

Algunas perspectivas
del Derecho de Familia
en el siglo XXI

Edgardo Villamil Portilla

**ALGUNAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL
SIGLO XXI**

AUTOR: Edgardo Villamil Portilla
FECHA DE RECEPCIÓN: Septiembre 14 de 2010
DIRECCIÓN: edgardo.villamilportilla@gmail.com

RESUMEN: La presente investigación ha sido presentada y expuesta en el programa de MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA, de la FACULTAD DE DERECHO de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA, los días 18 y 19 de diciembre de 2009.

PALABRAS CLAVE: Familia, Estado, Constitución Política, Derechos Humanos, Género.

ABSTRAC: The present paper is a product of the research presented and exposed on the FAMILY LAW MAGISTER PROGRAM, from UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA LAW SCHOOL, the 18 and 19 december, 2009.

KEYWORDS: Family, Government, Constitution, Human Rights, Gender.

Algunas perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI

Edgardo Villamil Portilla*

El presente trabajo intenta poner, en una perspectiva algo diferente algunos temas del derecho de familia, en especial un asomo a temas de género, globalización, derecho de la discapacidad, restitución internacional de menores. Como advertencia queda sentado que es la suma de partes de un programa más general.

BREVE RESEÑA DEL TRATAMIENTO DEL TEMA DE GÉNERO EN EL ESPACIO JUDICIAL Y EN LA DOCTRINA; ALGUNOS ANTECEDENTES.

Una primera mirada al tema sugiere una íntima conexión entre la evolución vernácula del derecho de familia y lo que acontece fuera de las fronteras. A manera de hipótesis puede afirmarse que la evolución legal y constitucional del derecho de familia en Colombia, es la resonancia de un proceso global cuyo influjo es inexorable. La pretensión de universalidad de los derechos humanos es defendida cada vez con mayor ahínco y esa propagación no se detendrá porque fluye a través de las avenidas de la información. Este es el escenario más propicio para que el derecho de familia rompa esos moldes parroquiales que en el siglo pasado lo confinaron a un espacio crematístico, que tenía como su tarea más urgente resolver acerca de los despojos resultantes de la quiebra del matrimonio, o de cómo estabilizar y arbitrar la codicia de los herederos.

La internacionalización del derecho de familia, al lado de la universalización de los derechos humanos, se expresa en la creación de instrumentos jurídicos multilaterales, de instituciones y organismos, de acciones complementarias, pero fundamentalmente de una especie de conciencia universal sobre la necesidad de protección a la familia. No corresponde en un escenario tan especializado como éste, hacer el inventario de los instrumentos jurídicos que se han suscrito, porque invade el temor de que en este mismo momento, antes de acabar la enumeración algunos compromisarios estén suscribiendo alguna otra convención que venga a servir de decorado a un escenario que nunca estará saturado, pero que padece de

* Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia. Especializado en Derecho Penal, Derecho Laboral y Seguridad Social de la misma Universidad. Estudios completos en Maestría en Derecho, y en Economía de la Universidad Nacional. Magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y ex - Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

los mismos males del derecho internacional: la falta de instrumentos coercitivos que hagan eficaces los estándares mínimos sobre los cuales se ponen de acuerdo los estados signatarios de los tratados y convenciones.

Un debate global

El debate por los valores en la familia es mundial, tanto que proliferan tratados, convenciones y toda serie de instrumentos bilaterales y multilaterales, se consagran así mismo mandatos, prohibiciones y sanciones enderezadas a mejorar la situación del individuo en la familia y de la familia como sujeto. Además de que los estados asumen compromisos, lo mas valioso quizás es que se ha creado una enorme masa de conciencia de la solidaridad de la humanidad entera en torno a la familia, ese, aunque puede ser el mejor síntoma de lo que se ha hecho, no puede dejarnos sin tareas urgentes, pues entre la consagración formal de los derechos y compromisos, y su realización práctica y efectiva hay una brecha considerable.

Si el ser humano es el eje central de esta civilización, la familia es el primer espacio propiamente cultural en que el individuo realizará el contacto con los valores que identifican el *ethos* colectivo. En la familia se aprenden las claves y los códigos para descifrar lo social, el concepto “relación” se llena de contenido en la práctica cotidiana del niño, la noción que este tendrá del “otro”, la alteridad, será construida a partir de la vivencia prístina; el plano instintivo tan próximo a la animalidad encausa su fuerza primitiva según la dimensión familiar de los comportamientos aprendidos, el ajuste de la tensión entre naturaleza y cultura, entre lo que está gravado filogenéticamente y lo que es asumido por imitación, tiene en la familia su primer espacio; el uso de las señales y el mapa de la comunicación humana se descubren igualmente en el seno familiar; el hallazgo del otro y en general la conciencia de sí, son una temprana experiencia que marca definitivamente al niño y al hombre, que construirá el sentido en sus relaciones con los demás y la sociedad entera, según las estructuras simbólicas adquiridas en la edad primera. Esa es la verdadera importancia de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Siguiendo el rastro a otro de los avances más importantes en la internacionalización de la defensa de la familia, aparece la construcción de micro lenguajes universales y estructuras simbólicas que cumplen los fines tradicionales de comunicación, pero que tienen otros efectos. Nuevos lenguajes y sintagmas prestan su servicio como instrumentos para agilizar la comunicación en la investigación, en la academia, en la jurisdicción, por supuesto entre las autoridades encargadas de formular y ejecutar las políticas. Se trata de una especie de enciclopedia de tecnolectos que condensan y decantan contenidos muy precisos acerca de la definición de los fenómenos asociados al campo de la familia.

La construcción de lenguajes propios, producto de la reflexión acerca de la protección a la familia, permite hacer convenciones no formales y acuerdos de uso de esos lenguajes, los que sirven a la manera de operadores deónticos que prestan su concurso para denunciar abusos y conductas dignas de reproche. El uso de vocablos específicos que operan como instrumentos de reproche ético, permite la

sanción social, tan fuerte o más que la sanción jurídica. Unos cuantos candidatos podrían ilustrar el anterior planteamiento. Palabras como abandono, abuso, acoso, maltrato, vulnerabilidad; y las categorías específicas como desplazamiento forzado, niños en el conflicto, niño trabajador, niño abandonado, niño desplazado, niño refugiado, mujer cabeza de familia, vulnerabilidad permiten la identificación pronta de sujetos en situaciones que convoquen una alerta temprana, y justifiquen la injerencia del Estado y el movimiento de la preocupación solidaria de las comunidades, ya se expresen como sociedad civil o como un núcleo más reducido.

El plano económico

No obstante, la mundialización de las tendencias acerca de los derechos, las categorías universales de los derechos humanos, del DIH y la multiplicación de los instrumentos internacionales de protección del ser humano, ellas no suceden en un escenario neutral, pues de modo simultáneo se producen cambios vertiginosos en formas y estructuras sociales. Somos testigos inconscientes de transformaciones fundamentales en la manera de interacción de los grandes grupos de culturas, intereses, naciones, etnias y personas que transitan la historia cabalgando en el vórtice de las convulsiones creadas por la muerte y renacer de las ideologías. Así como las comunicaciones reducen dramáticamente el tamaño del mundo y acercan a los hombres y las culturas, esas mismas comunicaciones reproducen exponencialmente la autoconsciencia del hombre sobre el despojo, la marginalidad y el sufrimiento. Nunca antes la humanidad conoció el avance portentoso de la ciencia y del progreso material, tampoco conoció en ninguna época tanto dolor, tanta miseria, tanta destrucción y tanto sufrimiento. Y lo que es peor, jamás tuvo la humanidad tal plenitud de conciencia sobre su propio pathos social.

La velocidad y disponibilidad del conocimiento sobre el mundo y nuestra propia suerte, incrementa exponencialmente la angustia y la frustración. Así como se producen cambios universales de concepción acerca de los derechos humanos, de la situación de las poblaciones y sujetos vulnerables, también sobrevienen inexorablemente las políticas de adelgazamiento del tamaño del Estado y su entrega al mercado. Aunque el mundo es más pequeño, el Estado, las fronteras y las soberanías son un estorbo anacrónico para la expansión del capital, este erigido en la única filosofía que subsiste. En un mundo virtual sin fronteras, en que la fuerza del capital globalizado derrumba soberanías y nacionalidades, el único refugio que queda es lo puramente local, lo comunitario, en la familia, lo doméstico, un *ethos* cotidiano erigido sobre la solidaridad. Paradójicamente, es tal la fuerza avasalladora de la globalización, que la defensa del Estado se ha convertido en la tarea más urgente de las izquierdas que antes pregonaban su destrucción y que ahora reclaman un Estado fuerte que defienda al individuo de los macrosujetos económicos que se sobreponen al mismo Estado. La política que traza la dictadura de lo económico hacen que el Estado no deba competir con los particulares en la captación de recursos que son necesarios para el desarrollo, requiere, por tanto, abandonar todo aquello que los particulares hacen mejor que él: la salud, la educación, los servicios públicos son entonces asuntos que deben resolver las frías fuerzas del mercado. En suma, un Estado débil, casi inexistente, reducido a unas

cuantas superintendencias y oficinas de control, no está en capacidad de materializar todo el discurso teórico y las consignas acerca de los derechos de los niños, del adulto mayor o de la mujer cabeza de familia, a menos que se haga de la tarea de defensa de la familia una verdadera meta que se convierta en el eje central de la política.

Hay en el horizonte señales visibles de esa disfunción entre la consagración formal de los derechos y la posibilidad de llevarlos a la realidad. Las restricciones presupuestales sacrifican las instituciones dedicadas a la protección de la familia. El gobierno Nacional trata de deshacerse de sus responsabilidades y trasladarlas al nivel local. A manera de ejemplo, lejos de fortalecer la jurisdicción de familia, todo indica que ella va languideciendo, lo que es más triste, con su propio concurso. En tema de tanta trascendencia como la violencia intrafamiliar las sucesivas leyes que se han dictado, 294 de 1996 y 575 de 2000 pretenden el traslado de lo judicial hacia las comisarías de Familia que son entidades que se financian con recursos locales.

Ese divorcio entre la dictadura de lo económico y la consagración apenas formal de los derechos, genera la sensación de que hoy tienen más anclaje en la conciencia ciudadana abstracciones sobre “el libre desarrollo de la personalidad”, que la urgencia alimentaria asociada al hambre, la desnutrición y la marginalidad.

La disociación entre las arquitecturas legales y la realidad económica muestra, por ejemplo, el fracaso de la criminalización de la inasistencia alimentaria y la prohibición del trabajo infantil. El verdadero nervio del problema está en el desempleo, en la carencia de ingreso, en la falta de desarrollo, variables todas asociadas también a un mundo globalizado, y en lo interior a la muerte de “la política”. La corrupción y el conflicto conspiran decididamente.

La Constitución de 1991

En esa idea de que el derecho de familia es algo más que lo puramente económico, la Constitución de 1991 consagró que cualquier forma de violencia es destructiva de la familia. En un primer momento del desarrollo constitucional se consideró que existía el derecho fundamental a la paz en la familia. Los jueces primero, luego las Cortes, empezaron a intervenir mediante acción de tutela para introducir correctivos a las expresiones de violencia en la familia. Esa intervención era la más lúcida concepción de la indefensión de la familia; no obstante, la presencia del juez permitía desvelar las estructuras autoritarias gobernadas por la dictadura de lo económico o por la capacidad de daño o intimidación asociada a la fuerza. No se puede desconocer que la irrupción del juez en el espacio de la familia para tratar la violencia mediante la acción de tutela tenía un efecto simbólico de enorme magnitud, en atención a la fuerza cultural e ideológica que ha tomado el discurso de los derechos fundamentales y la comprensión social que ha ganado la labor del juez de tutela. Si se hubiera mantenido la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la integridad personal, a la paz, a la no violencia en el hogar, hoy tendríamos un contingente de más de 3000 jueces disponibles para intervenir, y no de cualquier manera, sino amparados con la legitimidad que ha significado la acción de tutela para la función jurisdiccional.

Con profundo respeto para quienes ejercen hoy la competencia en materia de la prevención de la violencia intrafamiliar, y lo hacen desde luego con denodados esfuerzos, no debe perderse de vista la potencia y la eficacia simbólica de los instrumentos jurídicos. Cuando un funcionario público, por poderoso que sea, enfrenta al juez constitucional de tutela que emitirá un mandato o lo ha emitido, llámese medida de protección o cualquier otro, entenderá el destinatario que detrás de ese juez hay una estructura de poder, que compromete integralmente a la Jurisdicción, todo lo cual sirve de soporte a su decisión. También se emplaza detrás de la decisión, un enorme volumen de construcciones conceptuales que prestarán su concurso para justificar las sanciones. El funcionario, o el particular que ha caído en la violación de los derechos fundamentales enfrentaban toda la fuerza social, teórica y simbólica de la acción de tutela. No acontece lo mismo por la dispersión competencial de las Leyes 294 de 1996 y 575 de 2000, pues la competencia en materia de estos derechos, que siguen siendo fundamentales se dispersó y se fragmentó. Un tema de derechos por esencia fundamentales, por lo mismo reservado a los jueces por mandato de la Constitución, se confunde en la ambigüedad de si es de resorte del juez municipal, del comisario de familia, de los jueces de paz o de los conciliadores.

Queda entonces la angustiosa sensación de que en materia de protección a la familia contra toda forma de violencia, se produjo una fractura sensible, pues mientras se puso en la Constitución el principio que proscribía toda forma de violencia en el hogar, se perdió el norte porque el juez constitucional abandonó un territorio en que sin duda están comprometidos los derechos fundamentales de todos los integrantes de la familia.

Algunos antecedentes

El advenimiento de la Constitución de 1991 significó un cambio esencial del campo de acción de la judicatura, e implicó transformaciones radicales en los modelos de oferta de justicia y de servicios legales.

Para tratar de explicar el entorno legislativo existente al momento de la transformación constitucional, tomamos en cuenta apenas unos pocos antecedentes que podrían ser significativos para dar una idea de la dimensión del problema de la violencia en la familia. Sugerimos como hipótesis que esta generación presenció la existencia de la pena de muerte administrada por el marido, lo que da cabal idea de cuánto atraso social y cultural hay en materia de violencia en la familia, es decir, allí donde se aprenden tempranamente los códigos de lo social.

Nuestro sistema civil es legatario del derecho romano y el desprendimiento de esa herencia ha sido un proceso tortuoso y difícil; lamentablemente todo indica que las transformaciones han sido muy lentas, casi imperceptibles.

La religión. En el Génesis, la mujer es un desprendimiento o desgarramiento del hombre pues su creación se hace a partir de una costilla de Adán; ni siquiera se alude a una parte más noble de la anatomía humana como por ejemplo a un órgano par de difícil sustitución sino a una parte que podríamos llamar envilecida del cuerpo. En

contraste, en la Teogonía de Hesíodo, Atenea nace del cráneo de Zeus. La creación del primer hombre en el Génesis acude a la formación a partir del barro, sin que intervenga la maternidad a la que no se le quiere reconocer siquiera la función biológica trascendental. Sólo tardíamente la Iglesia Católica ha reconocido las teorías darwinianas de la evolución. La maldición del Paraíso impone a la mujer el parto con dolor a manera de castigo y al hombre, el trabajo. En el Éxodo 20:17 la mujer es una de las posesiones del hombre. Son frecuentes las mujeres estériles, Sara, Rebeca y los castigos a la infertilidad. En la tradición cristiana el icono es la Virgen María, ella representa pureza, abstinencia sexual, maternidad virtual, concepción espiritual puramente idealizada, además es la encarnación de la capacidad de sufrimiento, del dolor, del silencio, de la abnegación, de la sumisión; vale decir, en la imagen de la Virgen hay ante todo una relación de poder en la que la mujer valoriza en grado superlativo la afectación de su propia dignidad humana.

Antes de los mitos griegos. En contraste para el historiador de las religiones J. Bachofen la prístina organización social fue una ginecocracia o gobierno de las mujeres centrada en el culto de la diosa madre, basada en la sucesión matrilineal que se ubica entre los años 7.000 y 2.500 antes de Cristo. En la horda primitiva la promiscuidad sexual no permitía conocer al padre. La forma del poder ejercido por reinas sacerdotisas implicaba una comunidad de los bienes por el derecho natural, los símbolos más importantes eran la tierra y el agua. Se asociaban la fertilidad de la tierra y la fertilidad de la madre; del vientre de la tierra nace la subsistencia de la humanidad, los rituales sociales elaborados en que participaba toda la comunidad ayudaban al parto de la tierra. En los símbolos de la época dominaban las señales de la procreación, la vulva representada en recurrentes formas geométricas triangulares, el agua, la humedad, los vórtices, la exaltación de los senos como fuentes de alimento. En esa simbología lo cíclico, representado en las fases de la luna y en la renovación de la piel de las serpientes, implicaba alusión permanente a la maternidad como valor dominante. Del culto a la diosa madre subsisten como rezagos transformados las prácticas adoratrices a la diosa Isis en Egipto y la figura de la Virgen como una resistencia al abandono absoluto de 5.000 años de dominación matriarcal.

El eclipse del matriarcado vino de las invasiones de las tribus del este, basada en la cría caballar y en el gran desarrollo de las armas. Por allí llegaron la sucesión patrilineal, el derecho positivo, la monogamia, la propiedad privada y de la simbología terrígena se pasó a la iconografía terrestre.

Para **Rousseau** (1712 – 1778), la educación de la mujer debe estar encaminada a la formación de un ser como complemento para el placer, y para ser la segunda madre del hombre sólo debe saber lo que le conviene saber. La Inclusa es un hospicio u orfanato al cual van los hijos expósitos. Allí fueron a parar, apenas recién nacidos, los cinco hijos de Rousseau, lo cual constituye una aporía para una cumbre de la educación y la filosofía social.

Por su parte **Kant**, (1724 1804), “se ocupa a menudo del bello sexo, la expresión es suya, y hay que reconocer que lo hace a ratos con un tono elegante, que contrasta con la manera mucho más burda con que otros exponentes del idealismo alemán

enfrentan este mismo tema. Sin embargo, los resultados a los que llega Kant difieren solo en la forma y sustancialmente coinciden con las conclusiones de Hegel acerca de la inferioridad de la mujer en cuanto a capacidades intelectuales y morales, que justificaría su condición de subordinación y su destinación a la pasividad y a la obediencia. Con su tono aparentemente halagador, en una de sus más conocidas obras juveniles Kant pone en entredicho tanto la capacidad intelectual como la capacidad de la mujer para una auténtica autonomía moral. A su juicio, el atributo de la belleza, tan esencial para comprender la naturaleza del destino de la mujer se refleja en su inteligencia y en sus dotes morales: “el bello sexo tiene tanta inteligencia como el masculino; solo que se trata de una inteligencia bella, a diferencia de la nuestra que debe ser una inteligencia profunda o sublime” de ahí la escasa disposición de las mujeres a la meditación profunda, al examen prolongado y al ejercicio de las ciencias abstractas, demasiado pesados para una inteligencia espontánea y algo superficial. Todavía mas perjudicial para la dignidad de la mujer resulta su caracterización como un ser que actúa bajo el impulso de las sensaciones, de los sentimientos y de las valoraciones estéticas, mas que por una razón auténticamente moral: (...) las mujeres evitarán el mal no porque sea injusto sino porque sea repugnante; y a sus ojos son acciones virtuosas las que son moralmente bellas. Nada de deber, nada de constricción u obligación (...). Me parece difícil creer que el bello sexo sea capaz de principios (...). Por eso la Providencia ha otorgado a su pecho sentimientos bondadosos y benévolos, un fino sentimiento para la honestidad y un alma amable.” Puesto que su virtud es una virtud bella, a diferencia de la del sexo masculino que es noble y sublime, perdería su tiempo quien pretendiese exigirle sacrificio y autodominio. Solo es posible confiar en sus sentimientos y su corazón tierno. En el contexto de una filosofía que valorase el sentimiento y el corazón por encima de la razón, los juicios anteriores podrían resultar hasta halagadores para la mujer. Sin embargo, hemos visto como para Kant el fundamento de la dignidad humana consiste ante todo en la disposición y en la capacidad de autonomía moral, que por cierto se fundamenta en la razón, más que en los sentimientos. Al poner en duda la capacidad de auto regulación de la mujer, Kant justifica a su manera el presunto destino del sexo femenino a la subordinación respecto de a los padres, al esposo, o a los fines de la naturaleza ligados con la reproducción de la especie. Como consecuencia, Kant no tiene ninguna duda acerca de la exclusión de la mujer de cualquier participación activa en la vida política. Al fin y al cabo la mujer acaba por compartir la misma condición de los criados, los obreros dependientes y los menores de edad. Al carecer de un carácter sustancial y autónomo y al depender de otro, parece obvio que se la elimine de asuntos que no le interesan y en los que no es mucho lo que su inteligencia puede aportar.

Esta limitación o negación de la dignidad de la mujer no se reduce al ámbito de la vida pública. Incluso en el interior de la familia, gracias precisamente a la figura del derecho real - personal, su reconocimiento como un sujeto libre, autónomo y mayor de edad sufre serias restricciones. Gracias a este derecho (innato) el hombre adquiere a la mujer, lo que le confiere el derecho de utilizarla para satisfacer sus necesidades vitales y sexuales, e inclusive el derecho de reconducirla de nuevo a su poder en caso de que ella intentase fugarse de la casa (si uno de los esposos se ha escapado de la casa o se ha abandonado a la posesión de otra persona, el otro queda

autorizado en todo tiempo y de manera irrecusable a recuperarlo en su poder, justo como una cosa.) Según estas palabras, el derecho a recuperar el objeto perdido parecería pertenecer a los dos miembros de la pareja; sin embargo, en la mayoría de los casos la desigualdad de fuerza y de poder haría que la posibilidad de que la mujer ejerciera un derecho de esta naturaleza resultase bastante remota. Y para no dejar dudas acerca de quien manda, tanto en la administración del Estado como en los asuntos domésticos, Kant aclara que la igualdad entre los miembros de la pareja no está en contradicción con la ley que ordena que el hombre debe ser “el señor”, “el que manda”, y la mujer la parte que obedece. Esta diferencia de funciones “no puede ser considerada contraria a la igualdad natural de los miembros de una pareja, en la medida que tal dominio se basa solo sobre la superioridad natural de las facultades del varón frente a la mujer en la realización del interés común de la familia y en el derecho al mando que se sustenta en esta tarea.”¹

En el derecho romano. Valga ahora un repaso por el derecho romano, el que haremos siguiendo literalmente a Troplong en el texto “La influencia del Cristianismo en el Derecho Romano”. Se pregunta el autor:.. “**¿Qué es en primer lugar la familia romana? ¿Tiene como fundamento la sangre y la naturaleza** □ No. Es el lazo civil del poder (*potestas, manus*) el que une sus miembros y mantiene su agregación. Ese lazo fingido es su signo de reconocimiento y su punto de unión. No está uno en la familia por razón de que es hijo, o esposa, o pariente, sino porque es uno hijo en potencia, esposa en potencia, pariente por la sumisión a un poder actualmente común, o que lo sería si el jefe viviese todavía. En una palabra, la familia romana, creación singular de un pueblo nacido para el poder, no es otra cosa que el conjunto de los individuos que reconocen el poder de un solo jefe. Cualquiera que proceda de dicho poder está en la familia. Todos los que estén libertados por *capitis deminutio*, aunque sean hijos descendientes, no están en la familia. Véanse, pues, las consecuencias de este derecho. El matrimonio por sí solo (*iustae nuptiae, justum matrimonium*) **es un lazo insuficiente para hacer entrar a la esposa en la familia de su marido: esta continúa, pues, en su propia familia, con el nombre de *matrona*; continúa allí extraña a la familia de sus propios hijos**². **Pero si las nupcias van seguidas de un año de posesión de la mujer por el marido (*usus*)**³, **o bien, si están consagradas por las ceremonias religiosas y patricias de la confarreación o acompañadas de las formas civiles de la venta ficticia (*co-emptio*)**⁴, **entonces la mujer pasa bajo la**

1 PAPACCHINI Angelo, *Filosofía y Derechos Humanos*, 2a. Ed. Editorial Facultad de humanidades, ciudad y democracia. Universidad del Valle. Pág. 269

2 Inst. de Just. *ad. S. C. Trebell, proem.*; Cayo, I, 196, párrafo D. *de verb. Signif.*, y en sus *Inst.*, lib.

3, N° 24; Ulp., 26, *Frag.* 8. He aquí las palabras de Cayo: “Al punto de que ni entre la madre ni el hijo o la hija recíprocamente, haya derecho de herencia.” Y Ulpiano: “La herencia de un hijo intestado, por la ley de las Doce Tablas, no corresponde a la madre.”

3 CAYO: *Inst.*, I, 110, 111, 112, 113: “Antiguamente, pues, pasaban a poder (del marido) de tres maneras: por el uso, por la confarreación, por la coempción (compra), etc.”

4 NIEBUHR, t. I, p. 324, nota 635. CAYO, I, 112. DIONISIO DE HALICARNASO, lib. II, cap. 25, nos enseña lo que sigue: “Pero Rómulo hizo... que las mujeres fueran sumamente modestas y puras. La Ley era esta: que la mujer CASADA, que hubiese pasado a poder del marido por *ritos sagrados*, hiciese copartícipe con él de todos los bienes y de todos los ritos. Los antiguos denominaban NUPCIAS SAGRADAS, expresando el hecho con un *apelativo romano, confarreación*... y los unió (Rómulo) con

potestad del marido⁵ (*in manu*)⁶. Se convierte en *mater familias*; y esta potestad (esta palabra ha llegado hasta nosotros sin la cosa) impresiona sobre todo el espíritu por su carácter de severa altivez; porque el marido es el juez de su esposa; puede, solo en los primeros tiempos, más tarde ante un tribunal doméstico al que son llamados sus allegados, condenarla a muerte. Es el amo de su persona y de sus bienes, poco más o menos como si la conquista la hubiera puesto en sus manos: terrible reminiscencia del rapto de las vírgenes sabinas⁷. Y puesto que la potestad hace la familia, la mujer deja desde entonces a los suyos y pasa a la familia de su marido. Allí es recibida como hija; no tiene más categoría que la de hermana consanguínea de los hijos que ella ha dado⁸. Fuera, participará sin duda de los honores de su marido, será rodeada del respeto oficial; porque la ley recuerda que si la hija sabina fue conquistada, la mujer romana salvó al Capitolio de la venganza de Tacio⁹. Pero en el seno de la familia se borra en cierto modo ante la majestad del marido, *majestas viri*. No tiene derecho de propiedad mientras vive su esposo, y las llaves de la casa sólo se le confían a título de depósito. **Solamente heredará de su esposo, como hija adoptiva de este padre civil. Por lo demás, la muerte de su marido no le hará volver a la familia paterna. Un lazo sagrado la retiene en aquella que la adoptó; allí encontrará un tutor legal entre sus nuevos agnados, o un tutor testamentario de la elección de su marido.”**

Por la fuerza de estos antecedentes poco hay que decir, apenas que vestigios vergonzosos de esa situación estuvieron anidados cómodamente en la vida colombiana en el siglo pasado. Evoquemos solamente que la mujer carecía de la

tan necesarios vínculos de familiaridad indisoluble, que nada pudiera ya disolver tales nupcias. Esta ley constriñe a las mujeres a que ajusten su vida a los hábitos y costumbres de su respectivo marido, toda vez que no les queda ya otro refugio, etc. Pues la esposa casta y OBEDIENTE EN TODO A SU MARIDO, era señora de la familia *al igual que el mismo varón*, y entraba en la sucesión de los bienes del marido difunto, *como hereda una hija los de su padre.*”

5 CAYO: *Inst.*, I, 112. CICER.: *Pro Flacco*, N° 34, ed. Panck., t. XII, p. 296. Todo induce a creer que durante largo tiempo los matrimonios con la *manus* fueron los más frecuentes (DIONISIO, lib. 2, c. 25; *Revue de légist.*, t. VII, p. 306).

6 He citado hace un momento (p. 17, nota) un pasaje de Apuleyo, en el cual el hombre de letras no ha hablado de la *manus* como jurisconsulto.

7 La severidad de esta posición no impedía, sin embargo, las costumbres de hacer maridos complacientes, y mujeres cariñosas y voluntarias. **En su comedia *Casina*, Plauto pone en escena una mujer celosa que llena a su marido de reproches e injectivas (acto 2, escena 3).**

Se ven también en esta obra quejas sobre las pretensiones de las mujeres.

“Pues los hombres

No pueden lograr su derecho a las mujeres.” (Acto 2, v. 2.)

Recordaré por fin, como prueba de esta influencia indirecta de las mujeres que aparece a través de las más severas leyes, la anécdota de la joven Fabia, cuya vanidad herida excita el celo democrático de su padre, Arbusto, y de su marido, Licinio Stolo (TITO LIVIO, lib. 6, N° 34).

8 CAYO: *Inst.*, I, III, 111: “Obtenía la categoría de hija; – a su lado pórtese como una hija.”

9 NIEB., t. I, p. 324, recuerda los honores concedidos a las mujeres romanas por Rómulo, en aquella ocasión.

posibilidad de elegir y ser elegida, que hasta la Ley 28 de 1932 no tenía la libre administración de sus bienes, que para ese y otros efectos su marido era el representante legal de ella.

Códigos penales. Pero lo que más nos aproxima a esas páginas del Derecho Romano sería el Código Penal. Que las normas hablen por sí solas: Disponía el artículo 591 del Código Penal de 1890. “El homicidio es inculpable absolutamente cuando se comete en cualquiera de los casos siguientes: 9) En el de cometer el homicidio en la persona de su mujer legítima, o de una descendiente del homicida, que viva a su lado honradamente, a quien sorprenda en acto carnal con un hombre que no sea su marido; o el que cometa con la persona del hombre que encuentre yaciendo con una de las referidas; y lo mismo se hará en el caso de que los sorprenda, no en el acto carnal, pero sí en otro deshonesto, aproximado o preparatorio de aquél, de modo que no pueda dudar del trato ilícito que entre ellos existe.” Esta norma no es otra cosa que la pena de muerte administrada por el marido y estuvo vigente en Colombia hasta 1936. Aunque ese año se sustituyó por otra menos bárbara, la nueva no llama al orgullo.

DECRETO 2300 DE 1936 – CÓDIGO PENAL

Artículo 316. El que someta a otra persona al acceso carnal, sin consentimiento de esta y mediante violencia física o moral, estará sujeto a la pena de dos a ocho años de prisión.

A la misma sanción estará sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de catorce años de edad, o con persona a la cual haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia.

Artículo 322. El responsable de los delitos de que tratan los dos capítulos anteriores quedará exento de pena si contrajere matrimonio con la mujer ofendida.

El artículo 382 de la Ley 95 de 1936, Código Penal, se refiere a las disposiciones comunes a los dos capítulos anteriores - que tratan de homicidio y las lesiones personales -. Decía así: “Cuando el homicidio o las lesiones se cometan por cónyuge, padre o madre, hermano o hermana, contra el cónyuge, la hija o la hermana de vida honesta a quienes sorprenda en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, se impondrán las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, disminuidas de la mitad a las tres cuartas partes. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará al que en estado de ira o intenso dolor determinados por tal ofensa, cometan el homicidio o causen las lesiones en las personas mencionadas, aun cuando no sea en el momento de sorprenderlas en el acto carnal. Cuando las circunstancias especiales del hecho demuestren una menor peligrosidad en el responsable, podrá otorgarse a este **el perdón judicial y aún eximirsele de responsabilidad.**” Esta norma estuvo vigente en Colombia hasta mediados de 1980.

En este escenario no olvidemos que el sistema judicial estaba dominado por hombres, las mujeres ni siquiera tenían acceso a la educación, el grado otorgado a la

primera mujer abogada a mediados del siglo pasado fue todo un acontecimiento nacional. No es difícil adivinar entonces, cuál era la tendencia frente a la aplicación de normas hechas por hombres, aplicadas por hombres y para defender el “honor” y los valores de los hombres. El contraste entre los antecedentes romanos y la historia de Colombia en el siglo pasado muestra enorme similitud, dicho de otro modo, la pena de muerte aplicada a las esposas e hijas por sus maridos y padres, indica que la sociedad colombiana vivía como en Roma, y no precisamente con lo mejor de Roma sino con lo que llama a vergüenza. En este contexto, brutalmente simplificado, es donde deben analizarse las posibilidades de la lucha contra la violencia en la familia y la irrupción de los nuevos valores constitucionales. Comentarios similares pueden hacerse a las normas acerca del castigo moderado a los hijos.

Desde otra perspectiva, dentro del paradigma heredado del Código Civil Francés, hizo carrera la afirmación de que el Código de Napoleón se detenía ante las puertas de la alcoba. Semejante situación estaba signada por un respeto enorme al individualismo revolucionario y en el respeto al derecho a la intimidad. Aunque la familia, se decía, era el núcleo fundamental de la sociedad, lo público no asomaba en los intersticios del hogar, pues lo que allí sucediera pertenecía a los integrantes de la familia, como ya vimos, no pertenecía a la familia sino a la estructura del poder asentada en su seno, no es la intimidad de la familia sino la complicidad con esas estructuras de poder en el interior de ella.

No es extraño entonces que se popularizaran expresiones sintomáticas de un excesivo, y tal vez injustificado respeto por los territorios que correspondían al individuo y a la familia. Así, con toda naturalidad la gente usaba expresiones tales como “que la ropa sucia se lava en casa.” Si escrutamos el sentido de este tropo, ella podría darnos una idea del entorno cultural en que fue creada, de su génesis y de la función que estaba llamada a cumplir. También sería interesante reflexionar acerca de la vigencia de la expresión y los pocos cambios de uso y significado que puede haber tenido con el paso del tiempo.

La expresión “la ropa sucia se lava en casa” se puede mirar desde dos perspectivas, una desde la arista de quien la usa y otra a quien va dirigida. Así, puede ser usada como una admonición, en función típicamente preventiva, a fin de detener la revelación de una situación vergonzosa, o para evitar ser escarnecido mediante la revelación de datos o episodios que se consideran vedados a los demás. Expresada en un contexto específico, ella podría tomarse como un reclamo de prudencia. La misma expresión puede ser empleada como censura ante lo que se considera un traición, cosa que ocurre cuando quien la emite cree que se han hecho revelaciones que cierto código del silencio impone. La invocación de que la “ropa sucia se lava en casa” implica la existencia de códigos del silencio, y se emplea el plural para resaltar que cada modelo de familia, cada región o la personalidad dominante en la familia puede delinear a su antojo ciertos códigos, cuya severidad dependerá de las estructuras de poder que se mueven al interior de las familias, según sea su forma particular. Así, es de esperarse que haya tantos códigos del silencio como fuentes de poder haya en la familia y según las necesidades. Lo más relevante es que estos códigos son impuestos desde el poder y están a disposición de los miembros de la

familia de modo asimétrico, pues como acontece con otros instrumentos reguladores, sólo son usados por quienes pueden acompañarlos de la coerción suficiente para causar intimidación y daño. Dicho de otra manera, sólo quienes ejercen poder en la familia están interesados en la aplicación de los estrictos códigos del silencio por ellos impuestos.

Desde la temprana infancia se enseña que hay “ciertas cosas” que pertenecen a la intimidad del hogar y que revelarlas es un acto detestable de traición. Como en la delincuencia organizada, se invoca el honor y la familia como valores a defender y por los cuales vale la pena cualquier sacrificio individual. No obstante, con ello lo que se logra es identificar los intereses del individuo como si fueran de la familia toda, y a despertar una solidaridad mecánica que no distingue entre las agresiones internas y las externas, pues la solidez del clan se coloca artificiosamente como justificación última del sacrificio individual. Cuánto impacto produce en un niño la acusación de traicionar a su padre o a su hermano, por ejemplo; esa didáctica del silencio y la tolerancia es un contravalor de difícil erradicación.

Al volver los ojos sobre quienes expiden y aplican los códigos del silencio en la familia, ha de descartarse a quienes carecen de poder, pues el monopolio de la fuerza está directamente relacionado con la vigencia de los códigos, además el esquema se reproduce, pues los hermanos mayores imponen sus propios códigos de silencio y mal entendida solidaridad; esta coexistencia de normas de silencio deja a los menores en un ambiente de imposible manejo. Esos códigos de silencio en ocasiones son impuestos por extraños, familiares y amigos importantes para acallar violaciones, excesos y desmesuras.

Expresiones como la analizada creaban y crean un ambiente de complicidad en el hogar, propicio para el desarrollo de atentados a la integridad personal que quedan a resguardo de la injerencia del Estado, pues las víctimas estarían cohibidas de denunciar por temor a ser sindicados de traidores.

El cambio de paradigma en la Constitución significó, como ya se dijo, un nuevo modelo de demanda de justicia y por lo mismo que la jurisdicción irrumpiera en espacios que antes no cubría. La difusión de los derechos fundamentales y sus mecanismos de protección llevó la labor judicial por ejemplo a los juzgados, a los colegios, a los sindicatos, a los clubes y a la familia. Los jueces para atender la demanda de protección de los derechos fundamentales transformaron radicalmente el modelo de prestación de servicio. Todo esto podría catalogarse como la judicialización de la vida cotidiana y la sensación de presencia permanente del juez en la comunidad.

LA FAMILIA COMO SUJETO DE DERECHOS

La evolución del derecho de familia ha causado una conmoción en los conceptos tradicionales sobre la titularidad de los derechos, pues cabe la discusión, por ejemplo, sobre si la familia como tal es sujeto de derechos como entidad propia, con prescindencia de los derechos de sus miembros o como complemento de la personalidad jurídica de estos.

La Constitución establece que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, igualmente consagra (Art. 42) que la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Podemos decir entonces, sin duda alguna, que la familia sí es titular de derechos, pues no otra cosa se desprende de la inviolabilidad que se predica respecto de los derechos a la honra, la dignidad y la intimidad que a no dudarlo son derechos fundamentales. Esto explica entre otras cosas la inviolabilidad del domicilio, tomado este en principio como el refugio que sirve para el desarrollo de la familia.

DERECHO DE LA DISCAPACIDAD

1. Los Derechos fundamentales en una sociedad democrática.

Para asegurar la efectividad de aquellos valores que reconoce como esenciales, y que son fundantes de la cohesión social y la convivencia, la civilización occidental ha codificado los Derechos Humanos en normas de la mayor jerarquía de cada sistema jurídico¹⁰, es decir, se han establecido disposiciones de jerarquía constitucional con eficacia suficiente para que más allá de un enunciado formal, se logre garantizar y concretar aquellos valores programáticos que sirven de coordenadas a una sociedad que reconoce la diferencia, el conflicto y la diversidad como notas características.

A partir de ese postulado, se ha reconocido que estos valores han evolucionado en tres segmentos temporales; en la primera etapa, los movimientos sociales en distintas latitudes dieron lugar a la aparición de un modelo de organización estatal que aglutinaba poblaciones en territorios, alrededor de elementos de cohesión como intereses compartidos, valores, idiomas, historia, legislación, religión, etc. Tal es el caso de las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa, fruto de las cuales se promulgaron declaraciones fundantes que luego fueron puestas en cartas de derechos con énfasis en los derechos individuales o civiles y los de carácter político, que pretendían imponer límites claros al ejercicio del poder, por contraste con el régimen antiguo de monarquía feudal; en un segundo momento, se desplazó la preocupación por otra dimensión humana y la búsqueda migró a la concepción y formalización en instrumentos internacionales, de los derechos económicos, sociales y culturales, que suponen el ejercicio de derechos individuales con limitaciones que miran el contexto en que se reconocen y disfrutan, así como la instauración del Estado intervencionista. Finalmente, acumulados con los anteriores, emergieron los derechos de “*solidaridad*” que apuntan a preservación de la especie humana, dentro de los cuales se destacan la paz, el desarrollo, la libre autodeterminación, el medio ambiente, y el patrimonio común de la humanidad.

Esos presupuestos de formación y desarrollo del Estado y sus fines, repercuten directamente en el ámbito del Derecho, pues la interpretación de las instituciones jurídicas varía en la medida en que lo hace el contexto de aplicación de las normas, de manera que los derechos inherentes al ámbito privado, mantienen sus perfiles esenciales, pero la lectura de esas prerrogativas tiene que analizarse con el prisma de

10 ALEXY Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos* (Traduc. De Villar Borda). Universidad Externado de Colombia, 1995, pág 65.

los nuevos valores y concepciones de la Carta Política, pues como ha dicho la Corte, las normas constitucionales representan una *“directiva preferente”*, que clama cuidadosa atención de los funcionarios en las operaciones hermenéuticas *“imponiendo por lo tanto la selección, entre las varias alternativas hermenéuticas posibles de uno o varios preceptos frente a las particularidades de cada caso, aquella que mejor encaje con esos valores y principios constitucionales, regla esta que cobra todavía mayor significación cuando lo que está en juego es la vigencia de los que se denominan genéricamente derechos fundamentales y libertades públicas.*

“Así, pues, hoy no admite duda, con miras a la aplicación de la ley, que ésta debe estar en perfecta armonía con la Constitución Política, entendida esta última con una dimensión que trascienda el carácter jurídico formal, es decir que esa aplicación debe consultar la fuerza normativa del ordenamiento superior en punto a principios, derechos y garantías consagrados en ella; de manera que al hacerla actuar (la ley) el operador judicial sea consciente que es deber ineludible suyo el de garantizar la vigencia del orden jurídico justo, como lo reclama el propio preámbulo de la Carta; labor esa que, consecuentemente, lo llevará de paso a ser certero al hacer uso de los preceptos que le están subordinados.

“De manera que si la Constitución Política reclama en la actualidad una aplicación legal que consulte su valor normativo y no meramente organicista, y si constituye así mismo afirmación apodíctica la de que el orden legal debe estar en consonancia con la Constitución Política dado el sistema piramidal en el que se estructura el ordenamiento jurídico colombiano, cuando el juzgador aplica las normas sustanciales contenidas en la ley sin tomar las previsiones que se imponen para mantener la correspondencia entre ésta y la carta política, produce un dislocamiento del andamiaje jurídico en que se asienta el correspondiente derecho legal (Sent. Cas. Civ. de 16 de diciembre de 1997, Exp. N° 4837).

2. Derechos humanos de las minorías

A pesar de que el concepto clásico de democracia privilegia la decisión de las mayorías, la necesidad de mantener el equilibrio social impone que los derechos de las minorías estén debidamente garantizados, para contener la propensión a provocar el desaparecimiento de la divergencia ideológica, y de la diversidad étnica, económica, y en otros órdenes, que se juzga indispensable en camino de reconocer y respetar las diferencias de opinión, raza, sexo, filiación política, credo, etnia, lengua, ascendencia, opción sexual, o cualquiera otra condición que sea resultado del ejercicio legítimo de las libertades individuales, colectivas o representen expresiones culturales diferentes que permiten conservar y enriquecer los valores nacionales tradicionales.

Así, los derechos de las minorías se garantizan por el Estado que registra y *“protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”* (Art. 7° C.N.), a partir de los principios de dignidad humana y pluralismo, tópicos que dicen relación con formas de vida y conceptos del mundo divergentes respecto de la generalidad de los habitantes de un territorio.

Por la misma senda, es preciso otorgar reconocimiento jurídico a ciertas minorías que por razones naturales o accidentales tienen que afrontar la vida con elementos disminuidos en cuanto a los sentidos, la movilidad, o el discernimiento, carencias frente a las cuales el Estado debe adoptar medidas positivas que tiendan a mejorar las condiciones de los discapacitados en términos de integración a la sociedad y el ejercicio digno de sus derechos, so pena de que aquellos resulten excluidos por omisión y sus derechos conculcados, con clara violación de la segunda parte del artículo 13 de la Carta Política que impone al Estado la promoción y protección de *“las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellos se cometan”*.

3. Derechos humanos de las personas en especial estado de vulnerabilidad

Dentro del contexto social, el Derecho estima que algunos sujetos son dignos de protección especial, pues por distintas razones se considera que se encuentran en estado de vulnerabilidad y sus derechos son puestos por la objetividad de las desigualdades en situación de mayor riesgo de ser quebrantados. Así, la ley nacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia consideran como personas en situación de especial vulnerabilidad y necesitadas de mayor protección constitucional, a los adultos mayores de la tercera edad, a las personas discapacitadas, las mujeres cabeza de familia, la población desplazada y los niños.

En tales casos, las medidas tomadas a favor de los sujetos con alto grado de vulnerabilidad deben contener estrategias de una forma promocional de *“discriminación”*, aspectos de mejora sensible o trato diferenciado frente al resto de la población, estrategia que se justifica en la medida en que el mecanismo sea eficaz para compensar la merma de las condiciones objetivas de un segmento minoritario de ciudadanos y procurar una igualdad material a partir de la integración armónica de la sociedad.

4. Los derechos humanos del adulto mayor

Dentro de la población más sensible a que sus derechos sean desconocidos, se encuentra el adulto mayor, de especial consideración para el ordenamiento en la medida en que el paso del tiempo naturalmente apareja el deterioro mental del sujeto, situación que determina la necesidad de agudizar los mecanismos de amparo dispensados a tales personas que en el ocaso de su vida requieren una protección reforzada para conseguir el disfrute y respeto de sus derechos.

En el ámbito constitucional, se destacan dos normas de la Constitución que influyen de manera importante en el ordenamiento del tema; en primer lugar, el artículo 13 de la Carta Política que dispone: *“ Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

(...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. Asimismo se destaca el artículo 46 ibídem, que establece que “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”, normas que desde la base del ordenamiento jurídico surgen protectoras de los derechos de las personas de avanzada edad e intentan irradiar el contenido de otras disposiciones que las desarrollan con especificidad.

Además de la aludida protección constitucional, el legislador también se ha ocupado de fijar criterios para establecer la atención integral y amparo de los derechos del adulto mayor, en especial, en materia de salud, geriatría y gerontología, como se desprende de los postulados consagrados en la Ley 1276 de 2009, que consagró mecanismos de financiación de programas a favor de la tercera edad, mediante la autorización para emitir estampillas con el propósito de “contribuir a la construcción, instalación, adecuación, dotación, funcionamiento y desarrollo de programas de prevención y promoción de los Centros de Bienestar del Anciano y Centros de Vida para la Tercera Edad”, como establece el artículo 3° de la citada norma, todo para lograr la atención de los mayores de 60 años que pertenezcan a los niveles I y II del Sisbén. La norma mencionada subrogó la Ley 687 de 2001.

En la exposición de motivos de la Ley 1276, la Cámara de Representantes reconoció a los adultos mayores como población que debe recibir mayor protección, entre otros, porque en ellos concurren circunstancias de vulnerabilidad que se “agudizan dadas las dificultades para conseguir un ingreso, los problemas de salud, la escasa aceptación social y la falta de espacios propicios para su interacción social, distintos a los tradicionales ancianatos que no siempre son aceptados por la carga emocional que significan y por conducir a mayores niveles de marginalidad familiar y social. No obstante, el proyecto ley que estamos presentando, no niega la necesidad de los asilos o ancianatos, cuando las condiciones sociales de la persona no permitan su acceso a los centros vida por carecer de sitios en dónde pernoctar, sin prohibir el acceso de estas personas a los Centros Vida en la búsqueda de servicios integrales, durante el día

(...)

Para hacer frente de manera integral a este problema social que está golpeando a la sociedad colombiana, se propone la creación, dotación y puesta en marcha, en Colombia, de manera obligatoria, de los Centros Vida, que ofrezcan durante el día, un espacio propicio para el esparcimiento, rehabilitación, actividad física, cultural y recreativa de nuestros mayores.

(...)

Se conciben como espacios donde la tercera edad recibe durante el día, atención básica en alimentación, salud, incluyendo la promoción, la prevención, la consulta de medicina general, odontológica y la rehabilitación básica, además de orientación psicológica y psicosocial que le permita incrementar su nivel de bienestar y la calidad de vida que en esta etapa tiende a deteriorarse. También se incluyen las actividades lúdico-recreativas, deportivas y culturales, acordes con las condiciones de esta población; además del ocio productivo y el desarrollo de actividades que eventualmente les permitan conseguir ingresos. El acceso a internet será necesario en los Centros Vida, toda vez que a través de la Web se ofrece un valioso apoyo a las personas de la tercera edad, a través de comunidades virtuales que contribuyen a mejorar su calidad de vida”, todas razones legislativas útiles para orientar la interpretación de las disposiciones sobre los discapacitados.

5. La Ley 1306 de 2009, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Ley 1346 de 2009

La protección del discapacitado parte del mismo uso del lenguaje legal, pues la recién promulgada Ley 1306 de 2009¹¹ sustituyó la expresión “*demente*”, que otrora aparecía en el Código Civil y la legislación en general, por el de “*persona con discapacidad mental*”, cuya condición puede predicarse del sujeto que “*padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite (sic) comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio*”, modificación que desde la terminología pretende un trato digno al discapacitado¹² y carente de discriminaciones, tratamiento legal acorde con los compromisos internacionales asumidos por el Estado al suscribir el instrumento denominado¹³ “**Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**” de las Naciones Unidas, firmado el 13 de diciembre de 2006, cuyo texto total fue integrado a la legislación mediante la Ley 1346 de 2009, disposiciones que, entre otras, propugnan por la protección de la persona que sufre trastornos mentales de consideración.

Sobre la convención recién aludida y su influencia en el Derecho se debe resaltar que hay pasos importantes hacia la creación de un derecho de la discapacidad, lo que implica ver el fenómeno desde todas las perspectivas, incluida la acción positiva de los poderes públicos, en la búsqueda de propiciar la autonomía personal, la vida autónoma de las personas con discapacidad, sus derechos laborales, la accesibilidad universal, la discapacidad y la igualdad de género, la protección patrimonial, la responsabilidad social empresarial y, derecho internacional de la discapacidad. Se trata de dar poder a personas con discapacidad.

Discapacidad implica combatir toda forma de exclusión social, la búsqueda de mejoramiento de la calidad de vida de las personas con discapacidad, considerar la inmigración, el envejecimiento, así como la situación de otros grupos

11 *Diario Oficial* N° 47.371.

12 En el mismo sentido, la sentencia C- 1088 declaró inexecutable las expresiones “*si la locura fuere furiosa o si el loco...*” contenida en el artículo 548 del Código Civil.

13 En Especial el literal a. del artículo 3°.

desfavorecidos y en riesgo de exclusión social. Se busca una ciudadanía de hombres libres e iguales en una sociedad cada día más justa y solidaria.

Entre las varias formas de discapacidad se hallan las personas sumidas en el mundo del silencio, mundo de los sordos que no está conformado por limitaciones, sino por capacidades distintas. Igualmente personas en el mundo de las tinieblas, casos dramáticos todos pero nunca iguales a quienes extraviados se hallan en la penumbra de la sinrazón y en el silencio de la más radical incomunicación, como que no es posible siquiera una Constitución en **braille** para quienes padecen una disfunción mental severa, por lo insondable de sus lenguajes e indescifrable de sus códigos de vida, existencia en la penumbra a la que el derecho no puede ser ajeno, en particular cuando en la ancianidad la insania ataca quienes ayudaron a la creación de la familia, sociedad, el Estado y la riqueza y que, por tanto, merecen la solidaridad como valor fundante del programa constitucional.

También puede destacarse que el artículo 6º de la Ley 1306 impuso a la sociedad en general la protección del sujeto con discapacidad mental, aunque el ejercicio de la misma fue radicado específicamente en cabeza de sus familiares más cercanos y en las entidades especializadas del Estado, las cuales tienen el deber de asegurar para el discapacitado *“un nivel de vida adecuado, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda apropiados y a la mejora continua de sus condiciones de vida y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad”*, todo en la búsqueda de que, tanto los protectores designados por el juez como cualquier persona, puedan acudir en defensa del discapacitado a través de la acción de tutela, como lo prevé el artículo 14 de la misma ley.

La citada norma asignó al Instituto de Bienestar Familiar, a través de los defensores de familia, la protección especial al discapacitado mental absoluto, para lo cual dispuso que, en lo pertinente, este organismo podría hacer uso de los procedimientos y medidas de todo orden, similares a las previstas en la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), con el mismo propósito protector.

Existen otras medidas de protección dirigidas a garantizar los derechos del sujeto con discapacidad mental absoluta, previstas por la Ley 1306, en el aspecto patrimonial, como la designación de una entidad financiera como administrador fiduciario, si el patrimonio del discapacitado mental absoluto supera los 500 salarios mínimos mensuales o el juez lo estima necesario (artículo 57); en el aspecto personal, existe la posibilidad de nombramiento de consejeros para la persona con discapacidad mental relativa, que actúa como guía, asiste a aquel y complementa su capacidad en los actos objeto de inhabilidad; también la ley aludida pretende la protección del derecho de locomoción del discapacitado, a través de un régimen que reconoce el internamiento únicamente como mecanismo transitorio, siempre que se derive de la conducta del afectado y la necesidad de orden judicial para los casos distintos a urgencia psiquiátrica debidamente acreditada (Arts. 20 a 24 *ibídem*); además se dispensa a los discapacitados de cumplir con *“los deberes cívicos, políticos, militares o religiosos cuando quiera que ellos puedan afectar su*

salud o agravar su situación”, según el inciso final del artículo 12 *ibídem*, todo lo cual señala con nitidez que la legislación encamina los esfuerzos estatales a la protección del incapaz e intenta por distintos medios la garantía de sus derechos y busca la rehabilitación de sus padecimientos.

La capacidad permite al hombre ejercer autonomía sobre sus actos y sus bienes, en este último caso de tamaña importancia para el sujeto; no se pierda de vista que *“disponer libremente de los bienes es algo inmanente a la personalidad, lo que más consulta con la naturaleza del hombre”* (Sent. Cas. Civ. de 30 de enero de 2006, Exp. N° 1995-29402), por supuesto que la reducción de aquella por causa de la interdicción, restringe sensiblemente esas aptitudes para autodeterminarse.

Por otro lado, nótese que para lograr el decreto de interdicción judicial resulta indispensable ahora la aducción de la prueba calificada del dictamen pericial, realizado por un *“equipo interdisciplinario”*, que deberá precisar *“la naturaleza de la enfermedad, su posible etiología y evolución, las recomendaciones de manejo y tratamiento y las condiciones de actuación o roles de desempeño del individuo”* según determina el artículo 28 de la Ley 1306 de 2009. Nótese que desde siempre ha sido imprescindible la presencia de la prueba pericial para que la capacidad general presunta de todo ser humano pueda hacer una pausa, en beneficio de sus propios derechos, pues no es casualidad que dentro de los procesos de interdicción por demencia se acredite la enfermedad mental sobre una base científica, de manera que por esta vía se acredite, sin lugar a dudas, que *“ha habido una perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad”* (G.J. T. XLIII, 799)

Por eso resulta coherente que en ese escenario legal que reconoce la capacidad del sujeto y que restringe la incapacidad a casos excepcionales debidamente comprobados, existan claros mecanismos para que el incapaz retorne a la aptitud jurídica, pues aunque el decreto de interdicción cercena radicalmente la validez de los actos celebrados por las personas con discapacidad mental absoluta, ellos pueden pretender su rehabilitación para conseguir nuevamente el ejercicio pleno de las facultades inherentes a la autonomía privada y al libre desarrollo de la personalidad.

En épocas anteriores a la vigencia de la Ley 1306, la jurisprudencia reconoció la finalidad protectora de las normas sobre incapacidad, así como las que rigen el trámite de interdicción, pues *“con el propósito primordial de proteger al enfermo, en estas actuaciones se persigue desvirtuar la presunción legal de capacidad que consagra el artículo 1503 del Código Civil, para todas las personas, el dictamen pericial - que presupone y exige que los peritos examinen conjuntamente al paciente y el estado en que éste se encuentra (Art. 237 numeral 2° de C. de P.C.) es prueba que debe practicarse forzosamente, en tales procesos, sin que pueda ser suplida por ninguna otra. Es pues, dicha prueba, legalmente surtida y debidamente apreciada, la única legalmente eficaz para demostrar la demencia de la persona sobre que versa el proceso de interdicción; es precisamente la prueba necesaria a que se refiere el segundo inciso del artículo 233 del Código de Procedimiento Civil.*

Así lo disponen claramente los artículos 549 del Código Civil y 659, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil” (Sent. Cas. Civ. de 25 de mayo de 1976 G.J. t. CLII, pág. 271).

En punto a la representación del discapacitado mental, el artículo 26 de la Ley 1306 estableció que la declaración de interdicción provocada con anterioridad a la mayoría de edad, aparece como consecuencia, la prórroga legal de la patria potestad de los padres en el ejercicio de la representación legal del interdicto. En el caso de que se trate de persona no sometida a la patria potestad, el artículo 52 *ibidem* dispone la designación de un curador que “*tendrá a su cargo el cuidado de la persona y la administración de sus bienes*”. Tanto la prórroga de la patria potestad, como el nombramiento de representante también constituyen medidas de protección encaminadas al reconocimiento jurídico del discapacitado y a dotarlo de instrumentos para que desarrolle sus derechos, pues como establece el artículo 25 de la Ley 1306, la interdicción “*es también una medida de restablecimiento de los derechos del discapacitado*”.

En fin, existe un sistema armónico de protección al discapacitado mental que pasa por el reconocimiento de la dignidad humana, la proscripción de los actos de discriminación derivada de la discapacidad, la asignación de protectores y representantes, en este último caso, mediante el proceso de interdicción con la prueba pericial adecuada, así como el respeto a la libertad de locomoción, y el derecho a la rehabilitación del decreto de interdicción, todo lo cual apunta a que la condición jurídica de discapacidad mental procura la protección del sujeto que la sufre y por todos los medios busca normalizar la situación de manera que se garanticen los derechos de aquél.

6. Presunción de capacidad

La capacidad de ejercicio de un individuo, según el artículo 1502 del Código Civil, es la “*facultad de obligarse sin el ministerio o autorización de otra*”, condición que constituye la regla general, de conformidad con lo previsto en el artículo 1503 *ibidem*, presunción que percute en diferentes ámbitos de relaciones jurídicas de manera que el mismo régimen *mutatis mutandi* de incapacidades que aplica para los actos en general, debe gobernar el proceso, porque ninguna justificación existiría para convertir el inicio del trámite judicial en el lugar o el camino subrepticio para despojar, en breve, a los particulares de los atributos que conceden las normas que consagran la capacidad general, cuyo ámbito de aplicación es universal.

En otras palabras, no puede predicarse incapacidad de un sujeto sólo dentro de un proceso, mientras por fuera de él se mantiene la presunción de capacidad que las normas generales le reconocen, lo que acontece si se acude al artículo 45 del C.P.C., sin parar mientes en que tal norma se aplica, si previamente se ha decretado la interdicción provisional o definitiva.

Los conceptos de capacidad de goce y ejercicio se proyectan en el ámbito del proceso como capacidad para ser parte y capacidad procesal, respectivamente,

siendo que la primera de ellas, “consiste en la capacidad para ser sujeto de una relación procesal, corresponde a las personas naturales o jurídicas; la capacidad para comparecer en juicio, que se traduce en la aptitud para ejecutar y recibir con eficacia todos los actos procesales, se identifica con la capacidad legal del derecho civil, y como tal sólo la tienen las personas que sean legalmente capaces.

'Así como la capacidad sustancial que en general tiene toda persona no implica su habilidad para usar de ella en forma personal y libre, así también su capacidad para ser parte en un proceso no implica que siempre pueda intervenir en el juicio de manera personal y directa. Pero aquí como allá imperan los mismos principios generales: es capaz para comparecer en juicio toda persona que la ley no haya declarado incapaz: y quienes sean incapaces procesalmente, comparecen en juicio por intermedio de sus representantes legales (Arts. 230 y 240 C. J., hoy 44 C.P.C.)' (Cas. Civ. 5 de febrero de 1971 T. CXXXVIII, págs. 87 a 89)” (Sent. Cas Civ de 14 de agosto de 1995, Exp. N° 4176)¹⁴. Por consiguiente, “toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso' (...) la natural puede comparecer por sí al proceso cuando no ha sido declarada incapaz conforme a la ley, pues si lo fue, debe hacerlo por conducto de su representante, o con autorización de éste” (Sent. Cas. Civ. de 8 de agosto de 2001, Exp. N° 5814).

El acto de comparecer a un proceso implica un compromiso tal que “requiere capacidad especial, tanto para el demandante como para el demandado o para los intervinientes. De ahí que no toda persona que tenga capacidad para ser parte de una relación procesal pueda intervenir en ella por sí misma; la capacidad procesal es la aptitud para realizar actos procesales con eficacia jurídica en nombre propio” (G.J. T. CLXVI, pág. 547).

Los anteriores precedentes permiten inferir que dentro del proceso civil la presunción legal de capacidad debe ser cabalmente desvirtuada para que pueda accederse al régimen excepcional de las incapacidades, con los efectos que se derivan del mismo, entre ellos, el conocimiento preciso sobre el representante del incapaz, para que aquél acuda al trámite, en defensa y protección de los derechos del este, todo para que el proceso tenga plena validez.

Como ya se dijo, la regla general es la capacidad, aun de ejercicio, y la incapacidad es la excepción, como expone el Profesor Claro Solar, para quien “la capacidad es la regla de derecho común: cada persona debe ser presumida capaz de administrar sus bienes; y la protección de la ley no debe existir sino respecto de aquéllas que están en un estado de inferioridad con relación a las demás personas” (Claro Solar Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado Tomo XI, de las Obligaciones, Imprenta Nascimento, Santiago, 1937, pág. 25).

Luego si el sujeto de derecho es convocado al proceso, en principio, ninguna circunstancia simplemente sumaria podría permitir escapar a la aplicación de la presunción general de capacidad y al ejercicio de esta, porque según la Corte, “las actuaciones en la vida civil de las personas legalmente capaces que no han sido

¹⁴ G.J. t. CCXXXI, pág. 254.

declaradas en interdicción judicial por insanidad de juicio, están amparadas por la referida presunción legal y en tal virtud son válidas, mientras no se declare judicialmente lo contrario. Para este efecto será necesaria la plena prueba de que la persona que los celebró padecía 'entonces' una grave anomalía psíquica" (Sent. Cas. Civ. de 25 de mayo de 1976, G.J. T. CLII, pág. 169, reiterada en Sent. Cas. Civ. de 13 de julio de 2005, Exp. N° 988201). Desde luego que si una persona es citada a la controversia judicial, su comparecencia personal sólo podría excluirse en la medida en que exista una orden judicial que restrinja la capacidad de ejercicio del sujeto, de manera que proceda el nombramiento de un representante, mediante el cual asistirá válidamente al proceso.

En desarrollo de la misma línea de pensamiento, al particular no podría ser privado de la capacidad procesal simplemente a partir de aportar una prueba incipiente de su menguada condición mental, pues en medio del asunto se encuentra en entredicho uno de los atributos de la personalidad, cuyo decaimiento de ninguna manera puede tener un tratamiento tan ligero e improvisado.

Para corroborar la dimensión del tema, es necesario acudir al régimen general que contempla los mecanismos de protección para el discapacitado mental, la exigencia de una prueba calificada para privar al sujeto de sus facultades jurídicas; además, después de decretar la interdicción prevé mecanismos para que el incapaz sea rehabilitado.

7. Conclusiones preliminares sobre el tema de las discapacidades

Las consideraciones expuestas hasta el momento hacen visible que a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, la mirada e interpretación de las normas sobre la discapacidad ocupan un espacio más relevante, en la medida en que deben mirarse en conjunto con otras áreas de la población cuyos derechos están en mayor riesgo de ser vulnerados, para que tales disposiciones sean vistas con amplitud de perspectiva y logren su cometido protector a favor de sujeto que enfrenta la vida en circunstancias de mayor dificultad que el resto de los conciudadanos.

También debe inferirse que la presunción de capacidad se traduce al ámbito del proceso, de manera que al sujeto procesal debe reconocérsele su condición plena, salvo que concurran en él los estrictos eventos en que aquella presunción ha decaído.

Desde luego que siendo todo ello así, como en efecto lo es, la interpretación del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil no implica que en el umbral del proceso se resuelva, sin rigor alguno y sin derecho de contradicción, sobre la capacidad del sujeto convocado al proceso como demandado, si se tiene en cuenta que fuera del proceso la condición de incapacidad debe demostrarse sólidamente y mientras ello no ocurra, subsistirá la presunción de capacidad, la validez de sus actos jurídicos, como lo prevé el artículo 553 del Código Civil y, por tanto, la posibilidad de que pueda enfrentar el proceso de manera directa, hasta que sea establecido por la vía judicial adecuada, la incapacidad provisoria o definitiva del incapaz demandado, para luego

proceder a notificar al representante legal para que este defienda los derechos del discapacitado dentro de la controversia.

8. Panorama general del caso

El planteamiento del censor se fundamenta en que el demandado estuvo indebidamente representado por el curador *ad litem* designado por el despacho, pues debió demostrar primero, la decisión judicial que decretara la interdicción, provisoria o definitiva, además que el desempeño descuidado del cargo por parte del auxiliar, implicó el desconocimiento del derecho de defensa del demandado.

La nulidad propuesta será acogida por la Corte, en tanto la interpretación del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil hecha en el proceso, señala que el trámite previsto en el numeral 2 para nombrar curador *ad litem* del demandado incapaz, tiene cabida únicamente en la medida en que previamente se encuentre descartada o desvirtuada la presunción de capacidad del sujeto convocado al proceso, pues todas las personas gozan de capacidad, derecho inherente al ser humano que no puede ser desconocido con el simple expediente de aportar un examen médico que reconoce una dolencia mental.

9. El origen constitucional de las nulidades y desarrollo legal

El artículo 29 de la Constitución Política consagra que toda persona tiene derecho a un debido proceso, valor que garantiza la vigencia de límites en el ejercicio del poder por parte de la autoridad, para dejar al ciudadano a resguardo de abusos y desmesuras, lo cual se logra siguiendo en todo caso *“la plenitud de las formas propias de cada juicio”*, tal como ellas han sido dispuestas por el legislador.

Las nulidades procesales estructuran un importante mecanismo de protección, instituido para restablecer el derecho al debido proceso, pues el propósito de ellas es *“amparar los intereses de las partes para que no sean objeto de arbitrariedades con actuaciones desarrolladas ignorando las ritualidades que reglan la conducta de los sujetos que intervienen en el proceso”* (CCLII, Pág. 128). Así, el legislador en el numeral 7 del artículo 140 del C.P.C. elevó a causal de nulidad los casos en que *“es indebida la representación de las partes”*, al tiempo que en el numeral 5 del artículo 368 del mismo estatuto, se prevé tal circunstancia como motivo para acudir en casación por *“Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubieren saneado”*.

En los casos de indebida representación del demandado, la jurisprudencia enseña que existe menoscabo del debido proceso, pues quien *“no ha tenido una representación legítima no ha estado a derecho en el proceso al cual fue vinculado como parte”*.

“Tal irregularidad, cuando de personas naturales se trata, tiene ocurrencia en aquellos eventos en que un sujeto legalmente incapaz actúa en el proceso por sí mismo, y no por conducto de su representante legal, o cuando obra en su nombre un representante ilegítimo” (Sent. de Rev. de 11 de agosto de 1997 Exp. N° 5572)

De igual modo, la consagración legal de la causal de nulidad por indebida representación de las partes, “*se refiere de manera exclusiva a la ilegitimidad de las partes en el proceso (ilegitimatio ad processum); tutela, cual lo ha expresado la Corte, 'el derecho individual de defensa, asegurando (...) la capacidad legal o de ejercicio y la debida representación de los sujetos entre quienes se ata la relación jurídico procesal' (CXXIX, 26), a propósito de lo cual señaló así mismo la Corporación que su razón de ser estriba 'en la garantía constitucional que tiene la persona de utilizar todos los mecanismos o prerrogativas que le ha conferido la ley para hacer valer sus derechos. Es entonces, en últimas, el derecho de defensa, cuando se encuentra menospreciado o transgredido, el que faculta a la parte afectada para solicitar la nulidad de la actuación cumplida sin sujeción a tal principio supralegal' (Sent. de mayo 12 de 1977)” (Sent. Cas. Civ. de 19 de febrero de 2001, Exp. N° 5915).*

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

En un mundo globalizado la tendencia es a la libre circulación de bienes, servicios y aunque en menor medida por razones políticas, la circulación de personas. La migración es una tendencia humana, la presencia de rasgos comunes de ADN de individuos del Cáucaso en Norteamérica, fortalece la idea de que el ser humano migra. Por lo demás, la migración en función de la subsistencia o de un mejor modo de vida obedece al simple instinto de conservación. La migración animal muestra que la búsqueda de condiciones propicias de subsistencia es un asunto instintivo, que políticamente es irrefrenable. Mueren todos los días ciudadanos africanos que cruzan en pateras desde Ceuta y Melilla, África, al continente europeo, mueren cotidianamente balseros haitianos y cubanos, el tráfico de personas trata de ser controlado por convenciones y tratados, ciudadanos chinos se unen a los suramericanos en la epopeya de búsqueda del sueño americano cruzando “el hueco”; caído el ominoso muro de Berlín, Estados Unidos e Israel levantan muros para detener la migración de personas, y la xenofobia se convierte peligrosamente en bandera política hasta en las sociedades más liberales. Este recuento se hace para significar que la epopeya de la migración en procura de mejores condiciones y oportunidades puede aparejar la fragmentación de la familia.

La restitución internacional de menores está regulada en Colombia por el Convenio Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980¹⁵, y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, celebrada en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989, y convertida en legislación interna por medio de la Ley 880 de 2004.

Como muestran las reglas del convenio, su objeto esencial y prioritario es la restitución inmediata del menor. En el mismo sentido la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo, trata de la pronta restitución de los menores. La urgencia es de tal magnitud que en el ordenamiento nacional se expidió la ley 1008 de 23 de enero de 2006, por la cual se

15 Adoptado como legislación interna por la ley 173 de 1994, Ley declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia de 7 de septiembre de 1995.

estableció un proceso sumario al efecto y se adscribió la controversia a los jueces de familia y en su defecto a los jueces civiles o promiscuos municipales, todo lo cual está plenamente de acuerdo con lo mandado en el Art. 2° del Convenio de La Haya que impone a los países signatarios “*recurrir a sus procedimientos de urgencia”*. (Subrayado no original)

La urgencia se explica por varios motivos. El primero de ellos porque se reconoce que se ha roto una situación original de estabilidad en la relación de tenencia y cuidado. El restablecimiento del *statu quo* anterior al desplazamiento, induce volver al momento inicial en que se desarrollaban las relaciones familiares, de cuando el niño se halla inmerso en el mundo de sus amigos, de su espacio educativo, de sus parientes; es decir que identifica lugares, personas y cosas como el entorno natural en el que discurre su vida. Esa situación de estabilidad es quebrada por los hechos, cuando uno de los padres de manera ilícita desplaza al niño fuera del país o impide su regreso, sin que medie consentimiento del otro o una decisión judicial que autorice de manera transitoria o definitiva ese desplazamiento.

En ese momento inicial en que se produce el arrancamiento del menor de su espacio habitual, hay todo un entramado de relaciones familiares que merecen respeto. Así el padre o la persona que produce el desplazamiento ilícito, priva al otro padre de la custodia que ejerce, sea esta individual o conjunta, e igual acontece cuando ese derecho de guarda lo ejerce una institución. No hay razón para tolerar que uno de los padres prive al otro del ejercicio de la custodia y cuidado personal, recurriendo a las vías de hecho y en ello reside la “ilicitud” que en este caso no atañe a la comisión de algún ilícito.

El padre que produce la ruptura del estado inicial en que se desarrollan las relaciones familiares, también quiebra las reglas de competencia y de jurisdicción. Así, bien es sabido que el domicilio de los niños es el domicilio de sus padres, y que si ellos tienen conformado un hogar en un territorio, las leyes que regulan esas relaciones familiares son las de ese país. Entonces, la restitución inmediata y urgente busca garantizar que el juzgamiento sobre la custodia y cuidado personal del niño se haga conforme a las leyes y ante la jurisdicción del país en que tenía domicilio su familia al momento del rompimiento por los hechos del *statu quo* inicial.

El Convenio de La Haya establece en el artículo. 3° que el derecho de guarda puede resultar de pleno derecho por ministerio de la ley, de modo que debe presumirse que la guarda es ejercida por el padre víctima de la privación; tanto es así, que la restitución internacional no sería concedida si es que el padre solicitante no ejercía el derecho de guarda de modo indirecto o conjunto. En síntesis, con el traslado o retención ilícitas no sólo se quebranta la estabilidad emocional, familiar y social del niño, sino que se crea una situación en la cual el raptor con su acto elige la jurisdicción y la normatividad que no le conviene, sujetando al padre víctima del despojo a plantear el reclamo de custodia en un país diferente y con una legislación distinta a la que gobernaba las relaciones de familia en el momento en que se produce el raptó. El sistema que adopta el tratado intenta evitar que se premie la avilantez de uno de los padres que mediante un acto inconsulto, ilícito y clandestino

priva al otro padre de sus derechos. Los actos ilícitos no pueden crear derechos. No sobra añadir que la clandestinidad del acto viene del ocultamiento que se hace al otro padre, bien del traslado o bien de la intención no revelada del no retorno.

Además de lo anterior obsérvese que la restitución inmediata y urgente del menor tiende a evitar que como fruto del traslado ilegal, con el paso del tiempo pueda crearse un nuevo entramado de relaciones del menor con alguna otra rama de su familia antes desconocida o no habitual, que haga nuevos amigos, en suma, que se inscriba de tal modo en el nuevo escenario, que ante esa situación creada después los jueces que deban resolver sobre el derecho de guarda se vean forzados a reconocerle, como un impedimento para romper una situación consolidada, posiblemente estable, armoniosa y edificante para el menor, pero contaminada en su fuente con un proceder ilícito. Es de considerar entonces que la restitución inmediata y urgente busca evitar que se consolide un nuevo *statu quo*, y que por la adaptabilidad del menor esa nueva situación pueda servir de impedimento para que el juez altere el nuevo estado, pues de hacerlo podría causar perjuicio al menor. La restitución inmediata (Art. 1° del Convenio) y urgente (Art. 2°), guarda consonancia con la imposibilidad de que las autoridades judiciales del país a donde ha sido trasladado ilícitamente el menor resuelvan sobre el derecho de guarda, como nítidamente lo establece el artículo 16 del Convenio.

Síguese de ello que las autoridades del país requerido no pueden resolver sobre el derecho de custodia, hasta tanto no se decida el tema de la restitución internacional del menor, lo cual señala que el proceso por el cual se dispone la restitución internacional de los menores no puede convertirse de manera directa o indirecta en un juzgamiento sobre lo que más le conviene al niño, ni en un sustituto del debate del derecho de guarda, cosa que acontece si se diese excesivo valor o se prolongara indefinidamente la investigación interna, en el caso colombiano por el ICBF.

CAUSALES QUE IMPIDEN LA RESTITUCIÓN INMEDIATA

Carencia del derecho de guarda en el solicitante

El artículo 13 del Convenio dispensa a las autoridades del país requerido de ordenar el regreso, sí es que el padre que vive en el país requirente no ejercía la guarda. Naturalmente que si el padre o la institución no ejercían el derecho de guarda en el momento inicial en que se produjo el traslado, este deja de ser ilícito y por lo mismo no se aplica el Convenio.

Peligro del menor al regreso

En ocasiones de lo que se trata es de una situación de grave riesgo al retorno como impediendo de la orden de restitución. No obstante que es posible y conveniente hacer algunas indagaciones al respecto, debe considerarse que el mandato de regreso al país de origen no implica necesariamente el retorno al mismo techo del padre, o de la institución en la cual de modo aparente se cierne un peligro, pues nada impide que en

el país requirente se tomen las medidas necesarias y urgentes para conjurar el peligro que pueda afectar al menor, incluida la intervención de las autoridades consulares y diplomáticas del país requerido o el de la nacionalidad del menor.

Lo que no parece conveniente es sugerir que el simple regreso al que era país huésped, implique un peligro para el menor, pues podría leerse como que la legislación de allí carece de instrumentos de protección al menor y que sus autoridades no protegen a los niños contra el peligro que sobre ellos se cierne por obra de uno de sus padres. La inserción en el mundo de los tratados y en el derecho internacional, supone la confianza en los instrumentos jurídicos, y en que los países signatarios son naciones civilizadas, con jueces y legislaciones que obligan a la protección de los menores contra el peligro. Si las autoridades judiciales del país requerido niegan la restitución pretextando peligro institucional en el país que era huésped antes del traslado ilícito, ello acarrearía una lectura inconveniente, según la cual el peligro vendría de someter la decisión de custodia a las autoridades judiciales extranjeras, lo cual no sería compatible con los fines del tratado, pues descalificaría de un tajo a otras naciones como idóneas para juzgar sobre la custodia.

CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Restitución internacional de menores. Artículo 112.

Procedimiento para la restitución internacional de los menores

Ley 1008 de 23 de enero de 2006

Ámbito de aplicación: Para todos los compromisos internacionales en Colombia relativos a los principios, derechos y libertades de los niños, adolescentes.

La ley también se aplica a las familias.

La fase administrativa

Le corresponde al ICBF, que según los diversos tratados es la denominada "autoridad central", órgano administrativo que hace de interlocutor nacional de los órganos administrativos pares en los países requirentes.

La fase judicial

Al Juzgado de Familia, y en su defecto a los Juzgados Civiles y Promiscuos Municipales. Las funciones que la ley crea son prevalentes y sus trámites deben ser rápidos, lo cual se compadece con la urgencia necesaria, si de restitución internacional de menores se trata.

Tipología de proceso

Verbal sumario en dos instancias.

Respeto a la especificidad de otros procedimientos

Si hay otros procedimientos específicos para un asunto internacional de menores y familia, esta ley no se aplica.

Minoridad

En este tipo de controversias la minoría de edad se fija en 16 años. (Art. 2° de la Convención Interamericana de Montevideo y Art. 4° del Convenio de la Haya.)

Artículo 137. Restitución internacional de niños, las niñas o los adolescentes.

Con el informe del Defensor de Familia sobre el desacuerdo para la restitución internacional del niño, niña o adolescente, el juez de familia iniciará el proceso.

El Defensor de Familia intervendrá en representación del interés del niño o adolescente retenido ilícitamente, sin perjuicio de la actuación del apoderado de la parte interesada.

LOS NUEVOS RUMBOS DEL DERECHO DE FAMILIA

Las nuevas rutas del derecho de familia podrían ser las siguientes:

- Por qué el juez de familia.
- El perfil del juez de familia.
- Poderes del juez.
- Responsabilidad del juez.
- El poder cautelar del juez en materia de familia.
- La urgencia manifiesta.
- Violencia familiar, familias migrantes, derechos de los migrantes,
- Ancianidad, niñez y adolescencia.
- Discapacidad.
- Género
- Tratamiento de victimarios.
- Derecho de las víctimas en la familia, indisponibilidad.
- Suicidio y familia.
- Uxoricidio.
- Concepto de familia.
- El derecho a la intimidad como espacio de complicidad e impunidad, lo público y lo privado, una frontera difusa.
- Adopción y violencia
- Otras contingencias procesales
- Derecho a la identidad sexual.
- Derechos sexuales y reproductivos.
- Inseminación artificial, fecundación "in vitro", adopción.
- Derecho de Familia e interdisciplinar.
- Distintas formas de organización familiar.
- Cuestiones de bioética y Derecho de Familia.
- Una intersección Derecho de Familia y Derecho Penal
- La prueba en los juicios de familia.
- Las personas con discapacidades
- Sus derechos
- Salud mental y derecho en la sociedad actual

- Personas con sufrimiento mental.
- Derechos fundamentales del paciente.
- Derechos fundamentales del paciente terminal.
- La discapacidad mental en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
- Sistema supranacional.
- Ámbito Colombiano.
- Coerción en el tratamiento de los pacientes mentales y la ley.
- Internación psiquiátrica.
- Del hospicio a la comunidad.
- Aspectos jurídicos de la reforma psiquiátrica
- Los derechos específicos de los pacientes mentales.
- Los profesionales de la salud mental como responsables jurídicos.
- La práctica psicoanalítica.
- Profesionales de la salud y pacientes: sus relaciones jurídicas.
- Paciente mental víctima de sí mismo.
- Deber de seguridad y responsabilidades.
- El suicidio: responsabilidades, profesionales e instituciones.
- Daños a terceros.
- Daños sufridos durante la internación psiquiátrica institucional, responsabilidad del Estado.
- Decisiones, consultas y consentimiento informado.
- El deber informativo, el consentimiento y la responsabilidad civil.
- Protección de la intimidad y deber de confidencia.
- El secreto profesional.
- Los pacientes mentales como consumidores: la ingesta de fármacos.
- Los pacientes mentales como consumidores de productos, manejo y facilidades. Información.
- Carga de información y responsabilidad civil del productor.
- Responsabilidad por daños derivados del divorcio.
- La acción de daños derivados de la violencia y el divorcio.
- Responsabilidad por falta de reconocimiento de hijo.
- Responsabilidad por frustración de las expectativas, ruptura intempestiva. Muerte, solidaridad y restitución de gastos de última enfermedad.
- Acciones de los hijos contra los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural.
- Acciones de los hijos contra los padres por daños a la salud de los hijos en la reproducción humana asistida.
- Daños entre cónyuges y entre padres e hijos
- Responsabilidad por la privación de la presencia de uno de los padres. Responsabilidad del Estado.
- Responsabilidad por frustración de la maternidad y de la paternidad, entre cónyuges y respecto de terceros.
- Evolución de la consideración de la homosexualidad
- Denominación, concepto y caracteres.
- Los homosexuales, las uniones homosexuales y la familia.