacion/src/#cuantos00>

Figura 1. Estadística sobre el crecimiento de la población adulta

y sus diferentes miembros,¹⁷ tal como los niños y abuelos de la tercera edad (ver figura 1).

Siguiendo el contenido que sobre los adultos mayores recoge la encíclica *Amoris Laetitia*, esta expresa:

48. «La mayoría de las familias respeta a los ancianos, los rodean de cariño y los considera una bendición. Un agradecimiento especial hay que dirigirlo a las asociaciones y movimientos familiares que trabajan en favor de los ancianos, en lo espiritual y social [...]. En las sociedades altamente industrializadas, donde su número va en aumento, mientras que la tasa de natalidad disminuye, estos corren el riesgo de ser percibidos como un peso. Por otro lado, los cuidados que requieren a menudo ponen a dura prueba a sus seres queridos». «Valorar la fase conclusiva de la vida es todavía más necesario hoy, porque en la sociedad actual se trata de cancelar de todos los modos posibles el momento del tránsito. La fragilidad y la dependencia del anciano a veces son injustamente explotadas para sacar ventaja económica. Numerosas familias nos enseñan que se pueden afrontar los últimos años de la vida valorizando el sentido

17 El CONPES desarrolló una política nacional de envejecimiento y vejez, para el periodo 2007-2019.

del cumplimiento y la integración de toda la existencia en el misterio pascual. Un gran número de ancianos es acogido en estructuras eclesiales, donde pueden vivir en un ambiente sereno y familiar en el plano material y espiritual. La eutanasia y el suicidio asistido son graves amenazas para las familias de todo el mundo. Su práctica es legal en muchos países. La Iglesia, mientras se opone firmemente a estas prácticas, siente el deber de ayudar a las familias que cuidan de sus miembros ancianos y enfermos»

[...]

Los ancianos

191. «No me rechaces ahora en la vejez, me van faltando las fuerzas, no me abandones» (Sal. 71:9). Es el clamor del anciano, que teme el olvido y el desprecio. Así como Dios nos invita a ser sus instrumentos para escuchar la súplica de los pobres, también espera que escuchemos el grito de los ancianos.

211. Esto interpela a las familias y a las comunidades, porque «la Iglesia no puede y no quiere conformarse a una mentalidad de intolerancia, y mucho menos de indiferencia y desprecio, respecto a la vejez. Debemos despertar el sentido colectivo de gratitud, de aprecio, de hospitalidad, que hagan sentir al anciano parte viva de su comunidad. Los ancianos son hombres y mujeres, padres y madres que estuvieron antes que nosotros en el mismo camino, en nuestra misma casa, en nuestra diaria batalla por una vida digna». Por eso, «¡cuánto quisiera una Iglesia que desafía la cultura del descarte con la alegría desbordante de un nuevo abrazo entre los jóvenes y los ancianos!».

El Papa Francisco, en su discurso del 5 de diciembre del 2015 a la asociación de padres de familia de las escuelas católicas de Italia, recordó que “los abuelos tienen su misión. No descartar a los abuelos que son la memoria viva del pueblo”.¹⁸

18 Véase http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2015/december/documents/papa-francesco_20151205_agesc.html. Este año, en Irlanda, también

En Colombia, el artículo 46 de la Constitución consagra la protección y asistencia de las personas en la tercera edad.¹⁹ A partir de este derecho, el legislador se ha pronunciado con las leyes: 1171 del 2007, 1251 del 2008 y 1276 del 2009,²⁰ lo cual es complementado con el decreto 3039 de 2007, para la protección, promoción y defensa de los derechos de los mayores. El conocimiento sobre estos instrumentos constitucionales y legales es muy bajo, y así mismo es poco el interés de estudiar el tema desde la academia, a pesar de la importancia que requiere, siendo un sector de la población que está en permanente crecimiento.

En cuanto a la práctica de la eutanasia, en Colombia se han expedido: la resolución 1216 del 2015, expedida por el Ministerio de Salud; las sentencias T-970 del 2014 y T-423 del 2017, que regulan su práctica en adultos; y la resolución 825 del 9 de marzo del 2018 y la sentencia T-544 del 2017, que regulan la eutanasia para niños. Se precisa que su aplicación es solo para enfermedades terminales, requiere consentimiento informado y consentimiento (incluso de los menores de edad),

al hablar sobre la familia, dijo: “Hoy, es duro decirlo, pero parece que los abuelos molestan. En esta cultura del descarte, los abuelos «se descartan», se alejan. Pero los abuelos son la sabiduría, son la memoria de un pueblo, la memoria de las familias. Y los abuelos deben transmitir esta memoria a los nietos. Los jóvenes y los niños deben hablar con los abuelos para llevar adelante la historia. Por favor: no descartéis a los abuelos. Que estén cercanos a vuestros hijos, a los nietos”.

19 Véase: <https://geoportal.dane.gov.co/midaneapp/pob.html>. Según las estadísticas del Departamento Nacional de Estadística (DANE) para el 2015, de los 48'203.405 habitantes con que contaba Colombia, 5'336.851 pertenecen al grupo poblacional de adultos mayores (60 años en adelante). El DANE, en el 2018, señala el siguiente índice de envejecimiento: por cada 100 personas menores de 15 años hay 41 personas mayores de 64. Véase <https://sitios.dane.gov.co/cnpv-presentacion/src/#cuantos00>

20 Desde el siglo XIX se vienen dando leyes para la protección “de la vejez”, se creó la previsión social y las pensiones, se prohibió el embargo de las misas, ya en el siglo XX, se crea el régimen laboral y de seguridad social, con el Decreto 3224 de 1963 se estableció la asistencia pública como una “función de Estado”. La Ley 29 de 1975 creó el Fondo Nacional de la Ancianidad, en 1986 se crean los Centros de Bienestar del Anciano, regulados luego por la ley 687 de 2001 y por la ley 1276 de 2009, como Centros de vida. El Código penal sanciona conductas contra los ancianos.

y la aprobación de un comité científico, haciendo la salvedad de que nunca es permitida su aplicación en menores de 7 años. En materia penal, existen tipos penales que la prohíben, pero que no es del caso explicar en este estudio.

Conclusiones

En el mundo, y con excepción de pocos sistemas jurídicos, la institución de la familia marca el núcleo de la sociedad y, por lo mismo, es objeto de protección.

Es un avance que la Constitución de 1991 haya reconocido otros tipos de familia, pues acoge las transformaciones que se viven en la sociedad, la promulgación de la legislación internacional en materia de derechos humanos y las declaraciones encaminadas a privilegiar la dignidad humana en consenso con la libertad e igualdad. Todo esto ha dado lugar a un cambio en la visión de las más antiguas e importantes instituciones de la sociedad: el matrimonio y la familia.

Sin embargo, la apertura hacia otras formas de familia exige tener claro que el mismo artículo 42 de la Constitución insiste en “la voluntad responsable de conformarla”. Pareciera que en ocasiones se privilegian derechos fundamentales individuales, que afectan la responsabilidad social que su conformación implica.

El notorio incremento de niños abandonados, con limitaciones afectivas y económicas, explotados o sin padres que respondan a su obligación de cubrir sus necesidades mínimas; la realidad evidente y dolorosa de la violencia intrafamiliar, que las leyes no logran erradicar; así como el problema de calidad de vida de los mayores de sesenta años, debido a la informalidad en el trabajo, que no genera un sistema pensional básico, la soledad y abandono a que están expuestos, como resultado de la disminución en la natalidad y de las nuevas formas de conformación de la familia (que redujo sus integrantes); todo esto describe una problemática interdisciplinar, que debe ser investigada desde diferentes ámbitos, en aras de ofrecer recomendaciones de prevención para los próximos años y de solución a los padecimientos vividos hoy en día.

El Estado debe responder a su vez con nuevas políticas públicas, que, independientemente de las formas adoptadas, busquen el cuidado

de los miembros más débiles en la conformación familiar (los hijos y los adultos mayores), así como la protección de las familias pertenecientes a grupos minoritarios, como las comunidades indígenas y afrodescendientes.

De esta forma, las problemáticas de la familia actual, señaladas por la Iglesia, no pueden abordarse solo desde una solución externa y normativa. Aunque esta es importante, no ataca el problema real que aqueja a la familia. Hay que pensar en el interés colectivo de la familia más que en los intereses individuales de quienes la conforman, pues en ocasiones lo individual deja de lado la “responsabilidad” que se tiene frente a otros miembros de la familia. De ahí que los valores cristianos sean resaltados en la doctrina de la Iglesia, pues, sin compromiso, responsabilidad y entrega, no habrá solución real a los problemas que se padecen al interior de la familia y que se extienden luego a la sociedad.

Independientemente de que Colombia se proclame como un Estado laico, la pastoral de la Iglesia católica puede apoyar los procesos de prevención y solución de los problemas que aquejan la institución de la familia. En la solidaridad, fraternidad y caridad cristiana, hay una riqueza que no se puede perder de vista, pues lo que está en juego es lo más valioso de toda sociedad: la familia, pues en ella se incuba el ser humano.

Referencias

- Acevedo, L. (2011). El concepto de Familia hoy. *Revista de las ciencias del espíritu-Franciscanum*, 53(156), 149-170.
- Arévalo, N. (2014). *El concepto de familia en el siglo XXI*. Trabajo presentado en Foro Nacional de Familia. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/6.%20Min%20Justicia-%20El%20Concepto%20de%20Familia%20en%20el%20Siglo%20XXI.pdf>
- Borges, J. L. (2001). Calle desconocida. En *Fervor de Buenos Aires*. Alianza.
- Ceballos, P. A., Ríos, J. & Ordoñez, R. (2012). *El reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo: el camino hacia un concepto de familia pluralista*. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 14(2), 207-239. <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v14n2/v14n2a08.pdf>
- Calvo Zarraute, G. (2019) “*Didáscalos, Madrid 2017*, 499 páginas”. <https://infovaticana.com/blogs/criterio/la-revolucion-sexual-global/>

- Constitución Política de Colombia. (1991). 25.^a ed. Editorial Legis.
- Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-406 del 1992 (M.P. Ciro Angarita Baron; 5 de junio del 1992).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-098 del 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 7 de marzo del 1996).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-289 del 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell; 15 de marzo del 2000).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-623 del 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; 14 de junio del 2001).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-814 del 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 2 de agosto del 2001).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-1033 del 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño; 27 de noviembre del 2002).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-271 del 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; 1 de abril del 2003).
- Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-292 del 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; 25 de marzo del 2004).
- Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-367 del 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño; 22 de abril del 2004).
- Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-725 del 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; 30 de julio del 2004).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-075 del 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; 7 de febrero del 2007).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-521 del 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 11 de julio del 2007).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-029 del 2009 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; 28 de enero del 2009).
- Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-911 del 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla; 7 de diciembre del 2009).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-238 del 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 13 de abril del 2011).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-577 del 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 26 de julio del 2011).

- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-238 del 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 22 de marzo del 2012).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 05001-23-31-000-1997-01368-01(27289) del 2013 (M.P. Enrique Gil Botero; 24 de julio del 2013).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-683 del 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; 4 de noviembre del 2015).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU696/2015 (M.P. Gloria S. Ortiz; noviembre de 2015).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-214 del 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos; 28 de abril del 2016).
- Corte Constitucional. Sala Sexto de Revisión. Sentencia T-443 del 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 13 de noviembre del 2018).
- de Coulanges, F. (1974). *La ciudad antigua*. Porrúa.
- García del Corral, I. L. (1990). *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Lex Nova.
- Iglesias, J. (2004). *Derecho romano*. Editorial Ariel.
- Lemaitre, J. (2005). Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional. Una narrativa de progreso. En Iturralde, M. & Bonilla, D. (eds.), *Hacia un nuevo Derecho Constitucional*. Universidad de los Andes.
- Monroy, M. (2014). *Derecho de familia, infancia y adolescencia*. Librería ediciones del profesional Ltda.
- Moreno, V. & Novoa, M. (2016). *El libre albedrío en Tomás de Aquino y el derecho al libre desarrollo de la personalidad en la Constitución de 1991*. Universidad San Buenaventura.
- Papa Francisco. (2016). *Amoris Laetitia*. Ediciones San Pablo.
- Petit, E. (1980). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Editorial Albatros.
- Quintero, A. (2010). Del concepto de familia: visión social. *Revista CUHSO, Universidad Católica de Temuco*, 20(2), 9-22.
- Serrano, L. (2017). *Una mirada al Derecho de Familia desde la Psicología jurídica*. Ediciones Universidad Santo Tomás.

El matrimonio civil y católico en Colombia*

VILMA STELLA MORENO DÍAZ

Introducción

A tendiendo los parámetros constitucionales de Colombia, el matrimonio se presenta bajo la forma civil y religiosa. En este capítulo, se aborda la temática de la familia desde la perspectiva comparativa del matrimonio civil y católico. Con esto, se busca ofrecer, a estudiantes, profesionales del derecho y ciudadanos en general, conocimiento sobre

* El presente texto es producto de la investigación adscrita al grupo de investigación “Derecho Privado” adscrito al Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria (CIFRAVI) de la Universidad Santo Tomás (Bogotá), en su línea “La nueva familia”. Este proyecto de investigación fue denominado “La institución de la familia en el derecho romano, canónico y civil colombiano y sus cambios a partir de la constitución de 1991”, y financiado con recursos de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). El tema objeto de desarrollo es abordado desde la perspectiva de la doctrina católica, acorde con la misión y visión de la Universidad Santo Tomás, y la perspectiva normativa del Estado social de derecho y del derecho canónico.

los antecedentes, particularidades, semejanzas y diferencias de estos matrimonios. Téngase en cuenta que, dado el arraigo cultural católico de la sociedad, el reconocimiento del matrimonio católico evidencia el respeto institucional por la libertad religiosa y de culto, plasmada en la Constitución de 1991.

Conforme a lo anterior, se evidencia que la sociedad colombiana, con un porcentaje mayoritario de población católica, y aunque profesionales del derecho profesen esta religión, desconoce la normatividad canónica en torno al régimen matrimonial y, por ello, se incurre en errores jurídicos. En consecuencia, se considera necesario explicar la naturaleza y competencia de dichos matrimonios. Con este fin, se partirá de la revisión histórica de los orígenes de la relación entre religión y legislación civil, seguida del análisis de la voluntad y otros elementos contractuales del matrimonio, entendido como contrato y sacramento. Luego, se hace alusión a la capacidad para contraer matrimonio, sus limitaciones y nulidades. Por último, se indaga acerca de los efectos civiles del matrimonio civil y católico en Colombia.

Así las cosas, el propósito y justificación de este artículo es presentar, bajo un enfoque cualitativo de revisión de fuentes documentales, las categorías jurídicas que, en el derecho colombiano y en el derecho canónico, rigen la institución del matrimonio como contrato y como sacramento, evidenciando su origen, cambio y estado actual, y, por tanto, contando con las directrices de la legislación colombiana en desarrollo del artículo 19, que consagra el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, y de la ley 133 del 1994:

Ninguna Iglesia o confesión religiosa es ni será oficial o estatal. Sin embargo, el Estado no es ateo, agnóstico, o indiferente ante los sentimientos religiosos de los colombianos. El Poder Público protegerá a las personas en sus creencias, así como a las Iglesias y confesiones religiosas y facilitará la participación de estas y aquellas en la consecución del bien común. De igual manera, mantendrá relaciones armónicas y de común entendimiento con las Iglesias y confesiones religiosas existentes en la sociedad colombiana. (Art. 2°)

Una de las instituciones sociales contemporáneas, que se remonta a tiempos antiguos, en independencia de la ideología política o del credo

que se profese, es la familia. Pero aproximarse a ella supone hacerlo de la mano de la figura del matrimonio, entendido como la institución que mediante un acuerdo público, siguiendo formalidades o ritos particulares, produce efectos que el derecho se propone proteger. Partiendo de una breve reseña de los antecedentes de la institución en la cultura grecoromana, se destacan los puntos de encuentro y diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica, requisitos y efectos que se derivan de su realización.

La religión y el ordenamiento civil

Desde épocas antiguas,¹ dice de Coulanges (1974), el ser humano ha tenido creencias en dioses. Primero, fueron sus muertos; así, de su culto y cuidado, nace la “religión doméstica”², que el autor considera como el origen de la familia. Esta, a su vez, se encuentra concatenada con la figura de matrimonio, alcanzando este un carácter sagrado, dado que su objetivo iba más allá de la unión conyugal para alcanzar el placer y la perpetuación de la familia. En cambio, “el efecto del matrimonio a los ojos de la religión y de las leyes era unir a dos seres en un mismo culto doméstico para hacer nacer a un tercero que fuese apto para continuar ese culto” (de Coulanges, 1974, p. 33). Según tal óptica, en la religión de los hogares no existían reglas uniformes respecto al ritual que se debía seguir. Por tanto, cada familia era autónoma de desarrollar el culto con sus costumbres, y ningún poder ajeno a ella tenía la facultad para regular su creencia (de Coulanges, 1974).

Lo anteriormente expuesto demuestra que no es posible considerar aisladamente la religión doméstica y la familia, en las comunidades

1 Las diferentes leyes y codificaciones antiguas, como el Código de Hamurabi (Babilonia, 1.750 a. C.), la Ley del Manu (India, S. VII a. C.), Ley de Solón (Grecia, S. VI a. C.), Ley de las XII Tablas (Roma, 451 a. C. IV, Relaciones de familia), tienen dentro de su ordenamiento, costumbres y reglas sobre la familia y el matrimonio.

2 Se considera como el conjunto de rituales y culto que profesaba la familia encerrada en los muros de la casa, dado su carácter privado. Se destaca el culto en las tumbas de los (antepasados), al fuego sagrado del altar, la comida.

griegas y romanas antiguas. Los lazos que se tejían en torno al culto a los dioses del hogar afianzaron relaciones de carácter religioso y legal,³ alimentando las costumbres que se propagaron y mantienen hasta la actualidad.

A lo largo de las distintas épocas, y más allá del surgimiento y conformación del Imperio Romano, los escritos de grandes jurisconsultos evidenciaron la relación entre la religión de ese momento y la institución familiar. Es el caso de Gayo,⁴ cuyo principal libro es *El derecho de la familia*. Siglos más tarde, con el nacimiento y expansión del cristianismo dentro de los límites del Imperio, para el siglo IV d. C., hubo transformaciones políticas y culturales significativas. Se destaca, inicialmente, la libertad religiosa suscrita por Constantino⁵, y después el decreto de Teodosio que declaró el cristianismo como la religión del Imperio.

Carnelutti (2007) decía:

“Prima societas in coniugiu est” [la primera sociedad está en el matrimonio], ha dicho Cicerón. Coniugium, de coniungo. El matrimonio, en el lenguaje romano, lleva el signo de la unión. Hombre y mujer. De un hombre y de una mujer nace otro hombre. Este no es un hombre cualquiera; sino aquel hombre en que se han fundido los caracteres de los dos progenitores: “et erunt duo in carne una” [y serán dos en una sola carne]; los descubrimientos de la genética eran necesarios para interpretar esta frase admirable del Maestro. La familia es verdaderamente la célula de la sociedad. La célula, como enseñan los biólogos, es el elemento simple de todo organismo.

3 Fustel sustenta la importancia de la religión en la constitución de la familia y el parentesco, retomando la definición que hace Platón cuando dice que: “el parentesco es la comunidad de los mismos dioses domésticos. [...] Dos hombres podían llamarse parientes cuando tenían los mismos dioses, el mismo hogar, la misma comida fúnebre” (*Lg.* v, pp. 729).

4 En el periodo clásico, del 130 a. C. al 230 d. C., se dan los grandes jurisconsultos. Dentro de los clásicos tardíos encontramos a Ulpiano y Gayo, entre otros. Estos constituyeron luego el tribunal de los difuntos y sus escritos serán tenidos en cuenta en el *Corpus Iuris Civiles* de Justiniano (siglo VI d. C.)

5 En el año 313, con el Edicto de Milán, cesó la persecución a los cristianos en el Imperio Romano.

En ella se encierra el misterio de la vida. Derivan de la célula, además de los organismos individuales, también los organismos sociales. Ella resulta siempre de la unidad de dos elementos, el masculino y el femenino. De la célula se engendran otras células: la familia es así. Ni la generación podría ocurrir sin un tercer elemento, al cual los biólogos (mejor, los citólogos, que son los estudiosos de las células) han dado el nombre de membrana celular. Trasladado el concepto al terreno sociológico, a la membrana celular corresponde la domus, la casa: una especie de tabernáculo, dentro del cual se cumple el prodigio de la generación.⁶ (pp. 68-69)

El triunfo del cristianismo en Roma propició el acercamiento de la doctrina judeocristiana con las culturas griega y romana. Hattenhauer (1987) entendía esto como la pérdida que había sufrido Roma, en su condición de Imperio universal, para convertirse en Iglesia universal. Con ello, sus fuentes (la ley natural y los Evangelios) impregnarían el derecho romano,⁷ manteniéndose así por varios siglos⁸. De ahí que:

6 “Hay que hacerse cargo de esta verdad para comprender la estructura, o más bien la naturaleza, del Estado. La pretensión, entre otras cosas, de negar la familia para afirmar el Estado, es una de las más insanas aberraciones que puedan adoptarse en la historia del pensamiento humano. Sin la familia, el Estado no puede vivir, como no se podría construir un edificio si se disgregasen los ladrillos con que se lo construye. Un Estado sin familia es absurdo, como un cuerpo humano sin células. Así como la salud del cuerpo humano depende de la permeabilidad de las células al misterioso flujo vital, así también la salud del Estado depende de la cohesión de la familia, es decir, de la circulación del amor entre sus miembros” (Carnelutti, 2007, p. 60).

7 La costumbre o “*mores maiorum*”, fuente primera del periodo arcaico del derecho romano antiguo (754 a 130 a. C.), pasó a un segundo lugar durante los siglos en que tuvo auge la doctrina eclesial. El *Decreto de Graciano*, fuente formal del derecho canónico, establecía: “no debe aceptarse la costumbre de los hombres, sino la verdad de Dios” (1,8).

8 Solo hasta el redescubrimiento del *Corpus Iuris Civile*, de Justiniano, siglo XI y XII, se vuelven a retomar las fuentes primeras del Derecho romano.

las raíces del moderno derecho matrimonial no son directamente germánicas o romanas, sino canónicas. La Iglesia fundamentó su doctrina en el precepto del Antiguo Testamento “y vendrán a ser los dos una sola carne” (Gn. 2:24) y en la estricta interpretación que Jesús y Pablo dieron a esta palabra. Apartándose de la tradición judía del divorcio (Dt. 24), Jesús interpretó el término “una carne” con esta afirmación “. De manera que ya no son dos, sino una sola carne. Por tanto lo que Dios unió no lo separe el hombre” (Mt. 19:6). La prohibición –tácitamente expresada por Jesús en el mismo capítulo– de relaciones sexuales extramatrimoniales, la formuló Pablo más claramente recurriendo a los apelativos “concubinato, fornicación y adulterio”. Del matrimonio afirmaba: “Gran misterio este” (Ef. 5:32), traducido al latín como “sacramentum magnum est”. Lo cual sería durante siglos el fundamento de todo derecho matrimonial civil y canónico [...]. (Hattenhauer, 1987, p. 133)

Por otra parte, el derecho canónico dejó una huella indeleble en el derecho positivo y civil con respecto a instituciones como la familia y el matrimonio, pues, al dejar de ser la antigua religión doméstica, el cristianismo se convirtió en una religión universal,⁹ presente en todos los territorios que formaban parte del Imperio Romano.

Cabe resaltar que, desde Constantino, seguido de Justiniano, se trabajó para compilar leyes promulgadas en Roma (conocidas como el *ius generale*), con la finalidad de dar un sustento jurídico al Imperio. Dicha compilación se considera un paso para la consolidación del derecho como fuente de interpretación, que se impone sobre las prácticas consuetudinarias de pueblos bárbaros, buscando así regular los conflictos que se venían dando respecto de la familia, el matrimonio y la propiedad (Cieza & Ramírez, 2005).

Ahora bien, con la transición al mundo medieval, la iglesia cristiana se ocupó de fortalecer la institución matrimonial; y ante la dispersión

9 Jesús anunció la salvación para todos, no solo para el pueblo judío, por eso envió a sus discípulos a dar la buena noticia de la salvación a todos los pueblos, de ahí la palabra “católico” universal.

del poder real, monopolizó la práctica ceremonial del matrimonio. Si bien era considerado como algo puramente temporal, poco a poco se introdujeron ceremonias eclesiásticas que fueron perfilando diferencias entre el matrimonio celebrado bajo los parámetros de la ley romana y las determinaciones dadas por la iglesia bajo los delineamientos del derecho canónico.

De pronto es entre los siglos IV y XI que comenzó a aparecer en occidente, al lado de las ceremonias familiares y civiles, la ceremonia eclesiástica del matrimonio, sin carácter obligatorio, y a la que se van incorporando rasgos y ritos de las diversas culturas. Las costumbres civiles se fueron convirtiendo en eclesiásticas. Las cosas, símbolos, actos jurídicos civiles, las arras, el anillo, la dote, los objetos y costumbres procedentes de las tribus germánicas, celtas, francas, lombardas y otras, pasaron a la liturgia de la iglesia. (Schillbeeckx, 1968, p. 244)

Bajo tales preceptos se observa que tanto el matrimonio civil como el canónico comparten la realidad natural del ser humano de unirse, complementarse, compartir y querer tener una familia, para recorrer el camino de su vida en compañía de seres que ame y den sustento a su quehacer diario. Pero el carácter sacramental, dado por la Iglesia católica al matrimonio, es un referente histórico, que si bien venía siendo considerado desde tiempos antiguos, como dan cuenta los evangelios (San Pablo y San Agustín) al presentar la relación entre hombre y mujer como la relación de Cristo con la Iglesia, fue necesario tener una posición oficial de la Iglesia que lo hiciera obligatorio. El carácter sacramental del matrimonio fue la respuesta que se dio en el Concilio de Trento¹⁰ (1545-1546), no solo para consagrar un rito religioso particu-

10 Como se venía equiparando la definición del matrimonio como contrato, dado por los romanos, con la del matrimonio como sacramento, en el Concilio de Trento se descartó tal analogía. Se retomaron los requisitos que se habían proclamado en el Concilio de Letrán: “una unión contraída sin la bendición nupcial puede ser un matrimonio verdadero y válido entre cristianos, aunque no matrimonio sacramental. Los que se han casado en estas condiciones no necesitan sino pedir la bendición del sacerdote, la cual transformará su matrimonio en sacramento”.

lar, sino también para determinar que debía tener la bendición del sacerdote, pues esta, es la que le confiere tal carácter.

Bajo estas consideraciones, y con el paso de los siglos, del redescubrimiento en el siglo XI del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, de la secularización de los Estados, y de la secularización del matrimonio pregonada por Lutero¹¹ en el siglo XVI, se insiste en las fuentes que inspiraron el *Corpus Iuris Civilis*, y en la práctica y reconocimiento del matrimonio por ritos religiosos o civiles.

De la voluntad y otros elementos contractuales en el matrimonio civil y católico

Cuando Morin (1983) expuso una nueva forma de concebir la realidad, conocida como el pensamiento complejo, marcó una nueva forma de aproximarse a la condición humana, a partir de la interacción de sus diferentes componentes. Así, estudiar al ser humano como realidad natural comprende tanto lo biológico como lo cultural.¹² Del mismo modo, en el matrimonio estas dos dimensiones están presentes. Algunos autores, como Bonnacase (1997), lo ven como una institución:

constituida por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y, por tanto, a la familia, una organización social y moral que corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todo momento irradian de la noción de derecho. (p. 298)

11 Martín Lutero, fraile católico Agustino, autor de la reforma protestante en Alemania, insistió que el matrimonio es una cosa mundana, no lo reconoció como sacramento, por lo que se debía dejar a la competencia de la autoridad temporal.

12 En *Introduction à une politique de l'homme* (1965) se la define como “política del hombre en devenir en el mundo” (p. 89).

Otros dicen que solamente es un contrato. Pero, si bien es cierto que es un contrato, el matrimonio y la familia, como institución, son ejes fundamentales de toda sociedad.¹³ Es por esto que, en las diferentes familias jurídicas y regímenes políticos en el mundo, está regulado el matrimonio, bajo parámetros de la ley civil o religiosa, ya sea como contrato o como institución.

Barrio (2016) dirá que, en contraposición a la tesis clásica de la familia como realidad objetiva e inmanente, donde matrimonio y familia son inseparables, se da la tesis moderna de la familia como producto histórico-cultural. A esta tesis se acoge nuestra Corte Constitucional, tal como se desprende de la Sentencia C-107 del 2017, que, en relación con el patrimonio de familia, dice que en Colombia hay familias: ensambladas, unipersonales y de crianza.

Por otra parte, con la secularización del matrimonio, gracias a que luteranos y calvinistas lo desacralizaron, se pasa del concepto institucional a la aproximación al contrato, sujeto a la autonomía de la voluntad de los individuos. En esta vía, los cambios que se vivieron en la Europa feudal, desde los siglos XII y XIII, permitieron la conjunción de formas culturales de los pueblos bárbaros, que, junto con la estructura jurídica romana, fueron amalgamados con el sentido espiritual, ético y religioso de la iglesia cristiana primitiva. El reconocimiento social de sus mandatos, y el arraigo a los dogmas y mandatos que regulan la vida del hombre en sociedad, permitió a la Iglesia pronunciarse sobre temas particulares de la vida privada (Barrio, 2016).

Una muestra de ello es el pronunciamiento respecto del matrimonio. Definido como contrato por la cultura romana, dada la manifestación de voluntad de los esposos, suponía la posibilidad de divorcio en cualquier momento, pues el hombre disponía de autonomía para cesar el contrato cuando a bien tuviera. Por el contrario, para la iglesia cristiana, el consentimiento y compromiso por la permanencia forman parte esencial en la consolidación del matrimonio, que, si bien lo reconoce como contrato, al igual que en el matrimonio civil, le adiciona

13 La Constitución Política de 1991 inicia la relación de derechos sociales, económicos y culturales, consagrando, en el artículo 42, el derecho a conformar una familia y declarar esta como núcleo fundamental de la sociedad.

a la legislación romana un contenido moral: el deber de la fidelidad, la permanencia y la procreación.¹⁴

Así, la indisolubilidad que le confiere deriva del carácter sagrado, dado por la divinidad, materializado con la bendición que sella el contrato y lo convierte en sacramento. “San Alberto Magno dirá que «el sacramento consiste en el contrato mismo», a lo que agregará santo Tomás que el consentimiento constituye el sacramento, y que la bendición del sacerdote no es sino un sacramental” (Rodríguez, 1993, p. 449).

Los cambios que se viven en la Europa occidental, entre el siglo XIV y XVI, se consideraron un período de transición entre el medioevo y lo que en adelante se caracterizará como mundo moderno. En efecto, se considera que las manifestaciones del humanismo cristiano y el renacimiento del derecho natural, que se distancia de la escolástica y se alimenta del racionalismo para explicar los fenómenos a partir del estado de naturaleza, generaron el ambiente para una nueva realidad arraigada en el racionalismo. Esto afianzó la separación entre el mundo terrenal o laico, y el religioso (Roaro, 2017).

A partir de las teorías del derecho natural, irrumpen nuevos teólogos y filósofos que, apoyados en el reconocimiento de la libertad del hombre y el ejercicio de la razón, ponderan las tesis del contractualismo o pacto social para la configuración del poder del Estado. Luego, esto se hace extensivo a instituciones sociales que sustituirán su origen divino por las tesis que las presentan como producto de la manifestación de la libre voluntad del hombre como ser racional (Roaro, 2017).

Es el caso del filósofo político inglés Thomas Hobbes. A pesar de su interés por prescindir de concepciones espirituales y su deseo de mostrar al hombre como libre de condicionamientos religiosos, en su *Tratado sobre los ciudadanos* (1642), reconoce el carácter contractualista de la práctica sacramental y laica respecto al matrimonio. Afirma el pensador inglés:

La discusión de si el matrimonio es o no un sacramento, lo único que digo es que el *contrato legítimo* de un hombre y de una mujer para cohabitar, esto es concedido por la ley civil, sea sacramento

14 Si bien la Iglesia no aceptaba el divorcio en sus primeras épocas, no lo prohibió.

o no, es ciertamente un matrimonio legítimo [...]. (Hobbes, 2009, p. 114, énfasis agregado)

Siguiendo este planteamiento, un siglo después, precisa que los derechos y obligaciones de los consortes tienen su origen en el contrato por el que se erige el matrimonio, y por tanto es de común acuerdo. Estos planteamientos se ratificarán con la secularización inminente, propia de la Revolución Francesa, con la que, además, se propenderá a la separación total entre la ley civil y el derecho canónico (Hattenhauer, 1987).

La consecuencia de la secularización de la institución matrimonial se verá reflejada en las causas y los efectos que, en uno y otro ordenamiento, permitirán su terminación o disolución. En tal sentido, Rossert y Zannoni (1991) precisan que es la libre voluntad la que permite que el acto jurídico trascienda a la relación jurídica “*matrimonio in facto esse*”. Por tanto, si fracasa la unión, le es permitido a los cónyuges rescindirla o disolverla, del mismo modo que pueden las partes de un contrato rescindirlo o revocarlo, de acuerdo con las normas generales, como se expondrá más adelante.

El matrimonio como contrato y sacramento

Teniendo en cuenta que el tema se encuentra regulado principalmente en el ámbito civil, por responder a “la autonomía de la voluntad”, cabe resaltar que los contratos, como fuente de las obligaciones, generan efectos jurídicos y que, tanto en el derecho civil como en el derecho canónico, se contempla el matrimonio como un contrato.

El artículo 113 del código civil colombiano reza: “el matrimonio es un contrato solemne por el que el hombre y la mujer¹⁵ se unan con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse”. En recientes pronunciamientos, la Corte Constitucional, al resolver demandas de inconstitucionalidad del artículo en mención, retoma lo expresado en la Sentencia C-660 del 2000, señalando que, si bien el ordenamiento jurídico reconoce

15 La Sentencia C-577 del 2011 resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra la expresión de “un hombre y una mujer” del artículo 113 del Código Civil.

al matrimonio la naturaleza jurídica del acto convencional de un contrato, en los términos de la norma en mención, las especiales características de su principal consecuencia, la familia, “impiden aplicar a esta modalidad de acuerdo de voluntades en sus diversas etapas, los mismos criterios que se aplican dentro del régimen general de los actos jurídicos y de los contratos en particular” (Sentencia C-660 de 2000), especialmente porque “los componentes afectivos y emocionales que comprende la relación matrimonial” impiden esa aplicación y, más allá de sus efectos patrimoniales, le confieren singulares caracteres que lo diferencian de cualquier otro acto convencional o acuerdo de voluntades” (Sentencia C-660 de 2000).

En cuanto a las características del contrato de matrimonio civil, la Corte las precisó con la reciente Sentencia T-574 del 2016, en donde afirmó:

son características esenciales del matrimonio el acto jurídico, por cuanto se trata de un acuerdo de voluntades encaminado a producir los efectos y obligaciones establecidos en la ley; la unión personal, debido a que crea un vínculo personal que modifica el estado civil de las personas; la singularidad, puesto que excluye la posibilidad de que alguna de las partes sea plural y resulta incompatible con otro tipo de uniones para cualquiera de los contrayentes; y la forma solemne, por cuanto se trata de un contrato formal y solemne, que debe cumplir con las formalidades establecidas en la ley, que se contrae ante juez o notario mediante sentencia o escritura pública, y que refleja la manifestación expresa y recíproca de voluntades de quienes lo contraen [...].

Luego de la revisión de estos componentes generales del matrimonio civil vigente en Colombia, y siguiendo sus particularidades como referente, se da paso a revisar lo que corresponde al matrimonio católico.

En el código de derecho canónico, el canon 1055 define el matrimonio como:

1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer, constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma naturaleza al bien de los cónyuges y a la generación

y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

2. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento.

De la lectura de los dos artículos, se desprende que, tanto en el ordenamiento civil como en el ordenamiento canónico, se hace alusión al matrimonio como contrato. La particularidad especial es que, en el ordenamiento canónico, el contrato es también sacramento. Por su inspiración en las Sagradas Escrituras, sus fuentes no se limitan a las fuentes positivas, sino al derecho divino. Por esto, tiene un concepto escatológico trascendental, que va más allá del simple acuerdo de voluntades, y del que se derivan los efectos propios del sacramento, que lo diferencian del contrato civil. Sin embargo, el derecho canónico mantiene las causales de incapacidad o invalidez derivadas del consentimiento y contempladas en la ley civil I) incapacidad o inhabilidad del contrayente, II) vicios del consentimiento o III) defectos de forma canónica (Serrato, 2004).

Una posible solución a la dicotomía dada sería que la Iglesia aceptara las tesis que separan el contrato del sacramento. Al respecto existen dos tesis. La primera de ellas hace alusión a la inseparabilidad del contrato con el sacramento. La cuestión es tratada primeramente desde el derecho público, por el Papa Pío IX¹⁶ en una carta enviada al rey de Cerdeña en 1852. Luego, el Papa León XIII lo trató en la encíclica *Arcanum Sapientiae*. En estos documentos, los Papas manifiestan a los gobernantes que: “el matrimonio cristiano es de competencia exclusiva de la Iglesia precisamente porque es sacramento” (Fernández, 1994, p. 47).

Dentro de los que consideran que son inseparables, se encuentran: Eugenio Corecco, J. Tomko, Javier Hervada, Urbano Navarrete, Carlo G. Cereti, A. Carrillo Aguilar, F. Bersini. Según estos canonistas, esta

16 Pío IX expresamente dice: “Por lo tanto, la unión conyugal entre cristianos, solo es legítima en el matrimonio sacramento. Fuera del cual, no es sino un puro concubinato” (Pont. Max., Acta 2, pp. 295-296).

es la intención que tuvo Cristo al instituir el sacramento. En consecuencia, solo la Iglesia tiene la potestad de legislar sobre el matrimonio cristiano y se interpreta así conforme al inciso final del canon 1055, que reza: “Por eso entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por eso mismo no sea Sacramento”.

Trayendo a colación lo expresado por Joseph Ratzinger, “El sacramento no es algo que está junto al matrimonio o con él, sino que es el matrimonio mismo. Para el que lo vive en la fe, y en la medida en que lo vive, el matrimonio es sacramento” (Vidal, 1991, p. 381). Ahora bien, un efecto directo de la inseparabilidad del contrato y el sacramento es la indisolubilidad del matrimonio católico, una vez que este se ha celebrado válidamente. Por este motivo, la Iglesia solo acepta la nulidad del matrimonio, solo se habla de disolución del vínculo, en los casos expresados anteriormente.

Por otra parte, la segunda tesis se refiere a la separación del contrato y del sacramento (Moreno, 2007). Los siguientes son autores que defienden la separabilidad del contrato y del sacramento: A. Dequien, A. M. Henry, J. T. Finnegan, L. M. Croghan, José María Díaz Moreno y Luis Hernando Acevedo Quirós. Este último sostiene:

Por una parte, ni en la Escritura ni en la Tradición se encuentran pruebas suficientes para afirmar, sin más, que Cristo uniera inseparablemente dichos elementos. Y por otra parte, la definición de la sacramentalidad del matrimonio por los Concilios de ninguna manera incluye la definición de la absoluta inseparabilidad, es decir, que todo matrimonio entre bautizados, necesariamente, tenga que ser sacramento. Puesto que la separación de estos elementos es posible, precisamente, cuando en los contrayentes falta la “intención” prescrita por los mismos Concilios para que realmente se produzca el sacramento. (Acevedo, 1980, p. 209)

La importancia jurídica de separar el contrato del sacramento radica en la posibilidad de disolver el vínculo, la “cesación de los efectos civiles” del contrato matrimonial independiente de la nulidad eclesiástica. En este punto, la Iglesia debe plantearse, en casos de falta de fe o de peligro para la fe de uno de los cónyuges, la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial eclesiásticamente. Pero esto solo se daría

en el evento de que la tesis de la separabilidad entre contrato y sacramento fuera plenamente acogida y reglamentada en el derecho canónico.

Algunos autores sostienen que el paso más importante para la teología del matrimonio consistió en desplazar el acento del matrimonio-contrato al matrimonio-institución (Callaghan, 1970). El matrimonio supone una entrega y realización interpersonal, pero a la vez tiene una dimensión comunitaria o institucional, que es el fundamento de las normas que establecen las propiedades y efectos del matrimonio, tanto en la Iglesia como en cada Estado, según sea el régimen político de este.

La familia y el Estado son por naturaleza las dos piedras angulares de la vida humana en la sociedad. Pero la familia tiene prioridad respecto del Estado por su historia y por su esencia. La familia y las funciones que le corresponden son más claramente circunscritas que la naturaleza y las funciones del Estado. Pero también el Estado es necesario para el hombre, por lo menos en el sentido de que aparece inevitablemente cuando el crecimiento de la humanidad llega a un cierto punto, puesto que es entonces indispensable para mantener el orden y la paz entre los hombres. El Estado es, frente a la familia, la formación más potente. Es una “sociedad completa” en el sentido de que “vista exteriormente”, posee todos los medios necesarios para su conservación y desarrollo. La familia es, especialmente en nuestra sociedad pluridiferencial, una formación más débil, necesitada del apoyo. Sin embargo, si se examina profundamente esta cuestión, se llega a la muy importante conclusión de que, en definitiva, el Estado depende más de la familia que esta del Estado. (Bernhard, 1968, p. 483; énfasis agregado).

Tal es la importancia institucional del matrimonio, que el matrimonio civil, al igual que el católico, no puede verse solo como un “contrato”, pues de él germinan obligaciones patrimoniales y deberes jurídicos no patrimoniales, como son el débito conyugal, la fidelidad, la formación de la comunidad doméstica, el socorro y el mutuo respeto entre los cónyuges (Valencia, 1997). En cuanto a su naturaleza contractual, los matrimonios civil y canónico comparten la exigencia de solemnidad: de necesitar un acuerdo de voluntades que se exprese a través del consentimiento de personas capaces, en forma libre y espontánea.

Así, el Código Civil en el artículo 115 señala que:

[El] contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con solemnidades y requisitos establecidos en este Código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contraviniere a tales formas, solemnidades y requisitos.

La celebración se debe hacer ante el funcionario determinado en la ley, el juez civil municipal o el notario público, correspondiente al domicilio de los contrayentes, y debe incluir la presencia de testigos.

De esta manera, la legislación colombiana, después de promulgada la Constitución de 1991, en desarrollo del artículo 42 de esta, y particularmente de los incisos relacionados con los efectos de los matrimonios religiosos y de las sentencias de nulidad de los mismos dictados por las autoridades de la religión que los profiera, expidió la ley 25 del 1992¹⁷ que adicionó al artículo 68 del decreto 1260 del 1970:

Artículo 2. Las Actas de matrimonio expedidas por las autoridades religiosas deberán inscribirse en la Oficina de Registro del Estado Civil correspondiente al lugar de su celebración. Al acta de inscripción deberá anexarse certificación auténtica acerca de la competencia del ministro religioso que ofició el matrimonio.

Por otra parte, se comprende que la solemnidad en el derecho canónico tiene que ver con la declaración de voluntad ante un testigo calificado: un sacerdote. Debe celebrarse en el domicilio de cualquiera de los cónyuges, y bajo la declaración de los testigos de conocer que no hay ninguna incapacidad o impedimento por parte de los contrayentes. La solemnidad también implica la expedición de un documento eclesiástico, ya no un acta civil como en el contrato civil. Este documento eclesiástico¹⁸, por orden de la misma ley, debe inscribirse des-

17 Esta ley fue reglamentada por el decreto 782 del 1995.

18 Las partidas eclesiásticas emitidas por los sacerdotes que presidían los sacramentos, como el de bautismo o matrimonio, constituyeron, en Colombia,

pués como acta del estado civil, para que el sacramento del matrimonio tenga efectos civiles.

En cuanto al consentimiento de los contrayentes, el matrimonio civil se perfecciona por “el libre y mutuo consentimiento de los cónyuges, expresado ante el funcionario competente” (Código Civil, art. 115), el cual debe ser expresado de forma libre y personal por los contrayentes.¹⁹ La Sentencia C-577 del 2011, de la Corte Constitucional, agrega:

En materia de consentimiento matrimonial debe entenderse que el acuerdo de voluntades entre los contrayentes se encuentra dirigido al contenido del negocio matrimonial, el cual recae sobre los derechos y obligaciones propios de este contrato. Incluso algunos autores sostienen que el objeto y la causa en el contrato de matrimonio se confunden, puesto que ambos están orientados al cumplimiento de los fines matrimoniales.

Ahora bien, la importancia del consentimiento para que se materialice el acuerdo de voluntades radica, como lo considera la Corte, en que:

de la celebración del contrato de matrimonio surgen las obligaciones de (i) “guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente”; (ii) surge también la dirección conjunta del hogar, la cual deberá ser ejercida por uno de los contrayentes a falta o por imposibilidad del otro, y sus desacuerdos podrán ser dirimidos ante juez; (iii) surge la obligación de vivir juntos, a no ser que exista justificación para lo contrario, y el deber de recibirse mutuamente en sus casas; (iv) surge el deber de fijar un lugar de residencia, que en caso de desacuerdo será fijado por el juez y finalmente (v) surge el deber

la prueba del estado civil hasta 1938, cuando se organizó el registro civil por parte del Estado, lo que completaría plenamente el decreto 1260 del 1970.

19 “cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos, la ley presume falta de consentimiento en quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Pero los sor-domudos, si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio” (Sentencia T-574 del 2016).

de sufragar las necesidades ordinarias domesticas de acuerdo a la capacidades. (Sentencia C-577 del 2011).

Así las cosas, el derecho canónico prescribe que, en el contrato sacramental que los contrayentes no son meros espectadores son ministros del sacramento, no los sacerdotes que presencian el matrimonio. El sacerdote solo cumple la función de testigo calificado y, como tal, simplemente certifica ese acuerdo de voluntad. En esa medida, los contrayentes tienen una vinculación mayor:²⁰ ese acuerdo de voluntades no se limita a un simple consentimiento de aceptar un contrato, sino que se están obligando sacramentalmente. En tal sentido el padre Vela aclara:

El sacramento del matrimonio como una realidad o forma de vida, supone tres planos indispensables para poder entender su sacramentalidad, los mismos son: 1. Plano Jurídico: El mismo tiene que ver con la validez con que los novios expresan su consentimiento matrimonial. 2. Plano Eclesial: Supone que los contrayentes estén bautizados, pero no basta el bautismo por sí mismo, es indispensable querer contraer matrimonio católico, como efecto de su pertenencia a la Iglesia Católica, conforme a la cual su vida conyugal se desarrollará dentro de la misma. 3. Plano Teológico: La fe es el fundamento y soporte del sacramento, por ello sin fe en Dios y sin vivencia religiosa, el matrimonio no pasará de ser una pantomima o ficción. (1992)

En ese sentido, es pertinente aclarar que quien contrae matrimonio canónico, además de tener la condición ciudadana propia del derecho civil, tiene la calidad adicional de haber recibido el sacramento de iniciación con el bautismo “puerta de los sacramentos”,²¹ que lo hace

20 Para la ceremonia, previamente los contrayentes reciben una preparación que enfatiza el carácter sacramental que reviste la manifestación de voluntad de contraer matrimonio.

21 Las iglesias protestantes (hermanos separados) no le dan validez al bautismo de los infantes, porque, cuando se recibió, no se nos preguntó si lo queríamos o no. Este argumento puede desvirtuarse apelando a la validez de las decisiones que toman los padres en cuanto a la educación, como el ingreso al pre-escolar, o de la salud, como la aplicación de vacunas.

parte de la Iglesia católica. “[P]or el bautismo el hombre se incorpora a la iglesia de Cristo y se constituye persona²² en ella, con los deberes y derechos que son propios de los cristianos”²³ (Arza, 1997, p. 336), y por esto mismo puede acceder al matrimonio católico.²⁴ Es decir, quienes celebran el contrato sacramental en la iglesia católica son los bautizados, independiente de ser ciudadanos colombianos o mexicanos o de que el sacramento se efectúe en Colombia, México o cualquier parte del mundo.

Por otra parte, la naturaleza jurídica del bautismo no es la misma de los otros sacramentos. Es solamente un sacramento de iniciación. Por eso, el consentimiento que implica el compromiso de esa iniciación lo expresan los padrinos, que sostienen la luz como símbolo de que ellos van a abrir el camino de la fe, sea que después se persevere o no en ella. Este sacramento, además, imprime “carácter indeleble” y por eso mismo no es necesario que se repita ni ser ratificado con posterioridad, en contraste, por ejemplo, con la comunión eucarística.

En cambio, en el sacramento del matrimonio, como ya se expresó, los novios son los ministros, ya no están siendo representados ni por el sacerdote ni por los padrinos. Por eso es tan importante esa expresión de consentimiento matrimonial: porque es vinculante; no solamente en

22 El término “persona”, tanto en la legislación canónica como en el artículo 90 del Código Civil, refiere a aquellos que, por el nacimiento a la vida física o espiritual, son sujetos de derecho, es decir que se les reconocen derechos y obligaciones desde ese momento, por lo que entran a tener capacidad de goce por el solo hecho nacer o bautizarse. Se aclara que, antes de dichos hechos, constitucionalmente hablando, también gozan de protección como seres humanos. Existen ordenamientos civiles de países como Francia y España, donde, conforme a la teoría de la viabilidad, solo se es “persona” para el derecho civil si se cumplen unas condiciones de supervivencia en un tiempo determinado, que implica superar el hecho físico del nacimiento.

23 Véase el canon 96 del Derecho Canónico.

24 Más adelante, se explicará que hay ciertas excepciones cuando un bautizado elige casarse con una persona de diferente religión, o comparte el bautismo pero no el credo y el seguimiento a la iglesia católica.

el matrimonio “*In fieri*”²⁵, que es la celebración misma de ese sacramento, sino a futuro, en el matrimonio “*In facto esse*”, que es la cotidianidad o el tracto sucesivo de ese contrato. No se agota en la expresión misma de ese consentimiento, sino que es una obligación mutua que perdura, y de ese tracto sucesivo nacerán ciertas condiciones especiales para el matrimonio canónico, que a la vez hace que tenga unos efectos jurídicos propios e independientes de los que tiene el contrato civil.

En tal sentido, el canon 1057 establece que:

- 1.- El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir.
- 2.- El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio.

En cuanto a la primera parte del canon en mención, se precisa que la Iglesia católica fue la primera en insistir que el consentimiento matrimonial no podía provenir de los padres o de los tutores; como sucedía en la antigüedad, donde el consentimiento matrimonial provenía de quien tuviera en ese momento la patria potestad o la guarda de la persona. En el Derecho Canónico, ya que los novios son los ministros del sacramento, el consentimiento matrimonial no puede ser suplido por nadie. La segunda parte del canon 1057 precisa uno de los efectos propios del matrimonio católico: su irrevocabilidad.

Una vez descritos los componentes que aproximan y diferencian el matrimonio civil del católico, es fácil determinar los efectos que particularmente se generan como resultado del matrimonio católico.

25 *In fieri* hace relación a la celebración del contrato, el “*actus quo*” nupcias, donde es de vital importancia la expresión libre de vicios al momento de dar el consentimiento.

La capacidad para contraer matrimonio, limitaciones y nulidades en el matrimonio civil y católico

Para que una persona se obligue con otra mediante un acto de manifestación de voluntad, es de su esencia que tenga la capacidad para ello (artículo 1502 del código civil colombiano). Es así como el Código Civil contempla como requisitos generales la capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita,²⁶ que da lugar a que el matrimonio nazca a la vida jurídica y produzca efectos.

En el inciso octavo del artículo 42 de la Constitución Política, queda en manos del legislador la determinación sobre la edad y capacidad para contraer matrimonio. La norma superior establece: “Las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil”. La capacidad, entendida como la aptitud legal para contraer matrimonio, en el caso de los menores de edad, tiene una limitación por ley, presente desde la legislación romana, que exige el permiso de los padres. Esta limitación se encuentra consagrada en el artículo 117 del Código Civil.²⁷

Siguiendo algunos autores, entre ellos los hermanos Mazeaud en sus *Lecciones de derecho civil*, se puede dar una idea de las raíces históricas de este artículo. Resaltan que, en el derecho romano, como consecuencia del poder absoluto del padre de familia, este tenía que dar el consentimiento para el matrimonio del hijo sometido a su potestad,

26 “Requisitos para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° Que sea legalmente capaz. 2° Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3° Que recaiga sobre un objeto lícito. 4° Que tenga una causa lícita.” (Código Civil, artículo 1502).

27 “Los menores de la edad expresada no pueden contraer matrimonio sin el permiso expreso, por escrito, de sus padres legítimos o naturales. Si alguno de ellos hubiere muerto, o se hallare impedido para conceder este permiso, bastará el consentimiento del otro.” (Código Civil, artículo 117).

cualquiera fuera su edad. En la Iglesia católica, por el contrario, prevaleció la tesis de permitir el matrimonio de los hijos sin el consentimiento de los padres, por dos motivos: el primero, que, por ser el matrimonio un sacramento, su acceso debía ser libre; el segundo, que era preferible el matrimonio, porque la negativa de los padres podría llevar a los hijos al concubinato.

La Corte Constitucional ha ratificado la limitación de edad en varias oportunidades. Mediante la sentencia C-344 del 1993²⁸, señaló:

Si se parte de la base de que en Colombia es posible el matrimonio de los hombres que hayan cumplido 14 años y de las mujeres de 12, es clara la finalidad del legislador al exigir el permiso de los padres, de los ascendientes, o de los representantes legales en defecto de unos y otros: *proteger al mismo menor contra su inexperiencia*. Si, desde el punto de vista estrictamente somático, las personas que han llegado a la pubertad son aptas para la función reproductora, no hay que olvidar que el matrimonio es una relación compleja, que exige madurez emocional que generalmente solo se va alcanzando con el paso de los años.

La ley, pues, es la encargada de fijar “la edad y capacidad” para contraer matrimonio. Y el exigir el permiso de los padres a los menores adultos, implica una limitación a tal capacidad, limitación que no pugna con mandato alguno de la Carta. (énfasis agregado)

En el matrimonio católico, ser bautizado y profesar la religión católica son la base y fundamento de la personalidad, pero se requiere también la capacidad de los contrayentes. En cuanto al consentimiento matrimonial, el canon 1095 expresa que son incapaces de contraer matrimonio:

28 Esta sentencia presenta una reseña histórica de los antecedentes de esta limitación con el derecho romano y posterior código napoleónico, al igual que en la legislación colombiana del siglo XIX.

1° quienes carecen de suficiente uso de razón;²⁹ 2° quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar;³⁰ 3° quienes no pueden asumir las obligaciones por causas de naturaleza psíquica³¹.

Estas incapacidades dan lugar a la anulación del matrimonio, que ya hoy no requieren segunda instancia según el Motu proprio del Papa Francisco (Moreno, 2016).

En la legislación civil, el numeral 3° del artículo 140 del Código Civil expresa que:

El matrimonio es nulo [...] 3) Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos³² a quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes [...].

29 Sobre la causal primera, se pueden consultar las siguientes sentencias eclesiásticas del Tribunal de la Rota Romana: 05/02/77. C. Pinto, Dec. 69 (1987) (esquizofrenia), 02/04/74. C. Pinto. Dec. 66 (1983) (trauma cerebral), y 03/22/73. C. Parisella, Dec. 65 (1982) (esquizofrenia catatónica).

30 Este numeral segundo tiene que ver con la inmadurez para asumir las obligaciones propias del matrimonio. Se pueden consultar las siguientes sentencias eclesiásticas: 02/16/72. De Jonio, Dec. 64 (1981), Roma (personalidad histriónica); 07/03/79. C. Pompedda, Dec. 71 (1988) París (personalidad paranoide); 12/11/75. C. Di Felice, Dec. 67 (1986), Roma (personalidad histérica); y 03/08/75. C. Di Felice, Dec. 67 (1986), Birmingham, Inglaterra (personalidad inmadura).

31 Sobre la causal tercera, puede consultarse en Monitor Ecclesiasticus (M.E.) 117, 1992, N°6, Sentencia C. Bruno, 19 de julio de 1991; y M.E. 120, 1995, N° 8, Sentencia C. Burke, 14 de julio de 1994.

32 Cabe aclarar que el tema de la capacidad, como atributo de la persona en el derecho civil colombiano, fue modificado por la ley 1306 del 2009, cuya esencia era la protección del incapaz. Los términos utilizados en el Código Civil fueron cambiados por “enfermos mentales”, para evitar maltrato y discriminación. Adicionalmente, la ley 1996 del 2019 modificó lo relativo a la capacidad en mayores de edad, resaltó la presunción de capacidad y derogó lo relativo a la interdicción. Está en trámite el decreto reglamentario de esta ley.

Frente a la norma en mención, cabe precisar que, respecto al consentimiento en el derecho canónico, existen más posibilidades de declarar la nulidad del matrimonio por las causas antes señaladas, pues no se exige la declaración de interdicción y se tiene en cuenta la inmadurez al momento de celebrar el matrimonio para asumir las obligaciones propias del vínculo matrimonial.

Asimismo, respecto a los vicios del consentimiento, cabe precisar que, en materia matrimonial, tanto en lo civil como en lo canónico no es dable el “dolo” por sí mismo, como en los demás actos contractuales. La intención fraudulenta solo se tiene en cuenta en materia matrimonial, si con ella se induce a error sobre la identidad de la otra persona; es decir, se debe causar error, de lo contrario no vale por sí mismo. Así, el canon 1098 señala: “Quien contrae el matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro cónyuge, que por su misma naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente”.

En cuanto al error en materia civil, este recae en “la persona”³³, mientras que, en el matrimonio canónico, recae en “la cualidad de la persona”,³⁴ siempre y cuando tenga que ver directamente con el sacramento del matrimonio. Por ejemplo, si se pretende anular el matrimonio porque de novio(a) aparentaba tener dinero y de esposos descubren que era todo de su familia, en este caso solo se está en presencia de un interés que nada tiene que ver con la naturaleza del matrimonio.

Así los comerciales vendan el amor a través de productos, esta no daría lugar a causal de nulidad, porque esa cualidad no se exige para contraer matrimonio. Un ejemplo de una cualidad propia del matrimonio católico es la heterosexualidad. Si luego se descubre que la pareja es bisexual, se estaría en presencia de un error respecto de una

33 “El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes: 1º) Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos.” (Código Civil, artículo 140).

34 “1. El error acerca de la persona hace inválido el matrimonio. 2. El error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato, no dirime el matrimonio, a no ser que se pretenda esta cualidad directa y principalmente.” (canon 1097).

cualidad de la persona inherente a las cualidades propias para contraer matrimonio³⁵ y podría pedirse la nulidad del matrimonio.

Además, tanto el matrimonio civil como el matrimonio canónico comparten la necesidad de la capacidad de quienes lo celebran. En el artículo 116 del Código Civil, se lee que el matrimonio debe ser celebrado por personas mayores de 18 años. Sin embargo, los menores de edad entre 14 y 18 años necesitan el consentimiento de sus padres. Ahora bien, la capacidad tiene que ver con esa prohibición de celebrar el matrimonio para las personas que no tengan la edad y que no tengan la libertad de expresar el consentimiento (expuesto antes como requisito).

En materia de derecho canónico, el Código establece, en el canon 97, que la mayoría de edad es a los 18 años. Las coincidencias no son casuales, porque, si se observa bien, tanto en el ordenamiento civil como en el derecho canónico hay fuentes comunes. Ambos ordenamientos hacen parte del sistema romano-germánico y, a su vez, el derecho romano tomó sus fuentes en el derecho canónico.

Para la iglesia Católica, de acuerdo con el canon 1058: “Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe”, lo que hace referencia a los impedidos para celebrar el matrimonio. No se puede confundir la incapacidad que limita, o tiene que ver con el consentimiento como tal, con los impedimentos³⁶, que hacen relación a prohibiciones dadas por la ley, que limitan en ciertos casos la capacidad, aun cuando en términos generales la persona sea plenamente capaz.

En el caso de las prohibiciones para contraer matrimonio en el derecho canónico, son más extensas porque obedecen a un ordenamiento moral o religioso; por ejemplo, la prohibición que existe para los sacerdotes de contraer matrimonio³⁷ pues tienen el sacramento del orden.

35 Sobre los vicios del consentimiento en el matrimonio católico, se puede consultar las Sentencias del Tribunal Eclesiástico Superior de Colombia del 7 de junio de 1974 y del 13 de febrero de 1975.

36 Los impedimentos son una realidad específicamente jurídica, que consiste en leyes prohibientes canónicas, que afectan la validez del matrimonio.

37 En Derecho canónico existen Impedimentos dirimentes que expresan diferentes prohibiciones para contraer el sacramento del matrimonio.

En principio, el sacerdote es una persona capaz, no es incapaz por el hecho de ser sacerdote. Pero en el ordenamiento canónico existe una prohibición de orden social y religioso, que le indica al sacerdote que no puede acceder al sacramento del matrimonio³⁸. Empero, si en el transcurso de su vida religiosa quiere contraer matrimonio católico, puede pedir dispensa para ello, dejar de ejercer el sacramento del orden y contraerlo, siempre y cuando obtenga la aprobación de la Santa Sede antes.

En consecuencia, la ley canónica permite, a través de la dispensa, levantar la prohibición. En el ordenamiento canónico, se encuentran prohibiciones de derecho natural y de derecho positivo eclesiástico. Las de derecho natural no se levantan o dispensan; pero las de derecho positivo, dado que corresponden a la voluntad del cuerpo colegiado de la Iglesia, pueden dispensarse por el mismo ordenamiento.

Hay prohibiciones de derecho natural que no contempla el ordenamiento civil, por ejemplo, la establecida en el canon 1084: “La impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal, tanto por parte del hombre como de la mujer, ya absoluta ya relativa, hace nulo el matrimonio por su misma naturaleza”. En este supuesto, no es posible dispensa. Puede entreverse que obedece a la finalidad expresa de la procreación como fin del matrimonio. Se refiere a la impotencia “*coeundi*”, imposibilidad de realizar el acto sexual en forma plena; pero no se prohíbe la impotencia “*generandi*”, que equivale a la esterilidad. De modo que, por el hecho de no poder tener hijos, no se puede demandar la nulidad del matrimonio.

En el tema de las prohibiciones, como causales de nulidad del matrimonio, el ordenamiento civil y el canónico coinciden en algunas de sus causales. Algunas de ellas son:

Ej. Canon 1087.- Atenta inválidamente el matrimonio quienes han recibido las órdenes sagradas. Este es un impedimento de derecho eclesiástico y por eso es dispensable.

38 Canon 1078.- “[...] 2. Los impedimentos cuya dispensa se reserva a la Sede Apostólica son: 1° el impedimento que proviene de haber recibido las sagradas órdenes [...]”.

1. Es nulo el matrimonio que contraen varón y mujer menores de catorce años, en el ordenamiento civil³⁹. En el Código Canónico también existe la prohibición, pero la edad establecida es de dieciséis para el varón y catorce para la mujer.

2. Es nulo el matrimonio del que produjo la muerte de su conyugue para poder contraer matrimonio con su cómplice⁴⁰. Esta se encuentra también en el derecho canónico, cuando se mata al conyugue, no puede celebrarse matrimonio con la persona que ayudó o que hizo concierto para obtener el fin último que era poderse casar.

3. Es nulo el matrimonio por parentesco. Tanto en civil⁴¹ como en canónico, los parientes consanguíneos en línea recta no pueden contraer matrimonio, ya en línea oblicua o transversal. Obsérvese que la prohibición se limita al segundo grado de consanguinidad, es decir entre hermanos; pero entre parientes de tercer o cuarto grado sí se puede contraer matrimonio.

El Código Civil contemplaba la nulidad del matrimonio entre la mujer adúltera y su cómplice, pero el numeral 7° del artículo 140 fue

39 La sentencia C-507 del 2004 equiparó la edad en catorce años para contraer matrimonio, modificando el numeral 2° del artículo 140 del Código Civil, que establecía la edad de doce años para el varón y catorce para la mujer. El canon 1083 del Código Canónico permite a la Conferencia Episcopal de cada país establecer una edad mayor para la celebración lícita del matrimonio.

40 “1 Quien con el fin de contraer matrimonio con una determinada persona, causa la muerte del cónyuge de esta o de su propio cónyuge, atenta inválidamente ese matrimonio” (canon 1090). Esta misma causal la encontramos en el numeral 8° del artículo 140 del Código Civil.

41 “9) Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes o son hermanos” (artículo 140). “En línea recta de consanguinidad, es nulo el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes, tanto legítimos como naturales.” (canon 1091).

declarado inexecutable por la Corte Constitucional⁴². Acorde a la carta política, era un contenido que desconocía el principio de igualdad, sancionando a la mujer por una conducta adultera y dejando al hombre en libertad para tener sin limitación los mismos comportamientos.

Los efectos civiles del matrimonio civil y del matrimonio católico en Colombia

Habiendo estudiado ya estos tres elementos del matrimonio, como son la capacidad, el consentimiento y la solemnidad, es importante decir que, aun cuando el matrimonio civil y católico poseen un eje común, también tienen diferencias que cambian los efectos que produce el vínculo, específicamente con respecto a la indisolubilidad del matrimonio católico.

Es importante precisar que el matrimonio católico, aunque responde a una normativa eclesiástica, cuenta con el reconocimiento y validez que le da la Constitución Política, en consonancia con el derecho canónico, el concordato y la legislación ordinaria. Así, el canon 1059 del Código de Derecho Canónico establece que:

El matrimonio de los católicos, aunque sea católico uno solo de los contrayentes, se rige no solo por el derecho divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio.

Por otra parte, la ley 20 del 1974, aprobatoria del concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede, establece, en su artículo VII, que el Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio canónico. Por su parte, el artículo 42 de la Constitución reconoce expresamente efectos

42 Véase la sentencia C-082 del 1999. Cabe resaltar que el principio alegado fue la igualdad, por haber discriminación por razones de sexo, pues el artículo hablaba de la mujer adúltera. Es decir que constitucionalmente, hoy por hoy, puede ser adúltera la mujer y adúltero el hombre. No se reclama la dignidad de la persona ni la fidelidad en el matrimonio, sino igualdad para ser adúlteros. Y luego nos quejamos de lo mal que va la sociedad. Si lo que nos importa hoy en día es nuestra libertad individual, ya los valores y la responsabilidad por sacar una familia adelante quedan casi en el olvido...

civiles a los matrimonios religiosos, en desarrollo de lo cual y con la personería jurídica del Ministerio del Interior, el decreto 354 del 1998 aprobó el Convenio de Derecho Público Interno N° 1 del 1997, suscrito entre el Estado colombiano y algunas iglesias cristianas no-católicas⁴³.

Dado que por el matrimonio nacen derechos y obligaciones tanto personales como patrimoniales, los efectos también son personales y patrimoniales. Tal es la importancia institucional del vínculo marital, que el matrimonio católico, al igual que el civil, no puede verse solo como un “contrato”, pues en él se originan obligaciones que no son patrimoniales, sino personales como el débito conyugal, la fidelidad, la formación de la comunidad doméstica, y la de socorro y mutuo respeto entre los cónyuges (Valencia, 1997).

Cabe precisar que, así como la iglesia católica insiste en el deber de la fidelidad, en la legislación civil, las relaciones sexuales extramatrimoniales son causal de divorcio (Código Civil, artículo 154). En cuanto al deber del *débito conyugal*, esta obligación la comparte tanto el ordenamiento civil como el canónico, solo que en el derecho canónico el débito conyugal es perpetuo por tratarse de un sacramento.

Cuando los esposos manifiestan su voluntad de contraer matrimonio, dice la norma canónica, no lo hacen solo para el efecto del matrimonio *Infieri*, sino para el efecto del matrimonio *in facto est*. Entonces, cuando la persona dice que acepta al otro, lo está aceptando en forma perpetua y exclusiva. Contrario a las tendencias civilistas modernas de algunos países, como México y España, que hoy hablan incluso del “matrimonio express” (aplicado por los sunitas musulmanes), que consiste en un contrato matrimonial temporal que se puede renovar o terminar sin necesidad de divorcio⁴⁴.

43 Concilio de las Asambleas de Dios de Colombia, Iglesia Comunidad Cristiana Manantial de Vida Eterna, Iglesia Cruzada Cristiana, Iglesia Cristiana Cuadrangular, Iglesia de Dios en Colombia, Casa sobre la Roca-Iglesia Cristiana Integral, Iglesia Pentecostal Unida de Colombia, Denominación Misión Panamericana de Colombia, Iglesia de Dios Pentecostal Movimiento Internacional en Colombia, Iglesia Adventista del Séptimo Día de Colombia, Iglesia Wesleyana, Iglesia Cristiana de Puente Largo, y Federación Consejo Evangélico de Colombia (Cedecol).

44 Véase http://www.preocupadosporelislam.com/matrimonio_temporal.html

Por su parte, el derecho canónico, en el canon 1056, establece dos propiedades esenciales en el matrimonio católico: la unidad y la indisolubilidad del vínculo. La unidad apunta a que es una relación monogámica entre un hombre y una mujer⁴⁵, diferente a la poligamia que existe en otros regímenes políticos y religiosos. La insolubilidad implica, primero, la perpetuidad de la relación de pareja, pero también que el vínculo, por regla general, solo se puede romper por nulidad. Excepcionalmente, el derecho canónico permite romper el vínculo del matrimonio en el caso del matrimonio rato o no consumado⁴⁶. Se trata de una disolución limitada y de competencia y jurisdicción exclusivamente eclesiástica. Ahora, cuando se habla de dispensa del matrimonio rato, es ante la Santa Sede, no ante un Tribunal Eclesiástico, porque no es una nulidad, sino una disolución del vínculo.

En cuanto a la comunidad de vida, ya hay una diferencia entre el matrimonio canónico y el civil. En el primero, una propiedad es la permanencia y la indisolubilidad del vínculo. En principio, esto hace que la Iglesia no reconozca el divorcio por mutuo acuerdo, como lo permite la ley civil, sino solo la nulidad del vínculo, por causas que afecten la validez del acto.

Respecto a la indisolubilidad del matrimonio, está presente en los documentos papales. Tal es el caso de la encíclica *Familiaris Consortio* de San Juan Pablo II, que establece:

La Iglesia, no obstante, fundándose en la Sagrada Escritura reafirma su praxis de no admitir a la comunión eucarística a los divorciados que se casan otra vez [...]. Hay además otro motivo pastoral: si se admitieran estas personas a la Eucaristía, los fieles serían inducidos a error y confusión acerca de la doctrina de la Iglesia sobre la indisolubilidad del matrimonio.

45 En Colombia, la Corte Constitucional permite el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Ver Sentencia SU214 del 2016.

46 “El matrimonio no consumado entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada, puede ser disuelto con causa justa por el Romano Pontífice, a petición de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga.” (canon 1142).

Es del caso precisar, en este punto, que con ocasión de los recientes sínodos sobre la familia (2014 y 2015), y los posteriores motu proprio y la exhortación apostólica *Amoris Laetitia* del Papa Francisco, se han dado interpretaciones diferentes a las establecidas al respecto en la doctrina de la Iglesia. Se ha llegado a decir que ahora la Iglesia acepta el divorcio del matrimonio católico⁴⁷. Esto no es cierto y es contrario a la doctrina de la Iglesia. Precisamente los numerales 52 y 71 de la *Amoris Laetitia* reiteran la sacramentalidad e indisolubilidad del matrimonio:

Nº 52. Nadie puede pensar que debilitar a la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio es algo que favorece a la sociedad. Ocurre lo contrario: perjudica la maduración de las personas, el cultivo de los valores comunitarios y el desarrollo ético de las ciudades y de los pueblos. Ya no se advierte con claridad que solo la unión exclusiva e indisoluble entre un varón y una mujer cumple una función social plena, por ser un compromiso estable y por hacer posible la fecundidad [...].

Otro efecto del matrimonio es la legitimidad de los hijos. La legislación civil consagra la presunción de legitimidad de los hijos del matrimonio, que hoy se extiende también a los hijos de uniones maritales de hecho debidamente declaradas⁴⁸, conforme a lo cual dichos hijos no necesitan reconocimiento, como sucede, por ejemplo, en el caso de hijos de padres solteros. En la misma medida, el ordenamiento canónico establece, en el canon 1137, que: “son legítimos los hijos concebidos o nacidos dentro del matrimonio valido o putativo”. El matrimonio

47 Esta conclusión algunos la deducen de la nota al pie número 351, donde se dice que en algunos casos “podrían recibir la ayuda de los sacramentos”. Pero la exhortación se refiere al sacramento de la penitencia, y, según algunos, también el recibir la comunión, siempre y cuando no se hayan vuelto a casar.

48 La ley 1060 del 2006 extiende esta presunción de paternidad para los compañeros permanentes: “El hijo que nace después de expirados los 180 días siguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tienen por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes.” (artículo 214).

putativo aparentemente es válido, pues las nulidades deben declararse. No hay nulidad sin declaración expresa o providencia que la declare, entre tanto solo hay una causal.

En cuanto a la legitimación de los hijos, no hay una diferencia sustancial entre el matrimonio civil y el canónico, dado que comparten las mismas fuentes. Solamente cabe precisar que la fuente, tanto del parentesco como de las relaciones filiales, del Código Civil es el derecho romano, que a su vez contiene en su origen desarrollos del derecho canónico. Por esta regulación, también se aplica el principio, consagrado en el artículo 92 del Código Civil, de la presunción de la concepción de los hijos. Se presume el hijo de un matrimonio si está dentro de los 180 días y máximo 300.

Otro efecto que tiene el matrimonio es el estado civil de los cónyuges⁴⁹; el decreto 1260 del 1970, en el artículo 2, lo define como aquel que: “deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos”. Para el caso del matrimonio católico, como acto eclesiástico, con el cumplimiento de los requisitos que fija la Iglesia queda inmerso en el querer del constituyente primario⁵⁰ respecto de: los matrimonios celebrados por las diferentes religiones en cuanto a que tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. En el ordenamiento canónico, no se habla del estado civil de los cónyuges ni se registra pronunciamiento alguno que se oponga o diferencie del ordenamiento civil.

Respecto a los efectos patrimoniales, si se contrae matrimonio, sin celebrar capitulaciones⁵¹ que excluyan bienes de la sociedad conyugal, por el solo hecho del matrimonio nace el patrimonio social y esto

49 Por Auto N° 205 del 18 de junio de 2008, M.P., Jaime Alberto Arrubla, declaró que la Unión Marital de Hecho es un estado civil de la persona y hoy día su anotación se hace en el libro de varios.

50 En la Constitución Política, el constituyente reconoce en el inciso 10 los matrimonios de las distintas religiones y en el 13, deja en manos del legislador determinar lo relacionado con el estado civil de las personas, y los consiguientes derechos y deberes.

51 Acuerdo celebrado previo al matrimonio, con el fin de regular el régimen económico del matrimonio.

implica compartir una suerte económica. Este efecto se da tanto en el matrimonio civil como el canónico. En este punto, se precisa que los efectos patrimoniales, en materia canónica, no se expresan textualmente, está en titularidad de los jueces del Estado, se acoge a cada ordenamiento jurídico estatal sin que esta decisión interfiera en el ordenamiento canónico.

A la iglesia no le incumben las cuestiones meramente económicas. Lo importante para el derecho canónico es la comunidad de vida fraterna, el amor, la comunidad sacramental. De tal manera que, en cuanto a los asuntos patrimoniales, los ordenamientos civiles de los Estados se encargan de su regulación, al igual que de la liquidación y disolución del vínculo patrimonial.

Es del caso resaltar el canon 1059 del Código de Derecho Canónico, que indica: “el matrimonio canónico se rige por el derecho divino y el derecho canónico sin perjuicio de la competencia de la potestad civil de los efectos meramente civiles del matrimonio”. Pero no se pueden confundir los efectos civiles con los efectos sacramentales, porque algunos ordenamientos desconocen los efectos sacramentales. El hecho de que en el ordenamiento canónico se diga que los efectos civiles le corresponden a la potestad del Estado no quiere decir que se esté desconociendo los efectos sacramentales, que es lo que sucede en la mayoría de los Estados.

Bajo la Constitución de 1886, Colombia se declaró un país confesional y católico. Tenía un capítulo destinado a las relaciones del Estado con la Iglesia, y el artículo 53 establecía en forma expresa que el Estado colombiano podía celebrar concordatos o tratados internacionales con la Iglesia. En virtud del concordato del 1887, aprobado por la ley 35 del 1888, se estableció en el artículo 17:

el matrimonio que deberá celebrar todos los que profesan la religión católica producirá efectos civiles respecto de la personas y bienes de los conyugues y sus descendientes solo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del concilio de Trento.

A su vez, el artículo 7° de la ley 20 del 1974 estableció:

el Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico, para la efectividad de este reconocimiento, la competitividad de la autoridad eclesiástica transmitirá copia autentica del acta al correspondiente funcionario del Estado que deberá inscribirla en el registro civil.

En otros países, incluso con una creencia católica por parte de la mayoría de los habitantes como en México, la partida eclesiástica del matrimonio católico no tiene reconocimiento de efectos civiles, el único matrimonio que lo tiene es el civil y, como tal, se tiene que celebrar obligatoriamente. En Colombia, los católicos no requieren celebrar dos contratos matrimoniales. Si se opta por la celebración del contrato-sacramento eclesiástico, la partida eclesiástica, siguiendo los procedimientos legales, deberá inscribirla en el registro civil, para que tenga efectos jurídicos.

Con la Constitución de 1991, el Estado pasó de ser confesional a laico. En los párrafos 7 y 8 del artículo 42 superior, se consagró “que los efectos civiles de todo matrimonio religioso le conciernen única y exclusivamente al Estado”. Esto dio paso a la expedición de la ley 25 del 1992, la cual generó una dicotomía entre la cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos (que no es otra cosa que un divorcio) y la prohibición del divorcio contemplada en el ordenamiento canónico.

Luego, la ley 20 del 1974, aprobatoria del concordato de 1973, fue demandada por inconstitucionalidad, y la sentencia C-027 del 1993, de la Corte Constitucional, declaró inconstitucional la expresión “o la disolución del vínculo”, contenida en el artículo 8° de la ley: “las nulidades y las disoluciones del matrimonio católico eran competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos”. Entonces, la competencia para la disolución del vínculo matrimonial católico ya no es reconocida por el Estado colombiano. Se aclara que la nulidad sigue siendo competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos, pero la disolución no. Por eso, los jueces de familia del Estado colombiano están llevando a cabo la cesación de los efectos civiles de los matrimonios católicos, con lo cual las personas pueden volver a contraer un matrimonio civil.

Esta decisión no ha sido compartida por la Iglesia católica, al considerar que se están desconociendo los efectos del sacramento

del matrimonio católico, uno de los cuales es la gracia que este confiere y que se considera perpetua. Es así como, desde la doctrina eclesiástica, se proclama y mantiene la indisolubilidad del vínculo, se descarta el divorcio y no se reconoce el mutuo acuerdo como causal para la cesación de los efectos civiles.

Conclusiones

El matrimonio que nace en las comunidades antiguas, en estrecha relación con la familia, ha tenido a lo largo de la historia gran permanencia en cuanto a su esencia, a pesar de las transformaciones formales que caracterizan la institución matrimonial. El seguir siendo reconocida la familia como eje de la sociedad y, por ende, el ser el matrimonio en un comienzo algo privado, que compete solo a los integrantes de un culto doméstico, alcanzará, con el afianzamiento de la religión cristiana en el contexto de la cultura occidental, una significación sobrenatural, que desde entonces lo distancia de la visión secular que toman los Estados.

Es por esto que, si bien el matrimonio es reconocido jurídicamente como una práctica que adquiere regulación por el Estado en el mundo moderno, el Estado no logra desarraigar la importancia que la sociedad creyente va a reconocerle a la institución sacramental de la iglesia cristiana. Sin embargo, los orígenes normativos paganos y cristianos, en que se desenvuelve el mundo romano, permiten compartir una serie de elementos comunes que los emparentan. Si bien marca la diferencia entre la visión contractual de la legislación civil y la sacramental que recoge el derecho canónico, se ha demostrado, a lo largo de este artículo, que la declaración de voluntad, la capacidad y el consentimiento son comunes a los dos.

Es natural que el derecho canónico incluya otros impedimentos y nulidades, que son inherentes a la condición de sacramento dado por la Iglesia, pero que generan controversia y rechazo en la sociedad, cuando se trata de los efectos del matrimonio, que son totalmente diferentes. Es el caso del feligrés que pone fin a su vida de pareja, pero que no tiene acceso a un nuevo matrimonio católico por la imposibilidad de la disolución del vínculo sacramental.

La primacía del ordenamiento jurídico del Estado, y la subordinación que le debe la Iglesia en cuestiones de competencia de él, genera un distanciamiento en el caso de la suspensión de los efectos civiles de la ceremonia religiosa, dado que son diferentes a los efectos canónicos.

Cada día son más los católicos que optan por distanciarse de la Iglesia, prescindiendo del matrimonio católico para acceder a la unión marital de hecho o al matrimonio civil, que les permite el propio Estado u otros credos. Sin embargo, desconocen que existen causales legales, anteriores o concomitantes a la celebración del sacramento, que les permiten obtener la nulidad del matrimonio católico, para poder nuevamente contraer el sacramento del matrimonio y seguir en comunión con la Iglesia a la que pertenecen.

Analizar, desde un punto de vista eclesiástico, sociológico y jurídico, este comportamiento de los católicos en Colombia queda abierto para una nueva investigación.

Referencias

- Acevedo, L. (1980). *Contrato y sacramento en el matrimonio*. Tesis Doctorado Derecho Canónico. Pontificio Ateneo Antonianum.
- Arza, A. (1997). *Selección de artículos*. Universidad de Deusto.
- Barrio, A. (2016). *Autonomía privada y matrimonio*. Colección familia y derecho. Reus.
- Berhard, H. (1968). *El matrimonio en nuestro tiempo*. Herder.
- Bonnetcase, J. (1997). *Tratado elemental de derecho civil*. Vol. 1. Biblioteca clásicos del derecho.
- Carnelutti, F. (2007). *Cómo nace el derecho*. Temis.
- Cieza, N. & Ramirez, W. (2005). *Derecho romano*. Universidad Alas Peruanas. Recuperado de <http://repositorio.uap.edu.pe/handle/uap/4082>
- de Coulanges, F. (1974). *La ciudad antigua*. Porrúa.
- Callaghan, D. (1970). Sobre la sacramentalidad del matrimonio. *Concilium*, 55, 261-280.
- Código de Derecho Canónico. (1987). Universidad de Navarra.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-027 del 1993 (M. P. Simón Rodríguez Rodríguez; 5 de febrero del 1993).

- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-082 del 1999 (M. P. Carlos Gaviria Díaz; 17 de febrero del 1999).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-660 del 2000 (M. P. Álvaro Tafur Galvis; 8 de junio del 2000).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-507 del 2004 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; 25 de mayo del 2004).
- Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-574 del 2016 (M. P. Alejandro Linares Cantillo; 20 de octubre del 2016).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-107 del 2017 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 22 de febrero del 2017).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Auto 2004-00205 (M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar; 18 de junio del 2008).
- Fernández, J. (1994). *Legislación matrimonial de la Iglesia*. San Esteban.
- Hattenhauer, H. (1987). *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Ariel S.A.
- Hobbes, T. (2009). *Tratado sobre los ciudadanos*. Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).
- Moreno, V. (2007). *El matrimonio católico en su dimensión antropológica*. Universidad Santo Tomás.
- Moreno, V. (2016). El motu proprio del Papa Francisco que derogó la consulta obligatoria para las sentencias de nulidad del matrimonio católico. *Revista Misión Jurídica*, 9(11), 249-271.
- Morin, E. (1965) *Introduction à une politique de l'homme. Suivi de Arguments politiques*. Paris: Editions du Seuil.
- Morin, E. (1983). *Introducción al pensamiento complejo*. Gedisa.
- Papa Francisco. (2016). *Amoris Laetitia*. Ediciones San Pablo.
- Papa Juan Pablo II. (1981). *Familiaris Consortio*. Ediciones San Pablo.
- Papa Pio IX. (s.f.). *Pont. Max. Acta 2*.
- Roaro, J. (2017). El humanismo renacentista español de los siglos xv y xvi, visto a través de la retórica, la reflexión filosófica y la búsqueda de la virtud. (Tesis de doctorado en filosofía, Universidad de Salamanca). https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/137140/DFLFC_RoaroJ_HumanismoRenacentista.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Rodríguez, R. (1993). Orígenes, fuentes y principios jurídicos del matrimonio civil en el Perú de hoy: lo romano, lo cristiano y lo germánico. *Revista de Derecho PUCP*, 47, 437-464.

- Rossert, G. & Zannoni, E. (1991). *Manual de derecho de familia*. Editorial Astrea.
- Sentencia Eclesiástica. 02/16/72. De Jonio, Dec 64 (1981), Af. Roma.
- Sentencia Eclesiástica. 07/03/79. C. Pompedda, Dec 71 (1988), Af. París.
- Sentencia Eclesiástica. 12/11/75. C. Di Felice, Dec 67 (1986), Af. Roma.
- Sentencia Eclesiástica. 03/08/75. C. Di Felice, Dec 67 (1986), Birmingham, Inglaterra.
- Serrato, H. (2004). *Matrimonio canónico*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Schillbeeckx, E. (1968). *El matrimonio, realidad terrena y misterio de salvación*. Editorial Sígueme.
- Tribunal de la Rota Romana. 03/22/73. C. Parisella. Dec. 65 (1982).
- Tribunal de la Rota Romana. 02/04/74. C. Pinto. Dec. 66 (1983).
- Tribunal de la Rota Romana. 05/02/77. C. Pinto. Dec. 69 (1987).
- Tribunal de la Rota Romana. Sentencia C. Bruno, 19 de Julio de 1991.
- Tribunal de la Rota Romana. Sentencia C. Burke. 14 de julio de 1994.
- Tribunal Eclesiástico Superior de Colombia. Sentencia del 7 de junio del 1974
- Tribunal Eclesiástico Superior de Colombia. Sentencia del 13 de febrero del 1975.
- Valencia, A. (1997). *Derecho de familia*. Temis.
- Vela, L. (1992). *El matrimonio. Conferencias de clase del doctorado en Derecho Canónico*. Universidad Pontificia Comillas.
- Vidal, M. (1991). *Moral del amor y de la sexualidad*. Tomo II. PS Editorial.

Exequatur en el ordenamiento colombiano, desarrollo práctico del estado civil frente a la adopción y el divorcio internacional*

VILMA STELLA MORENO DÍAZ
EDILBERTO MELO RUBIANO

Introducción

Es una realidad que la sociedad contemporánea atraviesa por una etapa de transformación de las relaciones familiares, derivada de

* El presente artículo es producto de la investigación adscrita al grupo de investigación “Derecho Privado” adscrito al Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria (CIFRAVI) de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Este proyecto de investigación fue denominado “La institución de la familia en el derecho romano, canónico y civil colombiano y sus cambios a partir de la constitución de 1991”, y financiado con recursos de la Universidad Santo Tomás (Bogotá).

la expansión de una cultura en la que, así como el mercado rompió las rígidas fronteras nacionales, las instituciones políticas, el derecho y demás, han sido también objeto de profundas transformaciones. En la actualidad, la internacionalización de los vínculos personales, la movilidad personal impulsada por la migración en busca de oportunidades laborales y la nueva configuración de matrimonios de múltiples nacionalidades que dan lugar a un nuevo concepto de conglomerado familiar (Romero Rubio, 2019), imponen al derecho de familia ser un escenario más de análisis de los efectos de la globalización del derecho (Moreno Díaz, 2009).

En el campo del derecho internacional, las múltiples declaraciones de derechos, resoluciones en defensa de niños, mujeres, pueblos y comunidades indígenas, entre otros, en el seno de las Naciones Unidas, comprometen a los Estados firmantes a incorporarlos en su derecho interno¹. Para el caso colombiano, la Constitución de 1991 incluyó, en su parte dogmática y orgánica, la protección constitucional de los sujetos de derecho, con figuras que se desarrollan en el campo del derecho privado en particular. De esta manera, se pasa de prácticas de vida familiar que se consideraron únicas e inmodificables a abrirse a nuevas realidades, que responden a los requerimientos de la nueva familia y sociedad.

Esto explica cómo el derecho de familia, desde la década de los noventa del pasado siglo, ha venido presentando constantes cambios estructurales, mediante reformas legislativas y, en otras ocasiones, ante la negligencia y falta de voluntad política del legislador, mediante decisiones jurisdiccionales tanto del tribunal constitucional como del juez ordinario (Morales Clavijo, 2017), en lo que se denomina la constitucionalización del derecho, proceso derivada del carácter *social* asignado al Estado y de la fuerza normativa de la Constitución. Al sumar estos principios al de la supremacía de la carta política, el juez podrá encargarse de materializar y garantizar a los ciudadanos la protección de sus derechos, ajustándose al nuevo constitucionalismo en el que se inspiró

1 Más adelante se hace mención desde la Declaración de los Derechos Humanos en diciembre de 1948.

la Constitución de 1991². El sometimiento a que queda reducido todo el ordenamiento jurídico, derivado del principio de supremacía, se convierte en el componente de validación de todos los actos (norma, regla o decisión) de las autoridades (Moreno Díaz & Parra Novoa, 2016).

Se evidencia cómo, a falta de expresión normativa en el derecho civil colombiano, la jurisprudencia ordinaria civil, al tenor del artículo 230 de la Constitución, pasa a tener una función de protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas, y, en esta vía, se convierte en creadora de *derecho viviente*³.

Así las cosas, con esta investigación se busca evidenciar el desarrollo jurisprudencial de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que reconoció para el ordenamiento colombiano los efectos de la adopción y el divorcio internacional, instituciones del derecho civil en el estado civil de las personas. Utilizando un enfoque cualitativo de remisión a la jurisprudencia y la doctrina, tanto nacional como foránea, este escrito se ha dividido en tres partes: en la primera, se hace una relación teórica que fundamenta el carácter del sujeto de derechos,

2 El pluralismo, la diversidad, la dignidad humana, la igualdad ante la ley, los derechos fundamentales en general, dejan de ser una idea, para ser efectivamente reconocidos y garantizados por parte del juez.

3 Afirma la Corte Constitucional: “Ese concepto se relaciona con la distinción entre disposición y norma jurídica, y sugiere al juez constitucional tomar en cuenta la interpretación constante de las disposiciones jurídicas efectuadas por los órganos encargados de unificar la jurisprudencia en cada jurisdicción y, eventualmente, por la doctrina autorizada. Siguiendo esa idea, es posible distinguir el texto que contiene una norma (disposición) de la norma jurídica contenida en él (mandato). La norma sería, en ese contexto, el significado o el contenido semántico de las disposiciones o textos jurídicos y para llegar a ella haría falta un esfuerzo hermenéutico. Esta idea se relaciona con el derecho viviente, pues esta metáfora expresa que frente al derecho de los libros (o de los códigos), existe otro que surge de las dinámicas sociales y que es el que se aplica a partir de la interpretación de los órganos autorizados. Esta doctrina permite a la Corte no basar los análisis de constitucionalidad en interpretaciones puramente hipotéticas o descontextualizadas de las leyes, sino tomar como referencia las que han sido depuradas por los órganos de cierre de cada jurisdicción (y en menor medida por la doctrina). El derecho viviente así establecido permite a la Corte Constitucional establecer los contenidos sobre los que realmente debe ejercer el control de constitucionalidad.” (Sentencia C-418 del 2014).

atributos de la personalidad y estado civil de las personas; con base en estos presupuestos, en la segunda parte, se describe tanto el estatuto personal, estado civil y régimen de obligaciones en derecho de familia; con esto se da paso, en la tercera parte, a demostrar, a partir de dos casos particulares tramitados por la autora ante la Corte Suprema, cómo, a través de la figura del exequatur, se logró que se modificara el estado civil de las personas en lo que refiere a la adopción y el divorcio en Colombia.

Sujeto de derechos, atributos de la personalidad y estado civil de las personas

Al interior del derecho privado se comprende que todo sujeto es una persona capaz de ser titular de derechos subjetivos conforme a la ley, y de adquirir obligaciones (Valencia Zea, 2008)⁴. En este sentido, se comprende que las normas jurídicas capacitan, a partir de la potestad para gobernar sus bienes reconocidos constitucionalmente y hacerlos valer frente a los demás, adquiriendo reconocimiento de la ley a partir de la personalidad jurídica que ella le da (Valencia Zea, 2008)⁵.

Así las cosas, para Parra Benítez (2008), el sujeto de derechos se moviliza dentro de situaciones jurídicas, como son aquellas circunstancias de la existencia a través de las cuales, en potencia, puede desarrollar todas las posibilidades de vida, con arreglo a las cuales realiza, o puede hacer en cualquier momento, las varias formas de conducta que construyen el activo y el pasivo de su haber jurídico. En consecuencia,

4 Respecto al régimen de fuentes del derecho privado colombiano, ver Melo Rubiano (2015, pp. 8-25).

5 “La personalidad, en sentido jurídico, se constituye por un conjunto de atributos o cualidades que se predicán de ciertos seres, especialmente de los humanos. Estos atributos son conocidos como de la personalidad y son: el nombre y apellido, capacidad, domicilio, patrimonio, nacionalidad y capacidad; a los cuales se adicionan [...] la nacionalidad, capacidad y el patrimonio.” (Valencia Zea, 2008, p. 332).

el sujeto de derechos avoca y ejerce su libertad, a partir de una realidad valorada por el derecho, en donde adquiere y determina la competencia del ordenamiento como ordenador de su conducta.

A nivel constitucional, la carta política colombiana vigente reconoce la primacía de los derechos inalienables de toda persona (artículo 5° superior), y le capacita para asociarse con otras para efectos de crear entes ficticios⁶ (artículo 53 superior) y, de esta manera, ejercer sus derechos, gozar de la protección estatal y, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad (*principio fundante del derecho privado*), adquirir derechos y obligaciones (Vargas Bernal, 2018).

Respecto a los atributos de la personalidad, se comprende que son un conjunto de cualidades sin condición, de las cuales gozan todas las personas humanas⁷. La Corte Constitucional establece que implican derechos y obligaciones a partir del ejercicio de la capacidad de goce (Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 1998), y se encuentran reconocidos con rango fundamental en el artículo 14 de la Constitución, en cuanto que la persona humana es razón y fin de todo el ordenamiento jurídico colombiano (Corte Constitucional, Sentencia T-476 del 1992; Sentencia T-329A del 2012). Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el compromiso de protección que tiene el Estado colombiano en virtud de la suscripción de tratados sobre derechos humanos (artículo 93 superior). Existe un bloque de protección reforzado

6 Preceptúa el Código Civil vigente: “Las personas son naturales o jurídicas. De la personalidad jurídica y de las reglas especiales relativas a ella se trata en el título final de este libro” (artículo 73), y “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” (artículo 74).

7 “La Constitución no establece que la existencia legal de la persona principie en el momento de la concepción. Desde el momento de su nacimiento, el hombre es persona, tiene personalidad jurídica. Tiene un estado civil, atributo de la personalidad. Y si antes de ese momento la ley permite que estén suspensos los derechos que le corresponderían si hubiese nacido, ello obedece a razones de diverso orden: morales, de justicia, políticas, etc. Razones, en fin, que hacen que el legislador dicte normas acordes con las ideas y costumbres correspondientes a un determinado momento histórico.” (Corte Constitucional, Sentencia C-591 del 1995).

en materia de atributos de la personalidad, y que se evidencia, entre otros, en las normas internacionales que se enuncian a continuación:

1. Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre del 1948, Artículo 6°: Los derechos inherentes a cualquier ser humano deben ser reconocidos en todas partes.
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entró en vigencia el 23 de marzo del 1976. En el Artículo 16⁸, que consagra que todos tienen el derecho ante la ley a ser reconocida su personalidad jurídica, generó una observación general, por parte del Comité de Derechos Humanos, respecto de la mujer, a quien no se le puede restringir, la posibilidad de ejercer el derecho de propiedad, concertar contratos o ejercer otros derechos, en razón del sexo o estado civil.
3. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Artículos 1°, Nral. 2° y 3°. En el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, contempló que el derecho a la personalidad jurídica “*implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes [por lo que] la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes*”.
4. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁰, Artículo XVII. Consagra que toda persona tiene derecho a

8 Establecido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la Observación General N° 28 del 2000.

9 La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue suscrita en 1969, vigente desde 1978.

10 Se produjo la declaración en la IX Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá y que dio lugar a la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1948.

su reconocimiento, como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales.

De lo anterior se puede colegir que, en cuanto al reconocimiento supraconstitucional, los diversos atributos de los que gozan las personas son la expresión material de otros derechos fundamentales, reconocidos en el orbe occidental y a los cuales no es ajeno el derecho colombiano (Corte Constitucional, Sentencia T-329A del 2012). En este sentido, la idoneidad de toda persona, para ser titular de las posiciones jurídicas relacionadas con sus intereses y actividades, es una expresión de su libre desarrollo¹¹ (artículo 16 superior), aunado al hecho de que la capacidad jurídica general, reconocida a todas las personas naturales, es una concreción necesaria del principio de igualdad (artículo 13 superior) (Corte Constitucional, Sentencia T-329A del 2012).

Ahora bien, en la tradición jurídica occidental, de herencia romanista, los atributos de la personalidad son una categoría autónoma del derecho civil, que vinculan la personalidad jurídica de los seres humanos con el ordenamiento legal y constitucional¹², al gozar igualmente del carácter de derecho fundamental¹³ (Corte Constitucional, Sentencia

11 “la garantía constitucional de desarrollar de forme libre la individualidad, consiste en la independencia de todo ser humano para obrar sin ser interferido, eligiendo su propia forma de vida, construyendo sus propios ideales de existencia, por medio de una libertad general de acción, de una garantía jurídica de autodeterminación personal, y no teniendo más límite que el respeto por los derechos ajenos” (Moreno Díaz & Novoa Parra, 2016, p. 103).

12 Denota la Corte Constitucional: “La personalidad jurídica (formada por todos sus atributos), está expresamente reconocida por la Constitución como un derecho del ser humano, como algo inherente a él, de lo cual no puede jamás ser despojado” (Sentencia C-004 del 1998).

13 Frente a la naturaleza de derecho fundamental, el máximo tribunal contempló: “El estado civil es un derecho fundamental de las personas y así ha sido reconocido en diferentes instrumentos internacionales. Este permite identificar y diferenciar a las personas y las hace sujetos de derechos y obligaciones. Además, gracias a este se definen hechos fundamentales de la vida y se ubica a las personas en la sociedad, por ejemplo, ser hombre o mujer, mayor o menor de edad, casado o soltero y si vive o falleció. [...] Este derecho a su vez no puede estar subordinado a actuaciones administrativas que impidan su materialización” (Sentencia T-551 del 2014).

C-109 del 1995). Entre los atributos desarrollados en el ordenamiento se encuentran, el nombre, la capacidad, el estado civil, el domicilio, la nacionalidad y el patrimonio.

Respecto al estado civil, que es el atributo que sufre modificaciones cuando se presentan situaciones como la adopción o el divorcio, tanto en el derecho nacional como en el marco del derecho internacional, se comprende que es una forma de ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos del Estado colombiano y el mecanismo por el que las personas se pueden interrelacionar jurídicamente (Corte Constitucional, Sentencia C-511 del 1999; Sentencia T-241 del 2018). Este mecanismo parte de la conceptualización tradicional civilista que lo define como “un conjunto de condiciones jurídicas que relacionan a cada uno con la familia de donde proviene, o con la familia que ha formado, y con ciertos hechos fundamentales de la misma personalidad; correspondiéndole a la ley determinarlo” (Valencia Zea, 2008 p. 391).

Dentro de la jurisprudencia constitucional, el estado civil se ha comprendido como “un conjunto de condiciones jurídicas inherentes a la persona, que la identifican y diferencian de las demás, y que la hacen sujeto de determinados derechos y obligaciones” (Corte Constitucional, Sentencia T-090 del 1995). En Sentencia C-109 del 2005, la Corte Constitucional, a propósito de la filiación, establecida en el registro civil de nacimiento como un atributo de la personalidad, la consideró “indisolublemente ligado al estado civil de la persona”. En esta vía, el máximo tribunal asevera, en la providencia citada, que constituye un derecho constitucional “deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica” (Sentencia C-109 del 2005).

En ulterior providencia, manifestó:

En cuanto al estado civil de las personas, como ya se dijo, este es un atributo de la personalidad jurídica que se ha definido como una situación jurídica que expresa la calidad de un individuo frente a la familia y a la sociedad. [...] el estado civil [es] una institución de orden público, universal, indivisible, inherente al ser humano, indisponible, inalienable, irrenunciable, inembargable, imprescriptible, que no puede establecerse por confesión y que confiere

estabilidad, y tiene efectos frente a las demás personas. (Corte Constitucional, Sentencia T-023 del 2016)

Asimismo, como se afirmó *ex ante*, la jurisprudencia ha comprendido que el estado civil es un derecho fundamental¹⁴, a través del cual se hacen efectivas otras garantías que son interdependientes y de igual rango como son el nombre, la nacionalidad y el voto, entre otras. Su constitucionalización se dio tras su vinculación directa a la personalidad jurídica (precitado artículo 14 superior), y contempla que la negación de este atributo implica la irrupción en el goce efectivo de la personalidad jurídica y, en ese sentido, de otros derechos individuales fundamentales, como el derecho a la identidad personal o los derechos políticos, el de elegir (voto) y ser elegido. En consecuencia, esto conlleva, y así lo ha reconocido la Corte Constitucional, poder ser objeto de protección vía tutela (Sentencia T-241 del 2018).

Igualmente, en la ya citada sentencia T-241 del 2018, la Corte determinó que uno de los elementos esenciales del estado civil es el registro civil, el cual refleja tres momentos determinantes de la vida de la persona con efectos jurídicos¹⁵: (i) el nacimiento; (ii) el relacionamiento familiar, a través de los datos de filiación real y del registro civil de matrimonio; y (iii) la extinción de la vida, mediante el registro civil de defunción.

Desde la óptica legal, establecida en el decreto 1260 del 1970, las calidades civiles de las personas tienen dos objetivos principales: en primer lugar, identificar plenamente al ser humano y, en segundo lugar, que esa identificación produzca efectos de relevancia jurídica. Así las cosas, y conforme al artículo 1° del decreto 1260 del 1970, las características del estado civil de las personas se pueden resumir de la siguiente forma:

14 El estado civil lo definían los hermanos Mazeaud como “la imagen jurídica de la persona” (1965, p. 5; cit. en Corte Constitucional, Sentencia C-807 del 2002).

15 “el registro civil permite probar el estado civil de una persona desde el nacimiento hasta la muerte, el reconocimiento de su individualidad como sujeto de derechos y establecer, probar y publicar todo lo relacionado con su situación en la familia y en la sociedad” (Corte Constitucional, Sentencia T-231 del 2013).

1. La Constitución consagró que la determinación y asignación del estado civil corresponde a la ley (Corte Constitucional, Sentencia C-174 del 1996), y las normas que lo desarrollan son de orden público e inciden tanto a nivel individual como colectivo (la familia) (Gutiérrez Castillo, 2016)¹⁶.
2. Toda persona tiene un estado civil y las calidades como varón, mujer, casada(o), soltera(o), en unión marital de hecho, hijo(a) extramatrimonial o matrimonial, mayor o menor de edad, entre otros, son calidades que no pueden estar en suspenso.
3. El estado civil es uno, indivisible y personalísimo¹⁷; en tal sentido, una persona no puede tener dos o más estados civiles contradictorios, las calidades son variables y absolutas, en cuanto que son hechas para hacerse valer frente a los demás (Corte Constitucional, Sentencia T-231 del 2013).
4. El estado civil de una persona se relaciona a su situación jurídica en la familia y en la sociedad, determinando su capacidad para ejercer derechos y adquirir ciertas obligaciones. Es asignado

16 La Corte Suprema de Justicia expresó: “las normas relativas al estado civil son de orden público, pues se trata de una materia que no solo concierne a quien ostenta un determinado estado, sino también a la familia y a la sociedad toda, razón por la cual fue establecida su irrenunciabilidad y, por lo mismo, la proscripción de aquellos actos jurídicos que tienen como confesado propósito derogar o desconocer las leyes que lo gobiernan.” (Sentencia 6600 1311 0002 1999 0137 del 2005).

17 La doctrina chilena, tan cercana a su par colombiana, explica estas características así: “Aparentemente, puede un individuo tener don o más estados civiles, cuando el origen del estado civil emana de hechos diferentes. Así, por ejemplo, un individuo perfectamente puede ser hijo legítimo y casado. Aquí hay dos estados civiles que pueden coexistir porque dependen de dos hechos diferentes [...]. Pero la unidad e indivisibilidad se relaciona con un mismo hecho de origen. Por ejemplo, en el caso del hijo legítimo y del hijo natural, ambas calidades emanan de la ley y no pueden coexistir. Tampoco un individuo puede ser casado para unos y soltero para otros” (Alessandri, Somarriva, & Vodanovic, 1998, p. 435).

por la ley de acuerdo con los hechos, actos y providencias que lo determinan, y de acuerdo con la calificación legal de ellos (Corte Constitucional, Sentencia T-231 del 2013).

5. Finalmente, las calidades del estado civil no son transigibles¹⁸, bajo el precepto de que la creación, modificación o extinción de tales no dependen de la voluntad negocial ni del titular ni de los interesados. En este entendido, el estado civil es irrenunciable, intransmisible, imprescriptible, inembargable y vitalicio (Corte Constitucional, Auto-090 del 2017).

Como corolario probatorio del estado civil, la ley colombiana contempla que el registro civil es el instrumento idóneo para proporcionar un título legítimo de ejercicio de los derechos que se derivan de la situación civil de cada persona, sin necesidad de demostrar su adquisición, sino simplemente llevando a cabo las instancias contempladas en el procedimiento de inscripción (Valencia Zea, 2008). Respecto a la prueba del estado civil, ha existido una sólida jurisprudencia del máximo tribunal de lo constitucional, en el sentido de establecer los siguientes elementos: i) es indispensable para que opere el reconocimiento estatal a la personalidad jurídica de todo ser humano, ii) es la forma idónea para asegurar el ejercicio continuo y libre de muchos otros derechos como los fundamentales relacionados anteriormente, iii) es el mecanismo adecuado para asegurar que la persona sea alguien ante el Estado y para garantizar que pueda ejercer efectivamente sus derechos (Corte Constitucional, Sentencia T-106 del 1996).

De acuerdo con el decreto 1260 del 1970, toda inscripción en el registro civil se hace por duplicado. En la primera parte se inscribe el nacimiento, matrimonio, defunción u otro análogo. En la segunda se hace folio para remitirlo al archivo central (artículo 19). El contenido básico de toda inscripción es: i) naturaleza del hecho o acto que se registra, ii) el lugar y fecha en el que se inscribe, iii) el domicilio

18 Asevera la Corte Suprema de Justicia: “Nadie puede transigir sobre su estado civil; la transacción supone renuncia y no se concibe que un hijo renuncie a su estado” (Sentencia del 1 marzo del 1928).

e identificación completa de los comparecientes, iv) la firma de los comparecientes y la del funcionario, y v) los demás que sirvan para identificar el hecho registrado (Decreto 1260 del 1970, artículo 21; Decreto 2158 del 1970, artículo 6).

El proceso del registro está compuesto por: i) la recepción de las declaraciones de los interesados por parte del funcionario del registro civil (Decreto 1260 del 1970, artículos 29-34), ii) la extensión escrita de lo declarado por los comparecientes o lo mandado por providencia judicial (Decreto 1260 del 1970, artículos 29-35), iii) el otorgamiento, entendido como el asentamiento de los comparecientes que presentan la diligencia y que genera efectos con sus firmas (Decreto 1260 del 1970, artículos 29, 37 y 38), iv) la autorización del funcionario competente a través de la fe que da de lo registrado por medio de su firma (Decreto 1260 del 1970, artículo 40), y v) la constancia de haberse realizado la inscripción, en donde se indicaran la fecha, registro y número de orden interno del establecimiento (Decreto 1260 del 1970, artículo 43).

Consecuente con lo anterior, tanto el decreto de ley 1260 del 1970, en el título IX, como la jurisprudencia constitucional, han contemplado la posibilidad de que el registro civil sea objeto de modificaciones, bien por decisión judicial o por disposición de los interesados, a través de tres procedimientos: i) el efectuado directamente por la persona encargada del registro, ii) el que se realiza por medio de escritura pública o iii) el que se lleva a cabo por medio de un proceso judicial. Como causales de modificación se han contemplado dos: i) una corrección de este, en razón de un error en el que se incurrió al momento del registro (errores mecanográficos, ortográficos y aquellos que se establezcan con la comparación del documento antecedente), y ii) la modificación por alteración del estado civil (Corte Constitucional, Sentencia T-231 del 2013).

Desde la óptica jurisprudencial, la Corte Constitucional ha expresado, por ejemplo, que el certificado del registro civil de nacimiento es la prueba idónea para acreditar la relación de parentesco entre padres e hijos. Dicho certificado goza de presunción de autenticidad y pureza, y solo puede ser alterado por una decisión judicial en firme o por disposición de los interesados, de conformidad a lo establecido legalmente (Sentencia T-354 del 2012). En ulterior lugar, frente a las reglas del registro civil para divorcios y adopción, la normatividad interna tiene

el siguiente trámite a seguir. Respecto al registro de hijos adoptivos, el artículo 108 del Código de la Infancia y la Adolescencia¹⁹ (ley 1098 del 2006) preceptúa:

Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en cualquier etapa de la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el artículo 100 del presente Código, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.

En los demás casos, la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá solicitarse la inscripción en el libro de Varios y en el registro civil del menor de edad de manera inmediata a la ejecutoria. La Registraduría del Estado Civil deberá garantizar que esta anotación se realice en un término no superior a diez (10) días a partir de la solicitud de la autoridad.

Una vez realizada la anotación de la declaratoria de adoptabilidad en el libro de varios y en el registro civil del niño, la niña o adolescente, el Defensor de Familia deberá remitir la historia de atención al Comité de Adopciones de la regional correspondiente, en un término no mayor a diez (10) días.

PARÁGRAFO. En firme la providencia que declara al niño, niña o adolescente en adoptabilidad o el acto de voluntad de darlo en adopción, no podrá adelantarse proceso alguno de reclamación de la paternidad, o maternidad, ni procederá el reconocimiento voluntario del niño, niña o adolescente, y de producirse serán nulos e ineficaces de pleno derecho. (énfasis agregado)

De igual modo, el mentado código establece unas normas especiales frente al trámite del registro civil del procedimiento de adopción²⁰.

¹⁹ Esto fue modificado por el artículo 8° de la ley 1878 del 2018.

²⁰ El Código de la Infancia y la Adolescencia establece tres modalidades de adopción: i) la adopción individual o monoparental, que es cuando el adoptante

En efecto, el artículo 126 de la ley 1096 del 2006²¹ establece que la sentencia que decreta la adopción debe contener los datos necesarios para su inscripción en el registro civil, el cual tendrá por efecto constituirse en el acta de nacimiento, reemplazando la de origen, que será anulada. Inmediatamente se surta el efecto de *en firme*, dicha providencia se inscribirá en el registro del estado civil y producirá todos los derechos y obligaciones propios de la relación paterno o materno-filial, desde la fecha de presentación de la demanda. La norma aclara que la sentencia no deberá mencionar el nombre de los padres de sangre.

Respecto al registro del divorcio, se hace en el folio de registro de matrimonios, en vista de copia auténtica de ellas, que se conservará en el archivo de la oficina. El funcionario del registro del estado civil que inscriba enviará, de oficio o a solicitud de parte, copias de la inscripción a la oficina central y a aquéllas que tengan el folio del registro del nacimiento de los cónyuges (Decreto 1260 del 1970, artículo 72).

Ahora bien, el régimen del registro público que afecta el estado civil de los nacionales, en Colombia, tiene unas reglas jurídicas diferentes cuando se afecta el estatuto personal en materia de derechos y obligaciones de familia, en virtud de un trámite jurisdiccional como el *exequatur*, dentro del cual se puede ventilar la homologación de sentencias proferidas en otras latitudes (García Matamoros & Uribarren Trespalacios, 2016), respecto al régimen de divorcio y filiación que serán expuestos posteriormente.

es una sola persona (independientemente de su sexo u orientación sexual) (artículo 68, numerales 1° y 4°); ii) la adopción conjunta, que es la ejercida por los cónyuges o por los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años (artículo 68, numerales 2° y 3°); y iii) la adopción complementaria o por consentimiento, que se da en aquellas situaciones en las cuales se adopta el hijo o hija del cónyuge o del compañero o compañera permanente que demuestre convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años (artículos 66 y 68, numeral 5°).

21 Esto fue modificado por el artículo 11 de la ley 1878 del 2018.

Estatuto personal, estado civil y régimen de obligaciones en derecho de familia

El código civil colombiano vigente contempla en el artículo 19, respecto al principio de extraterritorialidad de la ley, que los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero, permanecen sujetos a las disposiciones legales colombianas que regulan los derechos y obligaciones civiles, en lo relacionado con el estado de las personas y su capacidad para efectuar actos que tengan efecto en Colombia. Igual efecto se predica respecto a las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, específicamente en lo relacionado con cónyuges y parientes.

En esta vía, la doctrina considera que la consagración legal precisada busca, en la práctica, que tanto el estado civil como la capacidad permanezcan invariables, sin importar en donde se encuentre la persona, cuando sus actos voluntarios generen efectos en su relación jurídica con el ordenamiento del país del cual comparte su nacionalidad, especialmente lo relacionado con el estado civil. Así, el espíritu del legislador contempló, frente al principio de extraterritorialidad de la ley, que la persona no perdiera su vínculo con su país de origen, en lo relacionado con el régimen general de derechos y obligaciones, y especialmente en aquellas obligaciones relacionadas con vínculos familiares y derivadas del estatus de cónyuge o respecto al parentesco. De esta forma, la conveniencia y necesidad de un estado civil personal y uniforme consagra un factor de conexión extraterritorial, previsto en el artículo 19 del Código Civil, para garantizar la uniformidad de aplicación del ordenamiento respecto a situaciones jurídicas especiales previstas por el legislador (Villaroel & Villaroel, 1988), y que permite que una persona sea un sujeto único para el derecho. Bajo esta interpretación:

cuando hablamos del estado de las personas no podemos olvidar que los Estados generalmente cuentan con normas que buscan dar publicidad y controlar los hechos y actos que puedan afectar este estado. Las normas organizan el registro del estado civil mediante

disposiciones de orden público que exigen, so pena de sanciones, que todos los actos que afecten este estado de las personas sean registrados para dar publicidad. (García Matamoros, 2016, p. 279)

Dentro del régimen de las obligaciones del derecho de familia²², se encuentran las relacionadas con los derechos y obligaciones entre padres e hijos, y los derechos y obligaciones entre cónyuges. Respecto al primer régimen, tiene fundamento en la filiación²³, que es aquella relación entre ascendientes y descendientes que conlleva dar efectos de orden personal y patrimonial a los vínculos familiares. Su regulación legal está contemplada en el título XII del libro 1º del Código Civil. La doctrina ha considerado su contenido y efectos de la siguiente forma: i) se crea una comunidad domestica cuyos miembros son padres e hijos, y entre marido y mujer, así como entre compañeros permanentes; ii) los padres le dan sus apellidos a sus hijos y hacen que estos sigan el domicilio de aquellos, por lo menos durante su minoría de edad; iii) los hijos adquieren la nacionalidad de sus padres; y iv) los hijos aprehenden la misma cultura, lengua y costumbres de sus ascendientes (Monroy Cabra, 2008).

Dentro de las obligaciones que tienen los padres con los hijos se encuentran las siguientes (Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 14):

1. Los alimentos²⁴, que encuentran fundamento en el deber constitucional de solidaridad frente a los miembros del núcleo familiar

22 Según Monroy Cabra: “El derecho de familia regula el conjunto de normas que rigen la fundación, estructura, vida y disolución de la familia” (2008, p. 4).

23 La doctrina ha clasificado a la filiación en i) legítima o matrimonial, ii) extra-matrimonial y iii) adoptiva. Su reconocimiento legal se encuentra en el artículo 213 del Código Civil, y puede ser paterna o materna, dependiendo de si se alude a padre o madre, respectivamente.

24 La Corte Constitucional, en sentencia C-1033 del 2002, expresó: “el derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. Así, la obligación alimentaria está en cabeza de la persona que, por ley, debe sacrificar parte

(Código Civil, artículo 411, numeral 2; Corte Constitucional, Sentencia T-1096 del 2008).

2. El cuidado personal, la crianza con cuidado y amor, la educación (Sentencia T-246 del 2014), la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión (Código Civil, artículos 253 y 260).
3. Velar por su vida, integridad física, salud, seguridad social, alimentación equilibrada, y tener una familia y no ser separados de ella (Constitución de 1991, artículo 44).

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional ha dicho que los deberes de los padres respecto a sus hijos involucran múltiples facetas relacionadas con el bienestar y desarrollo de ellos, responsabilidades que pueden cumplirse de formas muy diversas. Por eso, la valoración de cada situación debe responder a circunstancias específicas y considerar la complejidad del asunto (Sentencia T-946 del 2014).

Respecto a los derechos de los padres sobre sus hijos, derivados de la patria potestad²⁵, la cual se encuentra establecida en los artículos 288 y 315 del Código Civil, se reducen a i) el usufructo de los bienes de los hijos, ii) la administración de esos bienes, iii) la representación judicial y extrajudicial de los hijos, y iv) el derecho de guarda, dirección y corrección del hijo (Código Civil, artículo 262).

La jurisprudencia constitucional al respecto ha manifestado *in extenso*:

de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos”.

- 25 “La institución jurídica de la patria potestad es de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible y temporal; así, los padres no pueden sustraerse al cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que tienen para con los hijos, a menos que la patria potestad sea restringida o interrumpida únicamente por decisión judicial cuando se presente una o varias de las causales establecidas legalmente.” ICBF (2012). Ver frente a la definición, la Sentencia C-727 de 2015.

La decisión de ser padre y madre es sumamente importante, pues tiene implicaciones directas en la sociedad, en la familia como institución, y en las personas consideradas de manera individual [...]. Así mismo, el ser padre y madre implica una serie de derechos y deberes que en principio deben ser asumidos de manera conjunta, con la finalidad de proporcionarle a los menores un adecuado desarrollo físico, psicológico, una vivienda digna, educación, vestuario, recreación, salud y en general un compromiso por parte de los padres de proporcionarle a los hijos un clima favorable que le garantice un desarrollo integral que más adelante permita que sean sujetos que le contribuyan de manera positiva a la sociedad. Los padres son los primeros y principales comprometidos en el desarrollo integral de sus hijos, situación que se ve favorecida cuando el padre y la madre conviven, o cuando al establecer residencia en lugares diferentes, estos mantienen relaciones cordiales, las cuales permiten desarrollar un clima de ayuda mutua y de estabilidad, escenario que genera en los menores seguridad en distintos aspectos. (Corte Constitucional, Sentencia T-688 del 2012)

Por su parte, las obligaciones de los hijos para con sus padres, establecidas en los artículos 250 a 252 del código civil colombiano, son: i) el respeto y obediencia, y ii) socorrerlos siempre que lo necesiten. Sin embargo, el artículo 251 del Código Civil establece que, aunque los hijos alcancen la mayoría de edad para obrar independiente, siempre deben cuidar y brindar auxilio a sus padres en tres escenarios: i) en la ancianidad, ii) en el estado de demencia, y iii) en todas las circunstancias de la vida en las cuales requieran el socorro de ellos (Corte Constitucional, Sentencia C-451 del 2016). Lo anterior no implica que sean únicas las situaciones, ya que se deben tener como meramente enunciativos y no taxativos. Del mismo modo, la obligación de cuidado y auxilio de los descendientes hacia sus ascendientes impone preocuparse por la alimentación, la salud, el vestido y el estar pendiente de todo tipo de necesidades, brindándoles amor, respeto y trato digno, y proporcionándoles lo necesario para su bienestar y una adecuada calidad de vida (Corte Constitucional, Sentencia C-451 del 2016).

En el segundo régimen de obligaciones de familia, se encuentran las relacionadas entre los cónyuges y compañeros permanentes²⁶. En el caso de existencia de matrimonio, la doctrina ha considerado que existen dos clases de efectos del vínculo conyugal: en primer lugar, los efectos personales que hacen alusión a los deberes y derechos *en estricto sensu* entre los esposos, y, en segundo lugar, los efectos patrimoniales que se relacionan directamente con la germinación de la sociedad conyugal (Monroy Cabra, 2008).

De este modo, se entiende de conformidad con la legislación civil que son obligaciones y derechos entre cónyuges: la cohabitación (Código Civil, artículos 113 y 178), la fidelidad (Código Civil, artículos 176 y 154), y el socorro y ayuda mutuo (Código Civil, artículos 176 y 179). La jurisprudencia constitucional ha expresado los siguientes elementos normativos a tener en cuenta: i) la existencia de deberes conyugales debe ser interpretada conforme a circunstancias o hechos definidos por la ley civil; ii) la obligación de socorro y ayuda comprende varias dimensiones que cobijan, entre otras cosas, prestaciones de carácter personal y económico que hacen posible la vida en común y el auxilio mutuo (Código Civil, artículo 176)²⁷; y iii) las obligaciones existentes entre los esposos no se extienden al punto de exigir la convivencia cuando la salud está en peligro y/o la vida en comunidad es imposible (Sentencia C-246 del 2002).

Sin embargo, lo anteriormente expresado evidencia una serie de modificaciones cuando, en materia de asuntos de familia, se generan controversias y complicaciones en relación a elementos propios del

26 Ver la sentencia C-1033 del 2002 de la Corte Constitucional.

27 Respecto a la obligación de alimentos, la Corte Constitucional manifestó en alguna oportunidad que no se extingue con la muerte del alimentante ni con la cesación de efectos civiles del matrimonio o divorcio, pues la obligación de alimentos a favor de un excónyuge “puede ser trasladada al compañero permanente o nuevo cónyuge del alimentante que es reconocido como beneficiario de la pensión cuando dicha obligación está a cargo de la pensión y existe previo a la formación de un patrimonio común con el causante.” (Sentencia T-467 del 2015).

Derecho Internacional Privado (DIP)²⁸, en razón de la existencia de familias plurinacionales y conflictos de leyes o jurisdicciones respecto a una misma relación jurídica que contemple efectos en, por ejemplo, el estado civil de las personas (García Matamoros, 2016). Esto conlleva inexorablemente que los Estados contemplen mecanismos procedimentales al interior de sus ordenamientos, que prevean la forma de dar solución a dichas controversias, siendo una de ellas la homologación de decisiones judiciales proferidas en el extranjero y con efectos en el orden interno, a través del recurso del exequatur.

El exequatur en materia de modificación del estado civil de las personas: la adopción y el divorcio internacional con efectos en Colombia

La doctrina considera que una de las dificultades que presenta el DIP es el hecho de que los Estados, bajo la concepción liberal de soberanía, ejercen control en su territorio, y, como cuestión de principio del derecho internacional primigenio de la modernidad, una providencia judicial o administrativa no puede reconocerse y ejecutarse por fuera del territorio soberano en donde ha sido proferida, si previamente no existe una anuencia o permiso por parte del Estado extranjero. Así las cosas, bajo este escenario se genera la dificultad de cómo dar efectos en el espacio internacional a las decisiones judiciales (Aljure Salame, 2016).

Como herramienta para dar solución a la problemática anteriormente planteada, se considera la existencia del exequátur. Este contiene dos elementos conceptuales: el primero, la autorización estatal de un país

28 “[Es] el conjunto o sistema normativo del que deriva la ley aplicable a las llamadas relaciones jurídicas internacionales y, por lo mismo, sujeta a más de una jurisdicción” (Clerc, 2013, p. 18). Sus elementos se definen así: es *internacional* porque regula las relaciones jurídicas de las personas cuyos efectos trascienden las fronteras nacionales, y *privado* en cuanto regula las relaciones jurídicas que entablan particulares, o personas de derecho privado, con el Estado, cuando este funge como particular.

acreditado, para que un funcionario diplomático pueda ejercer sus funciones; y el segundo (más ligado a lo aquí planteado), la autorización de un Estado para el reconocimiento y ejecución de una decisión judicial proferida en el extranjero. En este sentido, toda sentencia que puede ser reconocida no necesariamente va a ser ejecutada; mas no es posible ejecutarla sin previamente haber solicitado su reconocimiento (Aljure Salame, 2016).

En Colombia, el exequatur actualmente se encuentra consagrado en el artículo 605 y siguientes, del Código General del Proceso (CGP) (ley 1564 del 2012), y procede frente a sentencias y laudos arbitrales proferidos en el extranjero. La citada norma establece que:

Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas por autoridades extranjeras, en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia.

El exequatur de laudos arbitrales proferidos en el extranjero se someterá a las normas que regulan la materia.

Respecto al exequatur de sentencias judiciales sus reglas de procedencia se pueden resumir así: i) las causales de procedencia se encuentran establecidas en el CGP (artículo 606); ii) el *onus probandi* le corresponde a la parte que solicita la homologación de decisión proferida en el extranjero; iii) el juez del exequatur (la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia) no puede declarar de oficio ninguna causal; iv) el juez concede o deniega el exequatur de forma integral; v) solo es posible la homologación frente a una sola sentencia de un solo proceso; vi) la calificación de sentencias y providencias se debe calificar bajo la ley del juez del exequatur (el colombiano); y vii) no procede el recurso de exequatur frente a sentencia proferidas por el Estado Vaticano²⁹ (Aljure Salame, 2016). En este punto cabe precisar

29 Consúltense la sentencia del 18 de octubre del 1961, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Esto fue reiterado en la sentencia de 30 de abril de 1987 (exp. 0583), de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia,

que las Sentencias de Nulidad de matrimonios católicos, proferidas por los Tribunales Eclesiásticos, no requieren exequatur, y solo se debe pedir al juez de familia que ordene su inscripción en las actas del estado civil.

En Colombia, en el marco del modelo de derecho internacional privado adoptado, existen dos formas de manifestación del principio de reciprocidad, que es el eje fundamental del régimen de exequatur. La primera es la reciprocidad diplomática, entendida como la vigencia de un tratado internacional, que regule el exequatur entre dos o más Estados suscribientes. La Corte Suprema de Justicia se ha permitido definir su surgimiento:

cuando entre Colombia y el país de donde proviene la decisión judicial objeto del exequatur, se ha suscrito tratado público que permita igual tratamiento en este Estado extranjero a las sentencias emitidas por jueces colombianos, de manera que como contraprestación a la fuerza que estas tengan en aquél, las suyas vinculen en nuestro territorio. (Sentencia del 25 de septiembre del 1996, exp. 5524)

Frente a esta forma de reciprocidad, Aljure Salame (2016) considera que tiene varios defectos: i) no es posible formular una política general para el tratamiento de decisiones judiciales extranjeras; ii) no existe seguridad frente a qué debe probarse acerca de la existencia y vigencia del tratado³⁰; y iii) el juez del exequatur debe analizar cómo interpretan y tratan las sentencias judiciales en el extranjero, para aplicar esta misma forma cuando se presente una decisión de los otros países.

donde se aseveró que: “los fallos relativos a las nulidades de matrimonios celebrados por los ritos católicos proferidos por las autoridades eclesiásticas en el extranjero, no necesitan, entonces, para que produzca efectos civiles en Colombia, el trámite propio del exequatur siendo suficiente para que se causen estos mismos efectos, dirigir la comunicación emanada del Tribunal Eclesiástico al Tribunal Civil correspondiente”.

30 Frente a la polémica de la carga de la prueba del solicitante del exequátur acerca de la reciprocidad en los Estados involucrados consultar: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 17 de enero de 2014. Exp. 2007-01997-00.

La segunda forma es la reciprocidad legislativa, que consiste en “darle a la sentencia extranjera [por parte del juez colombiano] en materia de exequatur el mismo tratamiento que una sentencia colombiana recibiría en el país de origen de tal sentencia extranjera” (Aljure Salame, 2016, p. 423). Respecto a este tipo de reciprocidad, la Corte Suprema de Justicia decantó que ella se evidencia cuando:

[al] reconocérsele efectos jurídicos a las sentencias de los jueces colombianos por la legislación del país de donde proviene la decisión materia de exequatur, pues igual fuerza vinculante tendrán las decisiones de sus jueces en el Territorio Nacional, siendo entendido que esta forma de reciprocidad puede ser a su vez basada en textos legales escritos o en la práctica jurisprudencial imperante en el país del fallo objeto de exequatur. (Sentencia del 25 de septiembre del 1996, exp. 5524)

De igual modo, este tipo de reciprocidad tiene como principal defecto el que “puede ser más difícil la prueba de la ley extranjera que la prueba de un tratado” (Aljure Salame, 2016, p. 423).

Caso de reciprocidad legal: adopción en la República Democrática del Congo³¹

Hechos

1. La accionante de nacionalidad colombiana procreó una hija.
2. La menor desde su nacimiento siempre estuvo bajo la custodia y cuidado personal de su madre, debido a que su padre biológico nunca se preocupó por ella.

31 Véase la sentencia SC6318-2016 (radicación n° 11001-02-03-000-2012-02724-00) de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. La apoderada de la parte actora fue Vilma Stella Moreno Díaz.

3. En virtud de lo anterior, el Juzgado de Familia de Bogotá, mediante sentencia, declaró la pérdida de la patria potestad del padre, siendo confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.
4. La accionante, después, contrajo matrimonio civil en el extranjero, con un extranjero.
5. Luego, el cónyuge extranjero solicitó la adopción de la menor, en la República del Congo (África Central), lugar de residencia de la familia, ante el Tribunal Superior de su ciudad. El padre adoptante y la madre biológica de la menor manifestaron su consentimiento para el procedimiento adelantado.
6. Mediante sentencia proferida por el Tribunal Superior de dicho país, se declaró la adopción plena e irrevocable de la menor y se expidió el certificado ejecutorio respectivo de la sentencia.

Análisis jurídico

El presente caso fue objeto de recurso de exequatur en vigencia de la anterior norma procesal que contemplaba³²:

Para que la sentencia o el laudo extranjero surta efectos en el país, deberá reunir los siguientes requisitos:

1. Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió.

32 “Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas en un país extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia.” (Código de Procedimiento Civil, artículo 693).

2. Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.
3. Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente autenticada y legalizada.
4. Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos.
5. Que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.
6. Que si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria.
7. Que se cumpla el requisito del exequatur. (Código de Procedimiento Civil, artículo 694)

En el orden, previo a establecer el cumplimiento de los requisitos procedimentales previstos en la norma vigente al momento de presentarse el recurso (Código de Procedimiento Civil, artículo 695), es menester valorar la controversia generada entre la normativa en el Derecho Internacional Público en materia de exequatur y el cumplimiento de la normatividad colombiana en cuanto a la adopción. En primer lugar, respecto al requisito contemplado en el artículo 694 numeral 3 del Código de Procedimiento Civil (CPC), existió cumplimiento de que la sentencia estaba debidamente ejecutoriada, conforme a prueba relacionada en el acápite respectivo dentro de la demanda (de acuerdo a los artículos 188 y 259 del extinto CPC). En segundo lugar, se comprobó la reciprocidad legal entre los Estados, pues tanto la República del Congo como Colombia pertenecen al sistema jurídico romano-germánico-francés³³, comparten fuentes formales del derecho y, por lo tanto, cabe aplicar el sistema de condiciones requeridas, reconocido en el derecho

33 Ver Soleil (2006), y Lluís y Navas (s.f.).

internacional. En virtud de lo anterior, se observó que la legislación de la República del Congo, específicamente en el artículo 832 del Código de Familia, contemplaba:

Artículo 832 – [...] Sin embargo, los juicios proferidos por un Tribunal extranjero en relación con el estado y la capacidad de las personas producen sus efectos en Congo independientemente de cualquier decisión de exequatur, excepto en el caso en que estos juicios deben dar lugar a actas de ejecución.

Frente a la interpretación de la norma en cuestión, es dable precisar que, aun cuando la norma se expresa en términos generales: “un Tribunal extranjero”, deben entenderse incluidos los tribunales colombianos. Dicha interpretación se desprende a partir de lo observado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 11 de mayo del 2006, en la que se concedió el exequatur a la sentencia proferida por el Juzgado de Familia de Frankfort del Meno (Alemania), por la cual se decretó el divorcio de una pareja. En esta sentencia, la Sala de Casación Civil expresó:

ha quedado claro que en Alemania se reconoce fuerza a los fallos extranjeros, quedando así probada la reciprocidad legislativa. En efecto, de acuerdo con la traducción oficial obrante (fls.36 a 40), el artículo 328 del Código de Procedimiento Civil Alemán establece principios similares a los recogidos en la legislación nacional, dado que en aquel se indica que hay lugar a exequatur de la sentencia de una autoridad judicial foránea [...].

Vale la pena mencionar que Colombia y la República del Congo, al momento de la presentación del recurso de homologación de sentencia, si bien tenían relaciones diplomáticas y consulares, no tenían embajadas ni consulados residentes en el otro país, sino que sus embajadas y consulados eran concurrentes. En virtud de ello, el 24 de octubre del 2014 entra en vigor una nueva resolución relativa al procedimiento que deben seguir los documentos extranjeros para ser legalizados y/o apostillados por la vía internacional, para, por ende, surtir efectos en Colombia. Esta nueva resolución acudió a la figura “un país amigo”. En concordancia con esto, la certificación dada por autoridad competente sobre

la existencia de la norma que sustenta la reciprocidad legal en la República del Congo, aportada posteriormente, se intentó legalizar, en primera instancia, a través del país amigo de la nacionalidad del padre adoptante, por tener este país representación diplomática y consular tanto en la República del Congo como en Colombia.

En este punto, es indispensable precisar que la razón en derecho, por la que se realizó la legalización en un país europeo, radicó en que la sentencia de adopción proferida por la República del Congo (por tener el esposo dicha nacionalidad), ya fue homologada en dicho país y la menor ya tiene el estado civil, de hija adoptiva en el país de origen del padre adoptante, y la correspondiente nacionalidad, además del cambio de nombre, que se obtuvo mediante decreto real (autoridad competente para autorizar el cambio de nombre de un connacional y de un adoptado).

Ante la negativa del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia de reconocer la anterior legalización, y debido a la imposibilidad legal del Ministerio de Relaciones Exteriores del país europeo de legalizar la firma de su embajador en la República del Congo, se tuvo que acudir a la legalización de los documentos según lo dispuesto en la nueva resolución 7144 del 20 de octubre del 2014 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, que acude a la figura de “país amigo”.

Entonces, el proceso de legalización internacional de dichos documentos se inició a través de la embajada y el consulado de Francia en la República del Congo, siguiendo su trámite posteriormente a través del Ministerio de Relaciones Exteriores de Francia en París y del Consulado de Colombia en París, finalizando con la legalización de la firma del cónsul colombiano en París, por parte de la Dirección de Asuntos Migratorios, Consulares y de Servicio al Ciudadano del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. La legalización se cumplió a cabalidad y de conformidad a esta última resolución antes señalada. Las traducciones oficiales de los documentos, al castellano, se realizaron de conformidad al artículo 260 del CPC.

En tercer lugar, se logró demostrar la situación legal de adoptabilidad³⁴ de la menor, por haber perdido el padre biológico la patria

34 Véase los artículos 22 y 68, numeral 5°, de la ley 1098 del 2006.

potestad a través de sentencia en Colombia, debidamente ejecutoriada luego de surtir el grado de apelación ante la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. En este sentido, se evidenció que ambos países consagran en su ordenamiento interno “la adopción”, y con ella se pretende velar por el interés superior del niño(a), acordes con el orden público³⁵ y los tratados internacionales sobre adopción y derechos de los niños. En el caso colombiano, se da en virtud del artículo 63 de la ley 1098 del 2006³⁶; en tanto, en la legislación de la República del Congo, se da mediante el artículo 277 del Código de la Familia³⁷ (ley N°073 del 17 de octubre del 1984).

En el caso de lo contemplado por el ordenamiento jurídico del Estado del Congo, la accionante del exequatur y madre de la menor se encontraba casada con el ciudadano de un país europeo, quien, de conformidad con el artículo 279 del Código de la Familia (ley N°073 del 17 de octubre del 1984) de dicho país, estaba en la posibilidad de adoptar los niños de su compañera. En este punto, cabe resaltar el hecho de que la sentencia objeto de exequatur, aquí analizada, no responde a los parámetros de una adopción de tratamiento “internacional”, en la que personas extranjeras adoptan a un menor nacido en otro país, sino que se está en presencia de la adopción del hijo de mujer casada por parte de su esposo³⁸.

35 Afirma Cárdenas Mejía: “el concepto de orden público se refiere a aquellos principios o normas den un [sic] Estado que deben aplicarse aun cuando se trate de una situación internacional. Es decir, que por más que la situación tenga carácter internacional, la ley nacional o los principios de la misma no pueden dejar de ser aplicados” (2016, p. 143).

36 “Solo podrán adoptarse los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres. Si el menor tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores.”

37 “pueden ser adoptados los niños de los cuales los padres han sido privados de la patria potestad”.

38 García Matamoros y Uribarren Trespalacios se expresan frente a la importancia y los efectos que genera la adopción internacional para los derechos del menor en los siguientes términos: “la adopción se constituye en el mundo de hoy como una institución de enorme importancia Para la protección de los NNA [niños, niñas

La razón de tal aseveración es que la Corte Suprema de Justicia ya había otorgado exequatur a la sentencia de adopción proferida en Verín, España, y expresó:

Ahora, confrontada la sentencia extranjera con los principios y las leyes de orden público del Estado colombiano, no hay duda que dicho fallo se aviene a las exigencias establecidas en la normatividad vigente en Colombia; no riñe, en manera alguna, con el orden público de la Nación, pues la progenitora del menor está unida en matrimonio con el adoptante; la misma dio su autorización para tal acogida [...]. (Sentencia del 18 de diciembre del 2009)

En cuarto lugar, se hace alusión a que se cumple el consentimiento para la adopción, por parte del padre o madre de la menor de edad que mantiene la patria potestad, contemplado en la legislación de Colombia conforme reza el artículo 66, párrafo 4°, del Código de la Infancia y la Adolescencia³⁹; al igual que conforme al derecho de la República del Congo, en virtud de los artículos 284, 285 y 348 numeral 8° del Código de la Familia (ley N°073 del 17 de octubre del 1984).

En quinto lugar, se cumple con la competencia para otorgar la adopción (artículo 124 de la ley 1098 del 2006⁴⁰), de conformidad con el artículo 831 del Código de la Familia de la República del Congo, que establece la competencia de dicho país en litigios entre extranjeros domiciliados en este país.

y adolescentes] y de su derecho a tener una familia. No obstante, [...] al permitir la adopción de carácter internacional, se abre la puerta para que los beneficiarios de ella se alejen del Estado de su nacionalidad de origen llamado por excelencia a protegerlos, y quedan inmersos no solo en un sistema jurídico diferente, sino en un entorno social y cultural que les es ajeno, razón por la cual las exigencias en cuanto a su protección deben ser reforzadas” (2016, pp. 326-327).

39 “Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto”.

40 Para el momento en que datan los hechos, no se encontraba vigente el artículo 10 de la ley 1878 del 2018, que reformó el mencionado artículo 124.

En sexto lugar, se cumplieron las exigencias del artículo 694 del CPC, tal como se explica a continuación:

- I. La sentencia versa sobre un derecho personal, específicamente de familia y respecto de la protección a los menores de edad (la adopción). No hay derechos reales involucrados.
- II. La declaración de adopción contenida en la sentencia proferida por el tribunal de la República del Congo está acorde a las normas de orden público, constitucionales y legales de Colombia, específicamente los artículos 42 y 44 superiores sobre los derechos fundamentales de los niños (expresamente el primero permite la adopción)⁴¹, y el artículo 93 de la Constitución, frente a la firma y ratificación del Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional⁴².
- III. La sentencia se encuentra ejecutoriada y legalizada de conformidad al Código de Procedimiento Civil y el Derecho Internacional, tal como ya se expresó anteriormente.
- IV. El otorgamiento y proceso de adopción no está contemplado como de competencia exclusiva de Colombia, sino que se ajusta a la normativa internacional suscrita por el Estado y en consonancia con decisiones judiciales que reconocen su validez⁴³.

41 “La adopción, más allá de un acto jurídico en el que se establece un vínculo que no existía entre un adulto y un menor [...], es considerada actualmente una institución que permite garantizar a los niños y niñas el derecho a tener una familia” (García Matamoros & Uribarren Trespalacios, 2016, p. 315).

42 “Artículo 1º: La presente Convención tiene por objeto: a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respecto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional”.

43 Colombia ha suscrito los siguientes tratados internacionales sobre el tema de la adopción internacional: Tratado de Derecho Civil Internacional (Montevideo,

- v. En Colombia no existía proceso en curso ni sentencia en proceso de adopción respecto de la menor. Además, a través del exequatur, se garantiza el derecho de la menor a tener una familia, consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, al igual que su estabilidad en el orden personal.
- vi. El proceso de adopción no requirió la notificación al padre biológico de la menor, toda vez que no se trató de un proceso “contencioso”, como sí lo fue el proceso previo de pérdida de la patria potestad, que abrió la posibilidad legal de la adopción. El padre biológico, al perder los derechos derivados de la patria potestad, perdió tanto la legitimación activa como la pasiva, y con esta última la de ser notificado y ser parte del proceso de adopción, por lo que no se violó la defensa ni el debido proceso.

Caso de reciprocidad diplomática: divorcio en España⁴⁴

Hechos

1. La accionante, de doble nacionalidad colombiana y española, y su pareja, de nacionalidad española, contrajeron matrimonio civil en 2003, en España.

1889, ley 33 del 1992), Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 21, literal c, sobre adopción, ley 12 del 22 de enero del 1991), Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores (ley 47 del 1987), Convenio de la Haya sobre Adopciones Internacionales del 29 de marzo de 1993 (ley 265 del 1996, declarada exequible por Sentencia C-383 del 1996, en vigor desde 1998).

⁴⁴ Véase la sentencia de radicación n° 11001-02-03-000-2017-02005-00 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. La apoderada de la parte actora fue Vilma Stella Moreno Díaz.

2. El matrimonio civil fue registrado en España, en el registro civil, y en Colombia, en una notaría de Bogotá en 2015, en donde, a partir de ese momento, surtió efectos en el derecho nacional.
3. Durante la vigencia de la sociedad conyugal, no se adquirieron bienes y no se procrearon descendientes.
4. Los esposos solicitaron el divorcio, por la causal de “común acuerdo” contemplada en el artículo 81 del código civil español⁴⁵. Mediante sentencia de abril del 2008, el Juzgado de 1ª Instancia No. 4 de Vitoria, Gasteiz (España), decretó la separación.
5. La sentencia de divorcio se encontraba en firme y quedó ejecutoriada, tal como lo exige el Código General del Proceso, y como consta en la misma sentencia “son firmes” conforme a la certificación expedida por la subdirectora general adjunta de cooperación jurídica internacional de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones.

Análisis jurídico

En Colombia también se consagra el divorcio del matrimonio por la causal de “mutuo acuerdo”, y se encuentra consagrada en el artículo 154 del código civil colombiano, modificado por el numeral 9º del artículo 6º de la ley 25 del 1992. Conforme a lo anterior, coinciden las

45 “Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.” (Código Civil, artículo 81).

normas españolas y colombianas en *el divorcio del matrimonio civil, por la causal de “mutuo acuerdo”*, por lo que no se oponen al orden público del ordenamiento colombiano⁴⁶.

Del mismo modo, entre España y Colombia existe un tratado de reciprocidad en materia de Derecho Internacional Privado. Es el “Convenio sobre ejecución de sentencias civiles”, suscrito el 30 de mayo del 1908 y aprobado en Colombia mediante la ley 7ª del 13 de agosto del 1908⁴⁷ (de conformidad con el artículo 605 del CGP). Asimismo, Colombia y España también han suscrito el Convenio de la Haya del 5 de octubre del 1961, según el cual los documentos públicos que hayan sido autorizados en alguno de los países miembros se eximirán de legalización en el otro país contratante.

Cabe señalar que España, además de consagrar el divorcio por mutuo acuerdo en el Código Civil, reconoce también el exequátur para sentencias extranjeras en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en la sección II “De las sentencias dictadas por tribunales extranjeros” del título VIII “De la ejecución de las sentencias”, artículos 951 a 958, que fueron reformados por la ley 29 del 30 de julio del 2015. Así las cosas, en el presente caso se demostró tanto la reciprocidad diplomática como la legal, siendo necesario solo probar una de las dos, toda vez que el artículo 605 del Código General del Proceso solo exige la reciprocidad diplomática o en su defecto la legal, no ambas⁴⁸.

46 La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia expresó lo siguiente: “La noción de ‘orden público’ en el ‘Derecho Internacional Privado’, concuerda con el criterio de la doctrina, al señalar, que es diferente a la concebida en áreas como el ‘Constitucional’ y el ‘Privado Interno’, pues en el ámbito de aquel, en el evento de llegar a contrariar principios fundamentales del ordenamiento jurídico, se erige como una excepción a la aplicación de la ley extranjera cuando se demanda el ‘reconocimiento y ejecución de un fallo foráneo’.” (Sentencia del 27 de julio del 2011).

47 Dicho tratado establece: “Las Sentencias civiles emitidas por los Tribunales comunes de una de las Altas Partes contratantes serán ejecutadas en la otra”, siempre y cuando “sean definitivas” y “estén ejecutoriadas como en derecho se necesita para ejecutarlas en el país en que se haya dictado [...]”.

48 La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia indicó: “*acreditada la reciprocidad diplomática, la legislativa resulta innecesaria*” (Sentencia SC6328-2016 del 17 de mayo del 2016).

La sentencia de divorcio, cuyo exequatur se demandó, no se oponía a las leyes y otras disposiciones de orden público de Colombia⁴⁹, ya que el artículo 1º de la ley 1ª del 1976, que modificó el artículo 152 del Código Civil, estableció que: “*el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado*”. En este sentido, y en virtud de lo consagrado por el artículo 19 del código civil colombiano, dado que la demandante tiene nacionalidad colombiana al momento de solicitar la homologación de la sentencia española, se hizo necesario tramitar el exequatur de dicha decisión, para efectos del cambio de su estado civil.

Finalmente, se cumplía lo contemplado por el ordenamiento procesal colombiano en lo relacionado con: i) la sentencia de fecha 15 de abril del 2008 que decretó el divorcio, que se encontraba en firme por no haber sido recurrida (CGP, artículo 606, numeral 3); ii) el otorgamiento y proceso de divorcio del matrimonio civil no está contemplado como de competencia exclusiva de Colombia (CGP, artículo 606, numeral 4), en virtud de las diferentes sentencias de exequatur que la Corte Suprema de Justicia ha proferido en fallos de divorcios proferidos en el exterior; iii) en Colombia no existía proceso en curso ni sentencia

49 La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia estableció: “de entre las distintas concepciones doctrinarias que se preocupan por explicar el tema en procura de reducir la noción de ‘orden público’ a límites razonables y evitar que su empleo pueda llevar al sistemático destierro del derecho extranjero [...] es aquella que entiende y define al ‘orden público’ como una cláusula de reserva destinada en cuanto tal a evitar que una ley extranjera, calificada normalmente como la competente para regir determinado asunto, tenga que ser acogida no obstante que la aplicación que de ella se hizo contradice en forma manifiesta los principios fundamentales en que se inspira el ordenamiento jurídico nacional. Pero no debe olvidarse que [...] lo que en este plano le concierne al ‘orden público’ es, en último análisis, un problema de justicia que obliga a advertir la evolución de ese concepto en el espacio y en el tiempo, examen que por lo tanto ha de adecuarse siempre a criterios jurídicos actualmente en vigor y no a la consulta literal de disposiciones que cual ocurre por ejemplo con los Arts. 19 y 20 del C. Civil colombiano, al tomarlas de manera aislada traen como resultado el hacer prevalecer un ‘orden público’ defensivo y destructivo, no así el ‘orden público’ dinámico, tolerante y constructivo que reclama la comunidad internacional en el mundo contemporáneo” (Sentencia del 5 de noviembre del 1996).

en proceso de divorcio entre las partes, ya que al momento de presentar el recurso de homologación de la decisión judicial, ambas partes se encontraban domiciliados en España, país donde contrajeron matrimonio y se divorciaron.

Conclusiones

La internacionalización de las relaciones entre sujetos de derecho privado es una realidad que la dogmática jurídica no debe desproveer de importantes efectos para el desarrollo integral de las personas en la sociedad. En esta vía, el Derecho Internacional Privado está llamado a ejercer un papel fundamental en la protección de las garantías e intereses de las personas, cuando median relaciones jurídicas que les afectan en su calidad de individuos reconocidos por el derecho, y en donde sus vínculos contractuales, negociales o emocionales presentan elementos de extranjería (Medina Velandia & Plazas Estepa, 2016).

Bajo tal premisa, la regulación, tanto nacional como internacional, de la institución de la familia genera en la actualidad diversos debates en torno a sus constantes mutaciones, los cambios culturales propios de la globalización en que se encuentran inmersas las personas, y frente a las diversas concepciones socio-culturales de conformación del conglomerado familiar. Esto evidencia la necesidad de que el derecho, y particularmente la academia, no solo proponga un elemento regulador de las relaciones internacionales del derecho de familia, sino que, además, se dedique de manera acuciada a estudiar los pormenores que trae, en la práctica litigiosa, la protección de los derechos fundamentales de las personas al desarrollar vínculos afectivos, jurídicos y patrimoniales propios de las relaciones de parentesco.

En este sentido, el Derecho Internacional Privado, coadyuvado con los ordenamientos constitucionales de los Estados, está llamado a garantizar la protección de los derechos de los asociados en materia de reconocimiento de su estado civil, máxime cuando, quien es titular de ellos, sea un niño, niña o adolescente, respecto a situaciones descritas anteriormente y que tienen estrecha relación con el régimen de filiación, a través de figuras como la adopción tan extensamente regulada en el derecho patrio y desarrollada de forma muy acuciada por el tribunal

constitucional colombiano. En consecuencia, el derecho debe estar acorde a las transformaciones que el conglomerado social experimenta. Bajo tal premisa, en el caso colombiano, el ordenamiento jurídico ha venido asumiendo el reto de ajustarse a la normatividad constitucional y estar conforme a los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de protección de los derechos humanos.

En esa vía, y en el ámbito específico de instituciones como la familia, el matrimonio, la filiación y muchos otros, los derechos de las personas no solo han encontrado reconocimiento vía legal o jurisprudencial, en el orden interno, sino que, en virtud de los lazos de cooperación internacional y asistencia recíproca de decisiones de los Estados, las personas han encontrado la posibilidad de ejercer sus vínculos en otras latitudes, y, a través de mecanismos jurisdiccionales como el *exequatur*, solicitar al juez competente darle efectos en el derecho nacional.

En ese contexto, se encuentra, entonces, que principios como el estatuto personal, la afectación del estado civil, y figuras como la adopción y el divorcio, tradicionalmente entendidas como de órbita del derecho nacional, han migrado al ámbito internacional en desarrollo de la teoría de la autonomía de la voluntad. Esto evoca un llamado a que jueces, litigantes, asesores, académicos y, en general, todo operador del derecho deba responder a los pilares del nuevo constitucionalismo, y a que supere la visión legalista de los derechos, realizando, más bien, una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, en pro de la efectividad de las garantías fundamentales de las personas, sin dejar de lado controversias que no pueden pasarse por alto al momento de buscar su resolución y que derivan de las nuevas relaciones de familia que emergen en el mundo contemporáneo.

Se precisa que en ambos *exequatur* se procedió a realizar las anotaciones en las actas del estado civil, tal como lo prevé el ordenamiento colombiano, toda vez que la prueba del estado civil de las personas no se queda en el solo fallo de *exequatur*, sino que debe constar en los registros civiles respectivos.

Con este desarrollo teórico-práctico, se espera que los estudiantes se ejerciten en el *Ver*, el *Juzgar* y el *Actuar* propios del sistema modular y la pedagogía problémica, que identifican el programa de derecho de la Universidad Santo Tomás.

Referencias

- Alessandri, A., Somarriva, M. & Vodanovic, A. (1998). *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*. t. I. Editorial Jurídica de Chile.
- Aljure Salame, A. (2016). Exequatur de providencias judiciales. En García Matamoros, L. & Aljure Salame, A. (eds), *Teoría general del derecho internacional privado* (pp. 419-430). Universidad del Rosario; Legis.
- Cárdenas Mejía, J. P. (2016). El concepto de orden público en el arbitraje internacional. En García Matamoros, L. & Aljure Salame, A. (eds), *Teoría general del derecho internacional privado* (pp. 137-176). Universidad del Rosario; Legis.
- Clerc, C. (2013). El derecho internacional privado y los procesos globalizadores. *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores*, XVI(32), pp. 15-30. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v16n32/v16n32a02.pdf>
- Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-476 del 1992 (M. P. Alejandro Martínez Caballero; 29 de julio del 1992).
- Corte Constitucional. Sentencia C-109 del 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero; 15 de marzo del 1995).
- Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-090 del 1995 (M. P. Carlos Gaviria Díaz; 1 de marzo del 1995).
- Corte Constitucional. Sentencia T-106 del 1996 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo; 13 de marzo del 1996).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-174 del 1996 (M. P. Jorge Arango Mejía; 29 de abril del 1996).
- Corte Constitucional. Sentencia C-004 del 1998 (M. P. Jorge Arango Mejía; 22 de enero de 1998).
- Corte Constitucional. Sentencia C-511 del 1999 (M. P. Antonio Barrera Carbonell; 14 de julio del 1999).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-246 del 2002 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; 9 de abril del 2002).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-807 del 2002 (M. P. Jaime Araujo Rentería; 3 de octubre del 2002).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-1033 del 2002 (M. P. Jaime Córdoba Triviño; 27 de noviembre del 2002).
- Corte Constitucional, Sentencia T-109 de 2005.

- Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-1096 del 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández; 6 de noviembre del 2008).
- Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-329A del 2012 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 4 de mayo del 2012).
- Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-354 del 2012 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 15 de mayo del 2012).
- Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-688 del 2012 (M. P. Mauricio González Cuervo; 20 de febrero del 2012).
- Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-231 del 2013 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 18 de abril del 2013).
- Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-551 del 2014 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 22 de julio del 2014).
- Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-946 del 2014 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 3 de diciembre del 2014).
- Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-467 del 2015 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 28 de julio del 2015).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-727 del 2015 (M. P. Myriam Ávila Roldán; 25 de noviembre del 2015).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-451 del 2016 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 24 de agosto del 2016).
- Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-023 del 2016 (M. P. María Victoria Calle Correa; 2 de febrero del 2016).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Auto 090 del 2017 (M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo; 23 de febrero del 2017).
- Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-241 del 2018 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 26 de junio del 2018).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de octubre del 1961. Gaceta Judicial LXXXII.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de abril del 1987. Exp. 0583.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de septiembre del 1996. Exp. 5524.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de noviembre del 1996. Rad. 6130.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de septiembre del 2005. Exp. 6600 1311 0002 1999 0137.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de mayo del 2006.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre del 2009. Exp. 11001-0203-000-2008-00315-00.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. Sentencia SC6328 del 17 de mayo del 2016. Rad. 11001-02-03-000-2014-01387-00.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC6318-2016 de 17 de mayo de 2016. Rad. 11001-02-03-000-2012-02724-00.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Rad. 11001-02-03-000-2017-02005-00.
- García Matamoros, L. (2016). Estatuto personal. Los aspectos relacionados con el estatuto individual. En García Matamoros, L. & Aljure Salame, A. (eds), *Teoría general del derecho internacional privado*. Universidad del Rosario; Legis, pp. 285-304.
- García Matamoros, L. & Uribarren Trespalacios, J. J. (2016). Adopción internacional. En García Matamoros, L. & Aljure Salame, A. (eds), *Teoría general del derecho internacional privado* (pp. 315-330). Universidad del Rosario; Legis.
- Gutiérrez Castillo, V. L. (2016). El orden público en el derecho internacional privado. En García Matamoros, L. & Aljure Salame, A. (eds), *Teoría general del derecho internacional privado* (pp. 125-136). Universidad del Rosario; Legis.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2012). Concepto 139 del 6 de septiembre del 2012.
- Ley 57 del 1887. *Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional*. 15 de abril del 1887. DO: 7019.
- Ley 7 del 1908. *Por la cual se aprueba un Convenio entre Colombia y España*. 13 de agosto del 1908. DO: 13366.
- Decreto 1260 del 1970. *Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las Personas*. 27 de julio del 1970. DO: 33118.
- Ley 1098 del 2006. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. 8 de noviembre del 2006. DO: 46446.

- Ley 1564 del 2012. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. 12 de julio del 2012. DO: 48489.
- Ley 1878 del 2018. *Por medio de la cual se modifican algunos artículos de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, y se dictan otras disposiciones*. 9 de enero del 2018. DO: 50471.
- Lluis y Navas, J. (s.f.). *Los principios del derecho en los sistemas romano-germánicos*. <http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/CDP/article/view/3180/3244/>
- Mazeaud, H. & Mazeaud, L. (1965). *Lecciones de derecho civil*. Parte I. Vol. 2. Editorial EJE.
- Melo Rubiano, E. (2015). *La recepción de la nova lex mercatoria en el régimen de fuentes del derecho privado colombiano: la eficacia del acto jurídico por su objeto*. (Tesis de grado de abogado, Universidad Santo Tomás). <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1985/Rubianomelo2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Medina Velandia, S. & Plazas Estepa, R. (2016). Proceso de armonización del derecho privado en América Latina. *Revista IUSTA*, 44, 61-73. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3076/2942>
- Morales Clavijo, S. (2017). Eficacia y realidad del observatorio de familia en Colombia. *Revista IUSTA*, 47, 87-117. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3812/3751>
- Moreno Díaz, V. S. & Parra Novoa, M. E. (2016). *El libre albedrío en Tomás de Aquino y el derecho al libre desarrollo de la personalidad en la Constitución del 91*. Editorial Bonaventuriana.
- Moreno Díaz, V. S. (2009). Migraciones, familia y Derechos Humanos. *Revista IUSTA*, 31, 123-139. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3071/2938>
- Monroy Cabra, M. G. (2008). *Derecho de familia y de la infancia y de la adolescencia*. Ediciones del profesional.
- Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 28 del 2000.
- Parra Benítez, J. (2008). *Derecho civil general y de las personas*. Editorial Leyer.
- Romero Rubio, C. A. (2019). Maternidad subrogada: lagunas en el ordenamiento jurídico colombiano. ¿Con qué elementos cuenta el juez para adoptar su decisión? *Revista IUSTA*, 50, 175-189. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/4891/4606>

- Soleil, S. (2006). La formación del derecho francés como modelo jurídico. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 28, 387-398. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100011
- Valencia Zea, A. (2008). *Tratado de derecho civil. Parte general y personas*. t. I. Temis.
- Vargas Bernal, A. (2018). Los límites y las consecuencias reales del discurso jurídico de la autonomía privada de la voluntad en el individuo. *Revista IUSTA*, 49, 91-114. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/4647/4349>
- Villarroel, C. & Villarroel, G. (1988). Consideraciones sobre el Estatuto Personal en la Legislación Chilena. *Revista Chilena de Derecho*, 15, 341-374.

Sobre los autores

Diego Hernán Morales Sánchez

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Magíster en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás, en convenio con la Universidad de Konstanz. Docente de Derecho Romano y otras áreas del derecho. Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5945-2250>

Correo electrónico: diegomorales@usantotomas.edu.co

Vilma Stella Moreno Díaz

Abogada y especialista en Derecho de Familia de la Universidad Santo Tomás. Magíster en Derecho Canónico de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid (España). Doctora en Derecho Canónico de las universidades Pontificia Comillas y Javeriana (Bogotá). Docente universitaria en el área de Familia, Sucesiones y Sujetos. Tutora del Doctorado de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Litigante en derecho de familia y canónico.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3874-3614>

Correo electrónico: vilmamoreno@usantotomas.edu.co

Edilberto Melo Rubiano

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Cursa actualmente estudios de maestría en la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Docente universitario en el área de Derecho Privado y M.A.S.C. Integrante del semillero de TIC del grupo de investigación de Derecho Privado de Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria (CIFRAVI) de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Litigante en derecho privado y tribunales de arbitramento.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0112-0509>

Correo electrónico: edilbertomelorusiano@aol.com

Índice analítico

A

adopción 14-15, 40, 91, 149-150, 154, 158-160, 169-171, 173-177, 181-182

adulterio 46, 114, 135-136

C

comunidad 11-12, 38-41, 46, 49-73, 81-82, 89, 100, 105, 123, 137-138, 141, 143, 148, 162, 165, 180

concordato 80, 136, 141-142

Constitución 11-15, 18, 38, 40, 49-52, 55, 59, 72-73, 78-83, 87-88, 91, 93, 99, 104-105, 109-110, 124, 129, 136, 140-142, 148-149, 151, 156, 163, 176-177

contrato 13-14, 21, 32, 53, 91, 93, 110, 117-128, 137, 142, 152

cónyuge 84-85, 97, 100, 119-120, 122-125, 129, 132, 137, 140, 160-162, 165, 170, 180

D

derecho canónico 110, 114-115, 119-121, 123-124, 126-128, 132-133, 135-138, 140-143

derecho civil 31, 119, 126-127, 149, 153

derecho de familia 148, 150, 161-162, 181

derecho internacional 11, 14, 49, 148, 154, 166, 168, 171, 176, 179, 181
derecho privado 17, 32, 148, 150-151, 181
derechos 11-15, 18-19, 21-22, 24-25, 27, 29-32, 35, 40, 42, 47, 51-54, 59-60, 72-73, 80-81, 83, 84-90, 96, 98-99, 104, 114, 119, 125, 127, 131, 137, 148, 150-157, 160-165, 170, 174, 176-177, 181
derechos fundamentales 11, 13, 15, 52, 58, 73-74, 80-81, 83, 89, 105, 110, 149, 153, 155, 176, 181
derechos humanos 14, 65, 72-73, 105, 151-153, 182
derechos inherentes 26-27, 152
derechos políticos 28, 35, 154-155
dignidad 26-27, 41, 85, 93-94, 99, 105, 121, 136, 149
divorcio 14-15, 85, 100, 114, 117-118, 137-139, 142-143, 149-150, 154, 160, 165, 172, 178-182
doctrina 49, 51, 68, 79, 84-86, 88, 93-94, 106, 113-114, 138-139, 143, 149, 161-162, 165-166, 179

E

efectos jurídicos 89, 119, 128, 142, 155, 169
esclavitud 19-22, 24-25, 30, 41-42, 93
estado civil 14-15, 41, 120, 124-125, 140, 149-161, 166, 168, 173, 180-182
exequatur 14, 150, 160, 166-172, 174-175, 177, 179-180, 182

F

familia cristiana 13, 80, 93
familia tradicional 80

G

grupos étnicos 51, 62

H

hijos 26, 43, 45-46, 63-64, 66-72, 78, 82, 84-85, 89, 91, 94, 98, 100, 105, 130, 134, 139-140, 158-159, 162-164

I

identidad 12, 39-40, 43, 47, 51, 55, 59, 61, 84, 132, 155

Iglesia 13, 68-69, 78-79, 85-86, 93-95, 98, 100, 102-103, 105-106, 110, 113-115, 117, 121-123, 126-128, 130, 133-134, 137-144

igualdad 12-13, 26, 86-90, 93, 95, 105, 136, 149, 153

indígenas 12-13, 38-41, 43, 46, 49-62, 65, 70-73, 81, 89, 105, 148

indisolubilidad 14, 94, 100, 118, 122, 136, 138-139, 143

L

libertad 12, 30-31, 34, 78, 98-99, 105, 110, 112, 118, 133, 136, 151, 153

M

matrimonio católico 79, 110, 120, 122, 126-128, 130, 132-134, 136-140, 142-144

matrimonio civil 13, 109-110, 115, 117, 120, 123, 125, 128, 133, 136, 140-142, 144, 170, 177-180

mecanismo 23, 40, 154, 157

O

obligaciones 11, 18, 21-22, 29, 119-120, 123, 125, 131-132, 137, 150-151, 153-154, 156, 160-165

ordenamiento jurídico 38, 95, 119, 141, 144, 149, 151, 174, 179, 180, 182

P

parientes 84, 112, 135, 161

pater familias 12, 32

persona 11-12, 17-19, 23-24, 27-29, 32, 34-35, 66, 68, 80, 84, 93-94, 127-129, 132-137, 140, 150-158, 161

personalidad 14, 32, 80-81, 84, 90, 96, 130-131, 150-154

personalidad jurídica 19, 150-155, 157

políticas 13, 29, 33, 40, 47, 85, 98, 101, 105, 112, 148

pueblos étnicos 59-60

R

registro civil 91, 142, 154-155, 157-160, 178

responsabilidad 91, 93, 101, 105-106, 136

S

sacramento 13-14, 110, 118, 121-123, 125-128, 130, 132-134, 137, 139, 142-144

sociedad 11-14, 18, 24, 28, 30, 34, 45, 48, 72-73, 81-84, 88-89, 93, 96, 98-99, 102, 105-106, 110, 112, 117, 123, 139-140, 143, 147-148, 154, 156, 164-165, 178, 181

sujeto de derechos 11-12, 18-19, 24, 28, 30, 32, 35, 49, 51, 53, 55, 72-73, 148-151, 153

U

unión libre 14, 69-70, 85, 88, 97

V

valores 13, 33, 72-73, 80, 83, 93, 106, 136, 139

vínculo 19, 64, 84-85, 89-91, 120, 122, 129, 132, 136-138, 141-143, 161, 165, 176



Esta obra se editó en Ediciones USTA.
Se usó papel propalcote de 300 gramos para la carátula
y papel bond *beige* de 75 gramos para páginas internas.
Tipografía de la familia Sabon.
2020

CIVILIA ITALIA

Esta publicación reúne los resultados del trabajo de la línea de investigación La Nueva Familia y la Constitución del 91, del grupo de Derecho Privado de la Universidad Santo Tomás. Los autores recurren a las fuentes del derecho romano, pero se enmarcan en la segunda posguerra del siglo xx, cuando surge una nueva concepción de persona y de sus derechos, que se materializa en el derecho internacional y que inspiraron la Constitución de 1991 en Colombia. En este contexto, estudian fenómenos como la conformación de la familia en diferentes comunidades indígenas, las disposiciones respecto a la familia, al matrimonio, el divorcio y la adopción tanto desde la perspectiva de la Constitución nacional como desde el derecho civil y canónico.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO

