

LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Estimación Legal y Jurisprudencial

Alcides Morales Acacio¹³⁰

RESUMEN

El presente trabajo pretende mostrar a partir de la evolución legal, constitucional y jurisprudencial de la familia en Colombia, la relevancia constitucional que esta institución de la sociedad Constitucional adquiere con la Carta de 1991 y antes, con el Código Civil sancionado con la Ley 84 de 26 de mayo de 1873, artículo 874,

¹³⁰ MORALES ACACIO, Alcides. (2006), Lecciones de Derecho de Familia. 2° edición, Págs. 18–33, 60–68 Editorial Leyer–Bogotá; Constitución Política Nacional Arts. 1, 5, 13, 15, 28, 33, 42, 43, 46, 67, 68, 126, 179, 267, 292; Pérez Villa, Jorge (1996), Constitución Política de Colombia, Segunda edición. Págs. 18, 58, 59, 74, 75, 91 y 104. Editorial Leyer–Bogotá; Pérez Villa, Jorge (1996), Los Derechos en Colombia derechos fundamentales civiles y políticos, Págs., 38, 40 y 41. Editorial Leyer–Bogotá; Uribe Vargas, Diego (1985), La Constitución de Colombia Volumen II. Pág. 59. Ediciones Cultura Hispana, Instituto de Cooperación Iberoamericana. Madrid; Sentencia Corte Constitucional T- 002, citada en: Arenas Salazar Jorge (1993), La acción de tutela una acción humanitaria. Pág. 87. 2° Edición. Edición Doctrina y Ley. Bogotá; García Sarmiento, Eduardo (1992), La Familia, el menor y la tercera edad en la Constitución, págs. 21, 25, 8, 11, 12, 13, 29–35. Fascículo Nº 5, 1° Edición, Editorial librería El Foro de la Justicia. Bogotá; Gaitán Bohórquez, Julio Cesar (1996), Los Derechos fundamentales Objeto jurídico tutelar. Págs. 66 - 70, 77, 326 y 327. Defensoría del Pueblo, Dirección Jurídica.

¹³¹ Profesor de Derecho de Familia tanto pregrado como en postrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Cartagena; Ex Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena. Es autor de distintos libros en relación al Derecho de Familia en Colombia; ha sido invitado como conferencista a diferentes Universidades nacionales a paneles y eventos de Derecho de Familia. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

señalando cual ha sido el tratamiento dado por la jurisprudencia constitucional destinado a su protección y los alcances de las mismas al interior del ordenamiento jurídico Colombiano. Concluyendo la evolución con aproximación sistemática y jurisprudencial a los derechos fundamentales directamente vinculados con la Familia y en este entendido los diferentes elementos constitutivos de su protección constitucional.

PALABRAS CLAVES

Familia, Constitución, Derechos Fundamentales, Matrimonio, Derechos del Menor, Cónyuge, Compañero (a) Permanente, Estado Social de Derecho.

ABSTRACT

The present work intends to evidence as from legal and jurisprudence evolution of the family in Colombia, the constitutional relevance that this institution of the society incurs in with 1991 Letter, indicating as the given treatment has been constitutional jurisprudence destined to its protection and reach them of the same to the inside of juridical Colombian organizing. Concluding the aforementioned evolution with systematic and approximation based on previous court resolutions to the fundamental rights directly linked with the Family and in this understood different constitutive elements of his constitutional protection.

KEY WORD

Family, Constitution, Fundamental Rights, Marriage, Minor's Rights, Consort, Permanent Companion, Social State of Law.

Fecha de Recepción: Febrero 8/2010

Fecha de Aceptación: Abril 5/2010

I. DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA FAMILIA COMO NÚCLEO FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD

1. ANTES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

La historia Constitucional nuestra comienza desde la Constitución del Estado libre e independiente del Socorro, suscrita el 15 de agosto de 1810, la primera Constitución, hasta la de 1886, poco o nada se había establecido para regular la familia, en sí, como célula social básica en el desarrollo de la sociedad y de la Nación o del Estado; no obstante, en la Constitución de 1886 de forma tangencial se aludía a ella solo en dos artículos del Título II que reglamentaba los derechos civiles y las garantías individuales, eran los artículos: 23, “*nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido o prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente(...)*” y 50, “*...las leyes determinarán lo relativo al estado civil y consiguientes derechos y deberes. Así como podrán establecer el patrimonio inalienable e inembargable*” (Art. 18 del acto legislativo Nº 1 de 1936); pero no se precisa ni define lo que era la institución. La ley, el Código Civil, sancionado por la Ley 84 de 26 de mayo de 1873, adoptado como Código de la Unión por la Ley 57 de 1887, en su artículo 874, (en el título X. De los derechos de uso y habitación), se acercaba mucho más a la precisión del concepto cuando dice en su inciso segundo: “*La familia*

comprende la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como lo que sobrevienen después (...) Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivan con el habitador o usuario, y a costas de estos; y las personas a quienes deben alimentos". Y esto corresponde al señalamiento de la familia que podría gozar del derecho de uso y habitación; equivalente al concepto de familia en sentido amplio; o la definición etimológica donde familia, proviene del latín "*familia*" que a su vez deriva de "*famulus*" palabra que viene del osco "*famel*" que significa siervo; y mas remotamente del sánscrito "*vama*"; que equivale a casa o habitación, es el conjunto de personas y esclavos que vivían con el señor de la casa. Por lo tanto, la primera definición de familia no la hace la norma superior sino, como queda dicho, el Código Civil en la norma del artículo sobredicho.

2. EN LA ACTUAL CONSTITUCIÓN¹³²

Hoy, en la carta suprema actual, de 1991, la situación es absolutamente diferente pues, la familia no solo se define en su artículo 42 sino que se protege plenamente sin discriminar su origen que entre nosotros puede ser extramatrimonial o matrimonial, en cuanto al hombre y a la mujer que la forman como pareja, o adoptiva en relación con ellos y respecto a sus hijos; la mantiene como núcleo fundamental de la sociedad, afirma que la honra la dignidad y la intimidad le son inviolables, prevé la determinación del patrimonio familiar inembargable, que la relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre sus integrantes, censura toda forma de violencia intrafamiliar en contra de su unidad y armonía, reafirma la igualdad de los hijos habidos la decisión libre y responsable del número y cantidad de ellos, resalta la importancia del matrimonio civil y su disolución, que para poder ingresarlos dándole también, efectos civiles a los matrimonio religiosos, llevándolos a la civilidad del Estado dándole efectos civiles, deben inscribirse en el registro del estado civil de las personas; etc.

De suerte, que tiene en cuenta el constituyente de 1991, que el origen verdadero de la familia es la

¹³² "Art. 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integran del la familia.

La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto recíproco de todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio y fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

La ley reglamentará la progeneritura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

La forma del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencia de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de las respectiva religión en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes".

voluntariedad de los seres humanos, cuando el hombre y la mujer acuerdan vivir juntos de manera permanente y singular, deciden por sus voluntades vivir junto de la manera señalada, allí se forma la familia que se denomina familia natural, (la que obedece al instinto natural de los sexos opuestos, a la atracción que surge de la naturaleza misma), o extramatrimonial, que si se ratifica con el matrimonio se convierte en matrimonial. El ideal es que todas las familias sean monógamas, o singulares y matrimoniales; pero como se dan las uniones por fuera del matrimonio el Estado las ha regulado porque existen en la sociedad y han estado y están ahí.

Hay que anotar que la familia núcleo fundamental de la sociedad es la misma familia en su sentido estricto: es el conjunto de personas formados por padre, madre e hijos que integran una comunidad doméstica o, lo que es igual, que viven bajo un mismo techo, definición caracterizada por la comunidad doméstica y el parentesco, base fundamental y comienzo del desarrollo social como célula social básica.

La jurisprudencia ha perfeccionado y extendido la protección a esa familia concebida como núcleo fundamental de la sociedad, a la que nos referimos, al señalar y ratificar el concepto con la sentencia T- 278 de 1994 de la Corte Constitucional.¹³³

¹³³ “Como lo consagra nuestra Constitución Política, la familia es la base de la sociedad, independientemente si viene del matrimonio o de cualquier otra forma de unión entre dos personas de distinto sexo es el escenario de la protección y el desarrollo de la especie humana. La familia ha sido como la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre. En efecto la familia es una comunidad de persona, para las cuales el propio modo de existir y vivir juntos es la comunión: *Communio personarum* (la cual se refiere a la relación personal entre “tu” y “yo”). La familia como unidad de personas es por consiguiente la primera sociedad. Y surge cuando se realiza la alianza del matrimonio (en cualquiera de sus formas) que abre los esposos” a una perenne comunión de amor y de vida” y se completa plenamente y de manera específica al engendrar los hijos. La familia que nace de esta unión basa su solidez interior en la alianza entre los esposos. La familia recibe su propia naturaleza comunitaria aun sus características de “comunidad” de aquella comunidad fundamental de los esposos que se prolonga en los hijos. Mediante esa unión de dos personas el hombre y la mujer dan origen a la familia. El nuevo ser humano, igual que sus padres es llamado a la existencia como persona y a la vida “en la verdad y en el amor”. Es en el recién nacido que se realiza el bien común de la familia. La familia es anterior a la sociedad y al Estado, (que en la concepción de la familia como núcleo del derecho moderno, la interviene para regular las relaciones y consecuencias que surgen entre la pareja inicial como entre los demás miembros de ella originándose el derecho de familia), entidades que están instituidas en primer lugar para servir al bienestar de la familia del cual dependen las condiciones de la sociedad y del Estado. Nadie puede reemplazar a los padres en el cumplimiento ante el primer deber ante los hijos, deber que dicta antes el amor que la obligación. Pero a la sociedad y al Estado les compete deberes no menos sagrados, como son velar por la integridad de la familia tutelar a los padres en el cumplimiento de sus obligaciones y cooperar con la familia en la supervivencia y formación primera de la infancia. Expresamente el Constituyente de 1991 consagró el derecho que le asiste a toda persona a tener una familia y la protección constitucional que ésta merece como núcleo esencial de la sociedad. Especial énfasis se da a la sociedad de mantener la armonía y la unidad familiar, fundamento de la convivencia social y la paz. De acuerdo a ello la unidad familiar es y debe ser presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales y prevalentes de los niños. Es la familia misma de donde surgen los comportamientos que van a determinar la sociedad, puesto que estos comportamientos se dan en personas concretas y estas se reconocen, se identifican y se estructuran en una familia: su familia. La familia como poder dignificante, tiene la capacidad de formar la conciencia de los individuos en los verdaderos alcances de lo que constituye la inmensa fuerza de su naturaleza humana. Es, pues, en el ámbito familiar en el que se reciben las bases de la realización y por el núcleo familiar, hoy en una grave situación de violencia, falta de unidad y de amor, que ha generado la proliferación de divorcios y conflictos entre los padres, de confusión en las orientaciones sobre las razones mismas de existir, hasta el punto de desatar un verdadero caos al interior de los hogares”.

2.1. Cómo la Norma del Artículo 42 consolida la Familia como Núcleo Fundamental de la Sociedad

Para poder llevar a la práctica su total protección a cargo del Estado y la sociedad la Carta Política ha desarrollado una serie de valores básicos que como núcleo autónomo le son inherentes y atribuibles; tales principios son:

a. La Familia como Institución Básica de la Sociedad

Es una célula social básica para el desarrollo social de las naciones civilizadas que cumple con las más nobles e importantes de las funciones que corresponde a los grupos humanos; la crianza, educación y establecimiento de sus miembros que son sus hijos, produce la generación de la especie humana en tal virtud es el primer contacto con del hombre con un grupo social en donde se le enseña los valores de respeto, de justicia, ética, cortesía y moral, allí se aprende lo bueno, lo malo, lo justo, lo injusto, lo honesto, los valores cívicos, etc.; para que el hombre pueda ser un buen adulto; por eso es preferible el buen desarrollo de la familia, al buen desarrollo empresarial e industrial de los pueblos, pues casi seguro que lo primero concluya en una mejor nación; además, cuando la familia surge deteriorada la sociedad irremediamente será conflictiva.

b. Naturaleza y Reconocimiento Jurídico de La Familia

Independientemente de su origen, dado que no se hace ninguna diferencia acerca de si se nace de la libre voluntad de los seres humanos, hombre y mujer, cuando acuerdan vivir juntos de forma singular y estable o si se ratifica esa voluntad libre de unirse a través del matrimonio, hoy la norma superior lejos de alguna discriminación ampara la familia, como núcleo básico de la sociedad.

c. Igualdad de Derechos y Deberes

Desde el Decreto 2820 de 1974 se habían hecho igualitarios los derechos del hombre y la mujer en el hogar, que en cuanto a la capacidad civil de la mujer comenzó con la Ley 28 de 1932, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 153 de 1887, pero no obstante a ello, la Constitución en su artículo 42 primer inciso al reconocer que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de conformarla, respalda y protege la familia extramatrimonial de forma integral.

d. La Familia como Titular de Derechos Fundamentales

Es innegable afirmar que la familia es objeto de tutela del derecho, el Estado dentro de su nueva concepción de Estado Social de Derecho, que brinda bienestar, protege en su integridad a la familia al entenderla como núcleo social, como organización primaria esencial para el nacimiento de la sociedad. En esa calidad se ha hecho titular de derechos fundamentales, como los que consagra el Artículo 42, de la Carta al establecer que: *“la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”*. Y por eso se dice que es titular de derecho o sujeto de derecho, entendiendo que por conducto de miembros suyos, de ordinarios cónyuges, compañeros permanentes, padre, hijos,

hermanos, pueden asumir una responsabilidad patrimonial o personal pudiendo uno de sus integrantes reclamar del Estado protección cuando éste es negligente en otorgarla. Especialmente uno cualquiera de los derechos señalados en el aparte transcrito. Es desde este punto de vista que se tiene como sujeto de derecho, porque la familia no tiene personería jurídica, no es sujeto imputable de derechos y obligaciones, al no ser persona aún ésta es concebida principalmente como núcleo fundamental de la sociedad, concepción que le da a sus miembros derechos a exigir la satisfacción de sus necesidades al Estado para que haga cierta la protección que predica la máxima norma.

e. El Derecho Constitucional Prevalente del Niño. Tener una Familia o la Familia como Derecho del Niño

Una inferencia forzosa de la importancia dada por el constituyente de 1991 a la familia, en su carácter de institución esencial para el desarrollo de la personalidad humana, fue la consagración ostensible, del derecho de todo niño a tener una familia, porque la situación perfecta para un hogar es vivir bien en familia. El ideal de quien como los hijos o los niños integran el núcleo familiar es el de vivir unidos para siempre entre sí con sus hijos. El máximo desarrollo para un niño es el que puede lograr con sus padres y familia. Es por eso que el derecho fundamental permanente es tener una familia y no ser separado de ella.

f. Obligaciones de La Familia

La familia debe contribuir a la protección de los miembros que la conforman como los niños, los adolescentes y las personas de sus miembros en la tercera edad, respetarse recíprocamente sus miembros, mantener un mínimo de respeto, de cortesía, de moral y de ética, (Arts. 42, 44, 46 y 47).

II. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE TIENEN QUE VER CON LA FAMILIA SON FUNDAMENTALES

1. FAMILIA, CONSTITUCIÓN Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO

a. La Persona en El Estado Social De Derecho

Como la mayoría, sino todos los derechos constitucionales que tienen que ver con la familia son fundamentales, es necesario saber que es un derecho fundamental y para ello es importante tener en cuenta que la actual Constitución concibe a Colombia como un Estado Social de Derecho porque el sujeto, razón y fin de la compilación suprema es la persona humana; la integridad del ser humano constituye la razón de ser, principio y fin último de la organización estatal, razón por la que el respeto por la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado.

La sentencia T- 499 de 21 de agosto de 1992, Corte Constitucional dice lo mismo pero de esta manera: se concibe que *“el hombre es un fin en sí mismo. Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su “vida plena” la integridad física, psíquica y espiritual, la salud, mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos*

constitutivos de una vida íntegra y presupuestos necesarios para la auto realización individual y social”.

b. Como se manifiesta el Estado Social de Derecho

Ese Estado Social de Derecho encuentra su primera manifestación en el “Estado de Bienestar” y la segunda en la concepción de “Estado Constitucional Democrático”.

Esos derechos fundamentales pueden ser objeto de protección a través de tutela conforme a lo prescribe el art. 86 de la Constitución Política (norma programática que desarrollan el decreto 2591 de 1991 y decreto reglamentario 306 de 1992).

c. Criterios para determinar el carácter de los Derechos Fundamentales para poder reconocerlos

Dado que cuando se van a determinar los derechos fundamentales se encuentran que ellos exceden la taxatividad constitucional, existen criterios para determinar su carácter fundamental para poder reconocerlos, que a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, deben reunir unos requisitos esenciales como:

c1. Su Conexión Directa con los Principios Constitucionales

Que son entre otros los consagrados en los artículos 1 y 2 de la Constitución Nacional:

El Estado Social de Derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto por la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la soberanía popular (Art. 3 de la CN) y la supremacía de la Constitución (Art. 4 de la CN).

c2. Su Eficacia Directa

Para que un derecho constitucional sea considerado como fundamental debe ser el resultado de la aplicación directa del texto constitucional sin que implique una intermediación normativa, debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del texto constitucional.

Pero esa eficacia no se reduce a los derechos humanos de la primera generación.¹³⁴

¹³⁴ La Corte Constitucional mediante Sentencia de 8 de mayo de 1992, T-008 ha clasificado con un método historiográfico los derechos humanos:

1. Los derechos de la primera generación, integrada por “las libertades públicas” que durante el periodo clásico del liberalismo imponía al Estado la obligación de “dejar hacer y dejar pasar”, a fin de proteger el libre desarrollo de la personalidad individual. Se trata de garantías que consultan lo más íntimo de la dignidad humana, sin las cuales se desvirtúa la naturaleza de esta y se niegan posibilidades propias del ser. La lista de los derechos de esta generación se encuentra en la Declaración Universal de Los Derechos del Hombre y del

En algunos casos los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser objeto de protección especial por tutela. Tal es el caso del Art. 50 sobre los derechos a la salud y seguridad social de los niños menores de 1 año, los derechos consagrados en el inciso 2 del artículo 53 sobre principios mínimos fundamentales de los trabajadores.

c3. Su Contenido Esencial

Porque existe un ámbito necesario e irreducible de conducta que el derecho protege con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en que se manifieste. Ese núcleo básico del derecho fundamental no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas.

El concepto de “*contenido esencial*” hay que decirlo, es una manera del Jusnaturalismo racionalista del siglo XVIII según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores a las normas positivas, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tiempo de deberes y obligaciones que de él se dice. Según esto la norma no crea el derecho de la persona, sino que simplemente se limita a reconocerlo mediante la constatación racional de un acto dado por la naturaleza.

Según esto, quedan excluidos aquellos derechos que requieren de una delimitación en el mundo de las mayorías políticas. Los derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso cuya aplicación está encomendada al legislador para que se fije el sentido del texto constitucional, no pueden ser considerados como fundamentales; salvo aquellas situaciones en las cuales en un caso específico sea evidente su conexidad con un principio o un derecho fundamental.

d. Qué es un Derecho Fundamental

d1. Cómo se Caracteriza

Se caracteriza por ser inalienable, su inherencia y su esencialidad: siendo inalienable “*lo que no se puede enajenar, ceder ni transferir*”; inherente que “*constituyen un modo de ser intrínseco a ese sujeto*”, y esencial “*aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable de un ser*”.

Ciudadano de 1789. Estas garantías vienen a inspirar todo el constitucionalismo europeo, y por transferencia cultural el latinoamericano del siglo XIX.

2. Derechos de la segunda generación. Conformados por el conjunto de garantías que reciben el nombre de “Derechos asistenciales” cuya principal característica es de que no son simples posibilidades de acción individual, sino que imponen además una carga al Estado frente al cual el individuo es situado en el marco social en la condición de acreedor de ciertos bienes que debe dispensarle el aparato político, principalmente a través de la función administrativa, que con la adopción garantizadora comentada, viene a ocupar un amplio espacio en el poder público. Igualmente imponen estos nuevos derechos, cargas a ciertas libertades públicas, tal el caso de la función social que es señalada a la propiedad privada, esta generación nace adicionada a la anterior en el siglo XX.

3. Derechos de la tercera generación. La componen los derechos a la paz, el entorno, el patrimonio común de la humanidad y el derecho al desarrollo económico y social. Se diferencian estos derechos de los de la primera y segunda generación en cuanto persiguen garantías para la humanidad considerada globalmente. No se trata en ello al individuo como tal ni en cuanto a ser social, sino de la promoción de la dignidad de la especie humana en su conjunto, por lo cual recibe igualmente el nombre de “derechos solidarios”. Su carácter solidario presupone para el logro de su eficacia la acción concertada de todos los “actores del juego social”: el Estado, los individuos y otros entes públicos y privados. Estos derechos han sido consagrados por el derecho internacional público de manera sistemática en varios Tratados, Convenios y Conferencias a partir de la década de los setentas del siglo pasado y por las Constituciones políticas más recientes.

Entonces, un derecho fundamental es aquel que tiene la calidad de ser inalienable por serle inherente al hombre en virtud de su esencia humana. Y se destaca la nota esencial de ser ellos inherentes al ser humano, a su esencia, a su naturaleza e inalienables y sin los cuales no podía subsistir como tal, sentencia T-462 de 13 de julio de 1992.

De suerte que se puede también decir que dada la esencia del ser humano tiene derechos inherentes los cuales por lo mismo no puede enajenar, ceder ni transferir.

d2. Su Carácter Fundamental

El carácter fundamental de un derecho no se puede determinar sino en cada caso concreto, atendiendo tanto a la voluntad expresa del constituyente como la conexidad o relación que en dicho caso tenga el derecho eventualmente vulnerado con otros derechos indubitablemente fundamentales y/o con los principios y valores que informan toda la Constitución de tal manera que el juez no puede rechazar *in limine* la tutela con el argumento de que el derecho no es fundamental, pues es indispensable hacer previamente un análisis concreto para establecer con suficiente elementos de juicio su carácter tutelable o no en las específicas circunstancias, sentencia T-451 de 10 de julio de 1992.

d3. Cómo se determina

No sólo por la mención expresa que de ellos haga la constitución sino también por su significación misma para la realización de los principios y valores consagrados en ella y, además, por la conexión que tenga con otros derechos fundamentales consagrados expresamente. Esa conexidad, por supuesto, no debe valorarse en abstracto sino en cada caso concreto de acuerdo con las circunstancias particulares del mismo, Sentencia T-473 de 14 de julio de 1992.

d4. La Vulneración y Amenaza de Los Derechos Fundamentales

Son dos causales claramente distinguibles: la primera, requiere de una verificación objetiva que corresponde efectuar a los jueces de tutela mediante la estimación de su ocurrencia empírica y su repercusión jurídica constitucional; la segunda, en cambio, incorpora criterios tanto subjetivos como objetivos configurándose no tanto por la intención de la autoridad pública o el particular, cuando sea el caso, sino por el resultado o abstención pueda tener sobre el ánimo de la persona presuntamente afectada. El criterio constitucional para evaluar la existencia de amenazas de los derechos fundamentales es racional. No supone la verificación empírica de los factores de peligro, lo cual de suyo es imposible epistemológicamente, sino la creación de un parámetro de lo que una persona en similares circunstancias podía razonablemente esperar, Sentencia T-439 de 2 julio de 1992.

III. CUÁLES SON ESOS DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE TIENEN QUE VER CON LA FAMILIA

1. DERECHO DE LA PERSONA Y AMPARO DE LA FAMILIA

Art. 5 CN: *“El Estado reconoce sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienable de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.*

Porque el principio fundamental del Estado es proteger “a la familia como Institución básica de la sociedad” institucionalizando para ello la primacía de los derechos inalienables, es decir aquellos que no se pueden vender, ni transferir y que por los mismos son exclusivo de la persona, que tiene el poder de administrarlos y ejercerlos y que tiene un carácter superior al mismo Estado. Tal primacía conlleva en su positivización los mismos derechos fundamentales que señala el título II de la Constitución y se ampara por la acción de tutela, Art 86, los que no pueden suspenderse por disposiciones generales de los estados de excepción Art 214 – 2, ese interés proteccional se complementa con lo que norman los Art 42 y 44 *ibídem*.

2. DERECHO A LA INTIMIDAD

Art. 15 CN: *“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlo respetar. De igual modo tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.*

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables, solo pueden ser interceptadas y registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establece la ley para efectos tributarios y judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señala la ley”.

La finalidad de este derecho es resguardar un ámbito de vida privada personal y familiar, excluido de conocimiento ajeno y de cualquier tipo de intervenciones de otros sin el consentimiento de su titular.

El núcleo esencial del derecho a la intimidad define un espacio intangible inmune a intromisiones externas del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto, sentencia T – 530 de 23 de septiembre de 1992.

Tanto el buen nombre como la honra de las personas son derechos fundamentales, instituidos en razón de la dignidad del ser humano, en orden a reservar el respeto que a esos valores de tanta trascendencia para cada individuo y su familia, deben la sociedad, el Estado y los particulares.

Los derechos al buen nombre y a la honra no son los únicos que pueden resultar lesionados por la actividad informativa de un medio de comunicación. También lo pueden ser el resto de derechos a la intimidad personal o familiar protegido en el Art. 15 de la Constitución Política. Aquí ya no se trata de informaciones falsas o inexactas, susceptibles de rectificación sino de publicaciones de muy diversos géneros (fotografía, caricaturas, imágenes transmitidas por televisión, comentarios radiales, informes periodísticos “*confidenciales*” ampliamente difundidos, etc.) cuyo contenido lesiona el núcleo de vida privada al que tiene derecho toda persona, aunque se trate de un personaje público.

Tratándose del derecho a la intimidad en principio no puede hablarse de rectificación, pues la lesión se produce aunque los hechos sean exactos salvo que, además de invadirse la esfera íntima de la persona o familia, se están transmitiendo o publicando datos que riñen con la verdad. Allí habría doble quebranto de la preceptiva constitucional y las consiguientes responsabilidades civiles y penales, en su caso, además de la obligación, en condiciones de equidad, sentencia T -512 de 9 septiembre de 1992.

3. DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LAS AUTORIDADES

Art. 13 CN: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, 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 y marginados.

El Estado protegerá especialmente aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentre en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos y maltratos que contra ella se cometan”.

Es la igualdad de los ciudadanos ante la ley, a la que el origen de la familia no es ajena, por ello no es factor que sirva para discriminar a persona alguna y negarle derechos fundamentales a la vida, la libertad, la igualdad y las oportunidades. Al efecto de concretar este derecho, se prohíbe en el tratamiento por parte de las autoridades, las discriminaciones por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Y el constituyente estimó oportuno que el Estado Colombiano debía garantizar constitucional y solidariamente las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y en consecuencia adoptar medidas en favor de grupos discriminados y marginados. La Corte Constitucional desde la Sentencia No. C- 588 de 12 noviembre de 1992 dijo que:

“con arreglo al principio a la igualdad desaparecen los motivos de discriminación y preferencia entre las personas. Basta la condición del ser humano para merecer de Estado y sus autoridades el pleno reconocimiento de la dignidad personal y la misma atención e igual protección que la

otorgada a los demás. El legislador está obligado a instituir normas objetivas de aplicación común a los destinatarios que representen concesiones inmerecidas a favor de algunos o tratos peyorativos respecto de otros”.

4. LIBERTAD DE LOCOMOCIÓN O MOVIMIENTO

Art. 28 CN: *“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definido en la ley.*

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las 36 (treinta y seis) horas siguientes para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”.

En cuanto al derecho a la libertad el constituyente ha estructurado demasiadas garantías sin antecedentes en nuestra tradición jurídica. La Corte Constitucional por Sentencia T - 490 de 13 de agosto de 1992 ha sostenido:

“La Constitución establece una reserva judicial en favor de la libertad individual siendo indispensable el mandamiento escrito de autoridad competente con las personalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley, para que una persona pueda ser reducida a arresto o detención. En adelante solamente las autoridades judiciales tienen competencia para imponer penas que conlleven a la privación de la libertad. En consecuencia a la autoridad administrativa le está vedado imponer motu proprio las penas correctivas que entrañen directa o indirectamente la privación de la libertad salvo mandamiento escrito de la autoridad judicial competente (...) los jueces, son frente a la administración y al propio legislador, los principales defensores de los derechos individuales es inconstitucional la imposición de penas de arrestos por parte de la autoridad policiva”.

Claro que la misma corporación con posterioridad, admitió la remisión de personas sin previa orden judicial, siempre que estuviera debidamente motivada. Al mismo tiempo, adecuando el Código Nacional de Policía, al nuevo ordenamiento legal del país, respaldó la aplicación de normas eficaces para la realización de allanamientos y registros domiciliarios, para combatir conocidas maneras delincuenciales, que producen la inseguridad de las ciudades.

5. DERECHO A LA INMUNIDAD PENAL

Art. 33. CN: *“Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.*

Tiene en cuenta la Constitución que frente a una obligación legal del ciudadano de cooperar con la administración de justicia en el esclarecimiento de los hechos para que se pueda dar el derecho, existe otra obligación natural que brota de la familiaridad, que le permite al declarante en tales casos abstenerse de rendir su testimonio sin que sea forzado por la ley a que declare, (pero si antepuesto por el juez del parentesco desea hacerlo no se le prohíbe), prevaleciendo la solidaridad con la familia si el testigo lo prefiere, tal vez porque el vínculo familiar que protege la Constitución, a aquel deber que regula la ley penal adjetiva. Claro que si advertido por el juez del parentesco y de la alternativa de no rendir su declaración jurada, el testigo desea hacerlo, nada se opone a que lo haga; la Corte Suprema de Justicia ha considerado que así como no se puede obligar a declarar tampoco se le puede negar el derecho a hacerlo, ya advertido de que no tiene esa obligación, con miras a resguardar a su pariente, porque se impone la unidad familiar.

Pero la norma constitucional que contempla en cierto sentido una inmunidad encierra estas situaciones: nadie está obligado a declarar contra sí mismo, es por eso que el imputado, sindicado o procesado, cuando se le recepciona indagatoria, la diligencia lo que constituye es una oportunidad de ejercer el derecho de defensa, exponiéndose lo que desee, sin la conminación juratoria; contra su cónyuge, el cónyuge no es pariente, si se tiene en cuenta cualquiera de las tres clases que existen en derecho de familia (consanguinidad, afinidad, adopción), es socio en el contrato matrimonial del art 113 del Código Civil, pero con él se dan los mayores vínculos afectivos, por ser actor o protagonista de la familia que engendra o que gesta y que de todas maneras cría, educa, dirige u orienta en la formación y establecimiento, siendo por eso mismo protegido por la tendencia natural que surge de los sentimientos, de las relaciones permanentes, que hace que lo ampare la prohibición de la norma constitucional del art. 33 contra los parientes que definen la disposición también por la normal y lógica inclinación a defenderse o protegerse a tal punto que para ello se le permita hacerlo aún mintiendo, lo que haría dudosa su declaración que en el fondo constituye el fundamento de la exoneración del deber de declarar.

6. DERECHO DE ASOCIACIÓN

Art. 38 CN: *“Se garantiza el derecho de libre asociación del desarrollo de las distintas actividades que las personas realiza en la sociedad”.*

Se refiere la norma al derecho fundamental de poder constituir asociaciones de familia para acometer actividades encaminadas a su desarrollo y fortalecimiento.

En este sentido la Corta Constitucional ha dicho en síntesis, en sentencia T- 542 de 25 de septiembre de 1992:

“El concepto de autonomía de la personalidad comprende toda decisión que incida en la evolución de la persona en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicios suficientes para tomarla. Su finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime

importantes en su propia vida. Es aquí donde se manifiesta el derecho de opción y es deber de las personas respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. Una de las manifestaciones de este derecho es el derecho de asociación pues toda persona puede optar por asociarse o no asociarse y en esa medida lograr los fines de su desarrollo en sociedad.

La asociación puede ser permanente o transitoria; que implique renuncia de otras actividades o sea complemento de estas. Pero si se asocia tiene que respetar y acogerse a las reglas que rigen el funcionamiento de la colectividad.

Se garantiza a la persona el derecho a asociarse y a la familia el de formar parte de colectividades para el fortalecimiento y su progreso, además, el Estado se compromete a amparar e impulsar las formas asociativas y solidarias de propiedad, pudiendo las familias asociadas adquirir bienes para su desarrollo integral”.

7. DERECHOS Y DEBERES EN LA INSTITUCIÓN FAMILIAR

Art. 42 CN: Esta disposición transcrita antes a pie de página (nota 2), contiene la particularización del propósito del constituyente en proteger íntegramente la familia como institución básica y fundamental para el desarrollo social, verdadero “*núcleo fundamental de la sociedad*” por eso la norma que puede clasificarse como de derecho civil constitucional radica en la familia sus derechos sociales, económicos y culturales, los derechos y deberes en la institución familiar, comprendiendo:

7.1. La titularidad de los Derechos Constitucionales

- a. A su protección Integral, inciso 2
- b. A la honra, la dignidad y la intimidad, inciso 4
- c. A que se determine el patrimonio inalienable e inembargable, inciso 3
- d. A la igualdad y al respeto entre sus componentes, inciso 5
- e. Al sostenimiento y educación, asistencia y protección, inciso 9, Art. 44, inciso 2, Art. 45, inciso 1, y Art 68, inciso 3
- f. Derecho a la armonía y a la paz de la familia, inciso 6
- g. Derecho a que se reglamente la responsabilidad de padre y madre, inciso 8
- h. Derecho de la mujer cabeza de familia, inciso 3.

7.2. Tiene además estos derechos:

- a. Derecho a la familia a asociarse, inciso 3
- b. Derecho de la familia sobre tierras comunales, Art. 63
- c. Derecho a exigir la regulación de pretensiones originadas en daños considerados al grupo familiar, Art. 88, inciso 2.

7.3. Como deberes tiene:

- i. Obligación de igualdad de derechos y deberes, inciso 5
- j. Obligación de respeto mutuo, inciso 5
- k. Obligación de mantener la honra, la dignidad y la intimidad, inciso 4
- l. A mantener la armonía y la unidad familiar y rechazar toda forma de violencia, inciso 6
- m. De reconocer la igualdad de los hijos, inciso 7
- n. De garantizar el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de los derechos de sus menores, inciso 9, Art. 44 inciso 2, Art. 67, inciso 3
- o. De asistencia y protección y sus miembros de la tercera edad, Art. 46, inciso 1.

Se prevé en la norma de este artículo 42 el reconocimiento de toda la familia independientemente de su origen y clase para protegerla, sin ninguna discriminación, de manera absoluta, como unidad social, poniendo especial énfasis e interés en la igualdad de derechos y deberes en relación con los hijos en general y luego de ese amparo excesivo, regula la forma de disolver el matrimonio por el divorcio o por la suspensión o cesación de efectos civiles, cuando en este último caso el matrimonio es religioso.

Cuando de acuerdo a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana no existe un tipo único privilegiado de familia sino un pluralismo evidente de diversos vínculos que la originan pues ella puede ser tanto de carácter natural como de carácter jurídico. En esas condiciones, la familia legítima fundada en el matrimonio es hoy uno de los tipos probables.

No obstante lo dicho, mejor interpretado el art 42 de la Constitución Política, frente a las decisiones de la Corte Constitucional, y en relación con la familia, se tiene siguiendo su orientación jurisprudencial:

El matrimonio es una de las alternativas que conduce a la familia, en donde el contrato matrimonial conforme con el sistema jurídico nuestro (art. 113 CC), solo se conviene y se celebra entre hombre y mujer, la pareja a que se refiere la norma, excluyéndose entre personas de un mismo sexo; pero distinto de ese camino hay otros para constituir la familia, como cuando la mujer se insemina artificialmente, adquiriendo el semen de un banco, sin importarle a quien pertenece; y nadie podrá afirmar que entre ella y su hijo no haya una familia; y si el hombre en adopción monoparental adoptó un menor, forma igualmente una familia con fundamento en el vínculo jurídico.

Entonces, no es, del todo, cierto para la interpretación constitucional que la familia la integre solamente el hombre y la mujer, porque esto solo se puede decir con base en la familia fundada en el matrimonio. Sent. C-075 de 7 de febrero de 2007.

En este mismo sentido, concluye la Corte que la homosexualidad, unida a la decisión de vivir en pareja con alguien del mismo sexo, determina restricciones económicas, matrimoniales, de adopción (cuando no es individual), sucesorales y relacionadas con la custodia de los hijos, que vulneran la igualdad institucional y derecho a la dignidad de la persona (art. 13 y 2), pues tal situación queda excluida de algunos derechos que sí se le otorgan a la pareja de homosexuales.

No es admisible, en cuanto al precepto del art. 13 hacer ninguna clase de discriminación por sexo y en cuanto a la conservación del principio de la dignidad humana, que es un elemento fundante del Estado Social de Derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme a su condición humana. La corte ha expresado "...dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales, bajo la égida del orden justo" (Sent. C-486 de 2005). "El hecho de que la dignidad humana sea un valor fundamental del Estado impone a las autoridades públicas el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, y entre los cuales se cuentan la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle" (Sent. T-881 de 2002. "Para la Corte, la dignidad humana se manifiesta en tanto libertad en posibilidad de autodeterminarse según el propio destino o la idea particular de perfección con el fin de darle sentido a la propia existencia" (Sent. T-532 de 1992, C-221 de 1994 y T 124 de 1993.

La dignidad humana en conclusión de la Corte "...como principio fundante del Estado, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución y tiene por consiguiente valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia" Sent. T-792 de 2205 y 75 de 2007.

Indiscutiblemente hay que tener en cuenta como antecedente del reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, la Sent. C-75 de 2007 febrero 7, en respuesta a una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, que reglamenta la unión marital de hecho entre hombre y mujer; pues, en esa sentencia se declara la igualdad patrimonial de estas parejas en las mismas condiciones a las parejas integradas por un hombre y una mujer, argumentando que dicha norma era contraria a la dignidad humana y el derecho a la libertad de asociación por cuanto el beneficio en ella establecido era discriminatorio. Así se pronunció la Corte: "Para la Corte, es imperativo frente a los postulados constitucionales que se de igual protección a quien se encuentre en condiciones asimilables, razón por la cual la ley, al establecer exclusivamente el régimen de sociedad patrimonial para las parejas heterosexuales, infringe ese mandato de protección" (...) "Así no obstante las diferencias objetivas que existen entre los tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que las parejas homosexuales les presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado" (...) "A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuados para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se provea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las pareja homosexuales".

Desde luego que esta decisión limitó exclusivamente al Régimen Legal de Sociedad Patrimonial

entre compañeros permanentes regulado por la Ley 54 modificado por la Ley 979, reconoció, por tanto, a las parejas del mismo sexo los derechos que tienen las parejas heterosexuales, al presumir la existencia de una sociedad patrimonial luego de dos años de convivencia o cuando la pareja manifiesta ante la notaría o ante un centro de conciliación, la existencia de una unión.

Por esa aplicación extensiva de la Ley 54 de 1990, las notarías pueden autorizar escrituras de afectación a vivienda familiar para obtener la inembargabilidad, además en las parejas del mismo sexo el sobreviviente tiene derecho a heredar de su pareja y la disolución de la sociedad patrimonial cuando se termine la unión.

Es desde la Sent. C-75 de 2007 cuando en determinante afirmación, la Corte Constitucional declaró que todo trato discriminatorio de las parejas homosexuales se debe someter al test estricto de igualdad (Sent. 1176 de 2003) utilizado en esa decisión, de suerte que cualquier diferenciación por razón de la opción sexual se presumirá inconstitucional.

Por Sentencia C-521 de 2007 declaró la inexequibilidad de la expresión “cuya unión sea superior a 2 años” del texto del artículo 163 de la Ley 100 de 1993 que establecía en su exégesis que para tener acceso al P.O.S, las parejas integradas por compañeros permanentes debían demostrar una convivencia como pareja por lo menos de dos años. Inconstitucional frente al principio de la igualdad y de las normas de protección a la familia, por cuanto si las familias matrimoniales tenían derecho a recibir inmediatamente los derechos del P.O.S a los que no podían demostrar ese vínculo jurídico, se les exigía acreditar la familiaridad en un periodo de dos años para gozar de los derechos del P.O.S, exigencia que constituía una discriminación en su contra en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, cuando al amparo del art. 42 deben tener la misma protección de quienes conforman la familia por el vínculo jurídico del matrimonio.

Pero la Corte también estableció, con el fin de evitar posibles fraudes de personas que sin convivir efectivamente aparentaran esa convivencia para beneficiarse de los sistemas de salud, ocasionando posibles vulneraciones al principio de la sostenibilidad presupuestal o económica del sistema: que la condición de compañero (a) permanentes debe probarse con declaración impuesta por el juramento ante notario, expresando la voluntad con todas las consecuencias penales, y en el resto del ordenamiento de conformar una familia de manera permanente y singular.

En Sentencia C-811 de 3 de octubre de 2007, se declaró exequible el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 en lo que tiene que ver con la cobertura familiar, dada que de su contenido se concluía que la pareja homosexual no tenía derecho como pareja, a recibir los beneficios del sistema general de salud; pues, de su alcance se limitaba el ámbito familiar. Que un individuo afiliado como cotizante al régimen contributivo, no podía vincular a su pareja homosexual como beneficiaria, negándose según la Corte, la validez de su opción de vida y generándose una sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que resulta directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana, dándose un déficit que denuncia un vacío en la Ley de seguridad social que la hacía inconstitucional. Tuvo la Corte en cuenta que “La detección de la inexequibilidad por omisión legislativa relativa de la norma objeto de estudio no implica que la Corte deba declarar inexequible

la disposición, pues ello traería consigo la desprotección automática de los demás sujetos beneficiarios por el sistema, sino que deba condicionar su exequibilidad a efecto de que se entienda que la cobertura del sistema de seguridad en salud del régimen contributivo también admite la cobertura de las parejas del mismo sexo”, siempre que se pruebe la convivencia en los términos expresados en la Sentencia C-521 de 2007.

Por último, la Corte Constitucional en Sentencia de 16 de abril de 2008 ratificó que al existir diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, no existe por esta razón un imperativo constitucional de dar tratamiento igual a unas y otras, resaltando la obligación que le corresponde al legislador para establecer las medidas que atienden las exigencias o requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentran en situación de marginamiento. Así mismo, determinó que toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente.¹³⁵

8. LA IGUALDAD DE DEBERES Y DERECHOS EN LA INSTITUCIÓN FAMILIAR

Art. 43 CN: *“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.*

En la regulación constitucional, es la verdadera dignificación de la mujer igualándola al hombre en el desarrollo de sus actividades sociales, económicas, laborales y políticas. Sin embargo, hay que decirlo es una pretensión ideal creer que el Estado pueda cumplir con lo que legalmente predica del subsidio alimentario y de la asistencia y protección, por cuanto la evidencia es infinitamente distinta a sus propósitos; lo que se ofrece con mucha notoriedad es una desatención grosera e increíble contra la mujer y la madre desempleada al punto de tener ellas que realizar oficios poco honestos ante la necesidad de subsistir, quedando el precepto constitucional irrealizable desvirtuando la concepción del Estado Social de Derecho.

9. PROTECCIÓN A LA NIÑEZ

Art. 44 CN: *“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

¹³⁵ MARTÍNEZ CIFUENTES, Juan, *La pensión de sobrevivientes*, Editorial Temis S.A, Bogotá-Colombia 2009, Págs. 115 a 120.

La familia, la sociedad y el Estado tienen obligaciones de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo económico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

La jurisprudencia, sentencia T – 008 de 18 de mayo de 1992 reafirma la importancia que tienen estos derechos fundamentales de los niños al expresar:

“(…) la expresión derechos fundamentales de los niños tiene una doble connotación: implica el reconocimiento de la titularidad de que dispone los derechos fundamentales, para los enunciados del Art. 44 y primacía señalada, y simultáneamente muestre el particular interés del constituyente de habilitar en el Estado Social de Derecho, los procedimientos legales y las acciones de familia, la sociedad y el Estado con el propósito claro de hacerlos una pronta realidad en la parte de los derechos asistenciales, que se relacionan en el primer inciso tal como lo constituye con la lógica proteccionista que le es propia al inciso 2 de la norma comentada”.

De cumplirse el mandamiento constitucional, nuestro país fuera un verdadero paraíso para el desarrollo de la niñez, porque la solución jurídica que brinda la norma es perfecta; solo que ese amparo no es real, ni siquiera desde lejos lo parece, porque contrasta grandemente con la verdad que se vive en las calles de nuestras ciudades, donde la miseria en que convive la niñez desvirtúa la concepción constitucional; el legislador nuestro parece que viviera a espaldas de estas situaciones aberrantes, en donde el niño trabaja en las calles informalmente, mendiga, se droga y se prostituye, porque carece de protección y oportunidades adecuadas a su edad que contribuyan a su buena formación.

10. PROTECCIÓN A LOS ADOLESCENTES

Art. 45 CN: *“El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.*

El Estado y la sociedad garantiza la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”.

No es grato decir cómo puede garantizarse ese derecho fundamental al joven, si los sitios u organismos con los cuales eso se va a cumplir cuando no existen son notoriamente insuficientes. De todos modos son sanas y muy nobles las intenciones del legislador supremo.

11. PROTECCIÓN A LA TERCERA EDAD

Art. 46 CN: *“El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios a la seguridad social integral y al subsidio alimentario en caso de indigencia”.*

En sentencia C- 546 de 1 de octubre de 1992 la Corte Constitucional señaló: *“para la tercera edad es necesario proteger el pago oportuno de la pensión ya que su no pago (...) termina atentando contra el derecho a la vida”*.

En sentencia T-426 de 24 de junio de 1992 dice:

“(...) el derecho de seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el Art 48 de la Constitución y de manera específica, respecto de las personas de la tercera edad adquiere el carácter fundamental, cuando según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad”.

El Estado aprovechando la experiencia de estas personas buscará que se les integre a la vida activa y comunitaria, creándole actividades y proporcionándoles asistencia. Por eso hace suya la obligación alimentaria cuando la familia no puede cumplirla.

12. PROTECCIÓN A LOS DISMINUIDOS FÍSICOS Y PSÍQUICOS

Art. 47 CN: *“El Estado adelantar una política de protección, rehabilitación o integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*.

Comprende la norma la obligatoriedad del Estado de ofrecer al disminuido en salud habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran incluyendo a los minusválidos y si de otra parte, aquel debe garantizar a estos “el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”. Por eso cuando se capacita para acceder o reingresar a el mercado laboral debe gozar de las mismas condiciones laborales de los demás trabajadores para que no se rompa el principio de igualdad, condiciones que obviamente incluyen los derechos derivados de la seguridad social. Es que no puede perderse de vista que la norma apunta hacia la especial protección que el Estado debe dispensar a los discriminados físicos, sensoriales y psíquicos, sentencia T – 144 de 30 de marzo de 1995.

Entonces, se ejerce actividades de previsión como la de rehabilitación e integración en sociedad al disminuido, en su Constitucional protección a débiles físicos y psíquicos.

13. DERECHOS DEL NIÑO MENOR DE UN AÑO

Art. 50 CN: *“Todo niño menor de un año que no está cubierto por algún tipo de protección de seguridad social, tendrá derecho a recibir protección gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia”*.

El niño por la debilidad que le es característica y por la indefensión en que se encuentra, es sujeto de especial protección constitucional, que le prestarán todas las instituciones de salud que reciban

aporte del Estado, nada más justo y apropiado en el Estado Social de Derecho que tiene al hombre como un fin en sí mismo, procurando su protección total. La norma constitucional busca garantizar la salud de los menores de un año, cuando sus padres carezcan de recursos para que el derecho a la vida sea real. Claro que este derecho, afortunadamente reconocido está sujeto a reglamentación de la ley.

14. DERECHO AL TRABAJO O AL ESTATUTO DEL TRABAJO

Art. 53 CN: *“El congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de la relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad, y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificado hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenciones de trabajo no pueden menoscabar la libertad la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

Por mandato del constituyente el legislador en el estatuto del trabajo, debe consagrar la protección especial al trabajador menor de edad, como a la mujer embarazada trabajadora.

15. DERECHO A EDUCACIÓN GRATUITA EN INSTITUCIONES DEL ESTADO

Art. 67 CN: *“La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social, con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura.*

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado la sociedad y la familia son responsables de la educación que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y comprenderá como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicios del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral intelectual y física de sus educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley”.

Al respecto veamos lo que enseña la Corte Constitucional en sentencia T- 450 de 10 de julio de 1992.

“La educación es un servicio público que tiene una función social, cuya prestación está a cargo del Estado o de los particulares, bajo la suprema inspección y vigilancia del Estado. De su naturaleza de servicio público se deduce que los fines de la educación son el servicio a la comunidad, la búsqueda del bienestar general y la elevación de la calidad de vida de la población. Las autoridades particulares autorizadas por las autoridades públicas competentes para prestar el servicio público de la educación deben estar guiadas en primer término por el servicio a la comunidad. La función social de la educación excluye por tanto, el manejo totalmente libre y patrimonialista propio del derecho empresarial. Las entidades educativas no tienen como objeto exclusivamente la explotación económica del servicio público que prestan. Al contrario, su autonomía interna debe reflejar la constante disposición a contribuir solidariamente con miras a la satisfacción de las necesidades intelectuales, morales y físicas”.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la educación la Constitución expresamente define la educación *“un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social”* (Art. 27). La doble naturaleza de la educación como derecho individual y como servicio público impone una interpretación sistemática de los artículos constitucionales que la regulan con miras a integrar sus diferentes elementos constitutivos. Mientras por su carácter de derecho la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra núcleo de interés general que se vincula a su presentación (Art. 365 y s.s.).

El carácter de derecho fundamental ha sido reconocido a la educación de manera múltiple y reiterada por la Carta. La Corte Constitucional en sentencia T- 002 de 1992 se afirmó que *“tanto por su naturaleza inherente al hombre como por su consagración expresa en relación con los niños, el derecho a la educación es fundamental”.*

Después en un caso en el cual se delimitó el alcance de la educación especial se reafirmó la fundamentalidad de este derecho al asociarlo indisolublemente con el derecho a la igualdad de oportunidades. Es en ese sentido en que la Corte Constitucional en sentencia T – 429 de 24 de julio de 1992 sostuvo:

“Tanto por la naturaleza y función del proceso educativo como porque reúna a plenitud los requisitos y criterios de esa categoría constitucional abierto que es hoy el derecho fundamental la Corte ha reconocido que la educación es uno de tales derechos que realiza el valor y principio material de la igualdad, consignado en el Preámbulo y en los art. 5 y 13”.

De otra parte, señaló que tratándose de los derechos de los niños, no solo por el reconocimiento expreso de la educación como un derecho fundamental a su favor sino por el carácter obligatorio de la misma, es inobjetable, lógica y jurídicamente, afirmar el carácter fundamental de este derecho, (sentencia T- 402 de 3 de julio de 1992), para las personas obligadas por la propia Constitución a educarse.

Se prohíja la doctrina constitucional que reconoce la educación como derecho fundamental, con la consecuencia de su exigibilidad ante el Estado o los particulares que presten este servicio público, así como su actitud para ser protegido de forma inmediata a través de la acción de tutela.

16. LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Art. 68 CN: *“Los particulares podrán fundar establecimientos educativos la ley establecerá las condiciones para su creación y gestión.*

La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación.

La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente.

Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa.

Los integrantes de grupos étnicos tendrán derecho a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural.

La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”.

Contiene la libertad de enseñanza, un derecho fundamental que se basa en la coexistencia de la difusión cultural del Estado con las que realizan los particulares, siempre que estos cuenten con título de idoneidad y reúnan determinadas condiciones para ello, y que consiste en la facultad para instruir y educar al hombre, y a cada cual, en su especialidad, en condiciones de desarrollar lo aprendido e investigar y descubrir algo nuevo por cuenta propia. No es violatorio al derecho a la libertad de enseñanza, la ley que ajustándose a los indicados propósitos y a la Constitución Nacional, condicione el ejercicio de ese derecho, sentencia T- 219 de 9 de junio de 1993.

La norma también garantiza la libertad de conciencia, evitando la obligación a que una persona reciba educación religiosa. Y se pretende acabar constitucionalmente con el analfabetismo, se regula la educación de personas con limitaciones físicas, mentales o con capacidades excepcionales, porque rebase lo normal y no puedan educarse.

Radica en los padres la obligación de escoger la educación adecuada a sus hijos menores,

reconociéndose que las personas con mayor idoneidad, sean los que deban orientar la educación e instrucción de sus hijos en minoridad, quizás porque lo más normal sea que ellos como gestores de sus vidas quieran alejarlos siempre de un probable fracaso.

Y en la tradición jurídica nuestra cuando se expide la Ley 35 de 1888 el 27 de febrero, aprobatoria del Concordato de 31 de diciembre de 1887, en su Art. I se establecía que la religión católica, apostólica, romana era la de Colombia, obligándose los poderes públicos a reconocerla como elemento esencial del orden social; y en el Art. XII se obligaba a las universidades, colegios, escuelas, demás centros de enseñanza a que la educación pública se organizara de conformidad con los dogmas y la moral de la religión católica; haciendo obligatoria su enseñanza; dándoseles a los ordinarios diocesanos por sí, o por medio de delegados especiales, en lo que se refiere a la religión y la moral, la inspección y revisión de textos. Se libera ahora a los centros educativos de aquella imposición y a las personas de no ser sujetos pasivos del mismo deber.

La sentencia T-002 de 8 de mayo de 1992 dice:

“En cuanto al derecho de los padres de educar a sus hijos (CP Art. 42, Inc. 8) podrán presentarse divergencias con los directivos del centro educativo al cual asisten los menores de edad. En caso de conflicto entre la autonomía del centro docente expresada en la libertad de enseñanza (CP Art. 27) y en la facultad de fundar establecimientos educativos (CP Art 67, Inc.1) y los derechos de los padres de educar a sus hijos y a participar en la dirección de instituciones de educación (CP Art. 68, Inc. 2) el constituyente se ha manifestado a favor de los niños al consagrar la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás (CP art. 42 ,Inc. 2), lo que significa que la mejor alternativa que responda objetivamente a su interés y al desarrollo de su personalidad es lo que en cada caso concreto deberá promoverse”.

El inciso 4 del artículo 68 se encuentra respaldado por el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, el cual en artículo 18 expresa el derecho de los padres para escoger la educación de sus hijos.

17. DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA

Art. 58 CN: *“Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivo de utilidad pública o interés social definido por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Estas se fijarán consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, incluso respecto del precio.

Con todo el legislador, por razones de equidad podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador no serán controvertibles judicialmente”.

Lo que corresponde decir primeramente es que este derecho de propiedad nunca ha sido absoluto, porque siempre, aún desde la Constitución de 1886, ha primado el interés general sobre el individual; a más de que en 1936 se le agregó la función social y ahora, en 1991 la función ecológica. El mismo derecho puede ser expropiado por razones de utilidad pública.

Es equivocadamente un derecho fundamental que según la norma del artículo 58 establece dos protecciones:

1. Garantiza la propiedad privada.
2. Garantizan igualmente los derechos adquiridos con arreglo a la ley.

Y como el hombre requiere apropiarse por lo menos, de lo que necesita para subsistir es un derecho inherente a la naturaleza humana. La indispensable relación entre el hombre y la propiedad resulta del derecho que liga a la persona con los bienes, siendo un derecho fundamental en todos los regímenes políticos con excepción del comunista donde la propiedad colectiva reemplaza a la individual.

En sentencia T- 381 de 14 de septiembre de 1993, la Corte Constitucional ha dicho que:

“el derecho de propiedad es uno de los derechos constitucionales fundamentales, aunque ello no signifique que sea un derecho absoluto. La propiedad está garantizada en la Constitución en términos tales que no puede ser desconocida ni vulnerada por leyes posteriores mucho menos por actos de autoridad pública. Respecto de esto, para la defensa del núcleo esencial del derecho, cabe intentar la acción de tutela siempre que no exista otro medio judicial con el mismo propósito. Las posibilidades son escasas salvo el caso de perjuicio irremediable, habida cuenta de la consagración pormenorizada de procedimiento y medidas de protección”.

La sentencia T- 488 de 1992, en el mismo sentido manifiesta que:

“ (...) el derecho de propiedad reconocido y garantizado por la Carta Política, abarca todos los derechos patrimoniales de una persona, esto es que recae sobre las cosas y bienes entendidos estos como objetos inmateriales susceptibles de valor y que se desarrollan en el Código Civil, no cabe duda que en este sentido es un derecho fundamental “aunque es una función social que implica obligaciones”; según la precisa evolución política, económica y social por virtud de la regulación del ejercicio de este derecho del Código Civil y demás leyes que lo adicionan y complementan”.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA: NO ES UNA PERSONA JURÍDICA, ES OBJETO DE TUTELA DEL DERECHO

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Se define que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad”.*

La familia es una célula social, básica para el desarrollo de la sociedad, en lo social, económico y político; siendo primero que el Estado surge después que el individuo y se centra en un lugar equidistante de esos extremos, individuo y Estado, y con esa ubicación se erige en establecimiento o fundación de la sociedad para el desarrollo de los Estados y Naciones civilizadas. También cabe decir que es una organización primigenia y fundamental del Estado que nace primero que el derecho, que siendo posterior entra a regularla. Es así mismo una institución del derecho de familia.

La familia como célula social, como institución u organización básica del Estado o de las naciones, es objeto del derecho y merece su protección. Ese derecho que la protege, tutela una serie de interés jurídico: la vida, la integridad personal, el orden económico, social, el político y su desarrollo en todos esos ordenes; siendo sus titulares las personas naturales que la componen. Sin que se le reconozca a la familia una personería jurídica que la convierta en sujeto de derecho con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, porque no adquiere personería como la que tiene cada uno de sus integrantes.

Pero de todas maneras, como organización social que es se le protegen sus valores inherentes, como la finalidad conyugal, la unidad familiar, la comunidad doméstica, la sociedad conyugal o los bienes que integran esa sociedad, el aspecto patrimonial en general, la unión marital de hecho, la disolubilidad del matrimonio, o la cesación o suspensión de los efectos civiles, la asistencia alimentaria, la ayuda y socorro recíproco, la relaciones sexuales, la moralidad sexual, etc.

Como todo converge en la integridad de la organización de esa institución familiar, como célula fundamental del desarrollo de la sociedad, se le protege no como ente abstracto sino como depositaria de todos esos valores desde el punto de vista afectivo, económico, social, moral y jurídico por la comunión de esos mismos intereses que facilitan la realización personal, que es la esencia de la familia. Por eso el amparo toca con todos los comportamientos que controviertan esos intereses o que intenten vulnerarlos, poniendo en peligro la familia.

Actualmente hay problemas frente a esa organización nuclear de nuestra sociedad, la familia está padeciendo una serie de choques de índole cultural. Hasta hace unos años antes del Decreto 2820 de 1974, el jefe del hogar era el padre, la mujer luego de procrear, (a pesar de la capacidad civil

adquirida con la ley 28 de 1932), se dedicaba a educar a los hijos, a hacer las labores domésticas. Hoy todo ha cambiado y son cambios positivos que conllevan a que haya una cabal y verdadera realización de las personas que integran la familia; ya existe dirección dual del hogar a través de la potestad parental, (dada la igualdad de los sexos regulada en el Decreto inmediatamente sobredicho), y el hijo es protagonista en el hogar. El derecho tiene que irse acomodando a esos cambios para regularlos, antes que la costumbre y esa realidad lo derogue, porque se quede en el tiempo, atrás de esos cambios sociales.

El tratamiento de este tema en el derecho comparado lo exponen los Hermanos Mazeaud y lo recoge en su libro *Lecciones de Derecho de Familia* la Doctora Isabel Grisanti Aveledo de Luigi, que solamente enunciamos de la siguiente manera:

Actualmente existen opiniones divergente respecto a si la familia es o no persona jurídica civilistas como:

Savatier, entre ellos, sostienen que la familia es persona jurídica. A juicio de estos autores existen categorías de derechos subjetivos que no pertenecen propiamente hablando a ninguna de las personas físicas que componen la familia, sino a ésta considerada como grupo. Citan, entre otro, el nombre patronímico, los títulos nobiliarios, los escudos de familia.

Pero la tesis que sostiene la personalidad jurídica de la familia ha tenido grandes impugnadores, Dabin por ejemplo, afirma que existe una institución familiar, es decir, deberes y derechos familiares, pero no persona jurídica familia.

Legaz y Lacambra, por su parte destaca que la familia no suele ser reconocida como sujeto de derecho por las legislaciones. En verdad no se imputan a la unidad de la familia los actos realizados por el jefe de la misma; no es la familia la que posee el derecho donde existe el derecho al voto familiar, ni la que percibe el subsidio donde se halla implantado. No se registra nombre de la familia la propiedad de sus miembros¹³⁶.

IV. CONCLUSIONES

En la historia constitucional nuestra, que comienza desde la Constitución del Estado Soberano del Socorro, el 15 de agosto de 1810 a la Constitución de 1991, sólo en ésta última se reguló en el artículo 42 la familia como célula social básica para el desarrollo social o como núcleo fundamental de la sociedad, a toda clase de familia: la matrimonial, extramatrimonial y la adoptiva; resaltando que las dos primeras solo precedían de la pareja formada por hombre y mujer. Pero ya el código Civil sancionado con la Ley 84 de 26 de mayo de 1873, artículo 874, en el Título de los Derechos de Uso y Habitación, la definía en sentido amplio. Ambas consagraciones toman como base la familia en

¹³⁶ GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, *Lecciones de Derecho de Familia*, Págs. 21, 22, 23. Sexta edición 1994, Vadell Hnos. Valencia-Venezuela. León, Henry, Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil; Parte I. Volumen III. La Familia Constitución de la Familia*. Traducción de Luis Alcalá Zamora Y Castillo, Abogado Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1959, Pags.83-93; 16-21.

sentido estricto: el conjunto de personas integrado por padre, madre e hijos que viven bajo un mismo techo.

Esa familia es objeto de derechos, mas no es persona jurídica; pues no tiene esa naturaleza jurídica ni esa connotación.

Todos los derechos constitucionales que tienen que ver con la familia son fundamentales, siendo la persona como integrante del Estado Social de Derecho el comienzo y el fin, el objeto y el sujeto del Estado Social de Derecho, un fin en sí mismo, haciendo que todo lo que el Estado acometa tenga como límite la persona en su dignidad y respeto.

Los derechos que tienen que ver con la familia son: derecho de la persona y amparo de la familia, art 5; derecho de la intimidad, art 15; a la igualdad ante la ley y las autoridades, art 13; a la libertad de locomoción y movimiento art 28; a la inmunidad penal, art 33; a la asociación, art 38; derechos y deberes en la constitución familiar, art 42; la igualdad de deberes y derechos en la institución familiar, art 43; protección a los adolescentes, art 45; a la tercera edad, art 46; a los disminuidos físicos y psíquicos, art 47; derecho del niño menor de un año, art 50; derecho al trabajo, art 53; a la educación gratuita en instituciones del Estado, art 67; libertad de enseñanza, art 68; derecho de propiedad privada, art 58.

En cuanto al matrimonio como alternativa para formar una familia solo puede ser entre un hombre y una mujer; no obstante hay otros caminos distintos para integrarla como cuando el hombre individualmente adopta a un menor o cuando la mujer adquiere para inseminarse el semen en un banco sin importarle a quien pertenezca y tiene el hijo.

También es innegable que ahí hay familia, los arts. 13 y 2, no permiten discriminación que excluya de derechos a estas familias y se los otorga a la pareja de homosexuales. La Corte Constitucional en Sent. T-881 de 2002 señala que la dignidad humana se manifiesta en tanto libertad en posibilidad de autodeterminarse según el propio destino o la idea particular de perfección con el fin de darle sentido a la propia existencia. La dignidad humana como principio fundamental del Estado es un presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplados en la Constitución, sin que sea limitado bajo ninguna circunstancia.

La misma corte en Sentencia C-75 de 2007 declaró la igualdad patrimonial de las parejas heterosexuales y homosexuales, en interpretación extensiva de la Ley 54 de 1990 y Ley 979 de 2005; y extendió el beneficio del sistema general de salud, para gozar de los derechos del P.O.S, siendo afiliado uno(a) y cotizante otro(a). Sent. C-521 de 2007.

BIBLIOGRAFÍA

ARENAS SALAZAR, Jorge. 1993, *La Acción de Tutela una acción humanitaria* Pág., 87, 2ª edición, Ediciones Doctrina y Ley Bogotá.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA NACIONAL Art.: 1, 5, 13, 15, 28, 33, 42, 43, 46, 67, 68, 126, 179, 267, 292.

GAITÁN BOHORQUEZ, Julio Cesar. 1996, *Los Derechos Fundamentales Objeto Jurídico Tutelar*, Págs., 70, 77, 316 y 317.

GARCIA SARMIENTO, Eduardo. 1992. *La Familia, el menor y la tercera edad en la Constitución* págs. 21, 25, 8, 11, 12, 13, 29. Fascículo Nº 5, 1ª edición, Editorial Librería el Foro de la Justicia – Bogotá.

GRISANTI AVELEDO DE Lugi, Isabel. *Lecciones de Derecho de Familia*, págs. 21, 22, 23. Sexta edición, 1994, Vadell Hermanos, Valencia-Venezuela.

LEON, Henry. Jean Mazcaud. *Lecciones de Derecho Civil*; parte I, Volumen III. *La Familia Constitución de la Familia*. Traducción de Luí Alcalá Zamora y Castillo, Abogado. Ediciones Jurídicas Europa, América, Buenos Aires 1959, Págs.: 83, 93, 16, 21.

MARTÍNEZ CIFUENTES, Juan. *La pensión de sobrevivientes*, Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia, 2009, págs. 115 a 120.

MORALES ACACIO, Alcides. *Lecciones de Derecho de Familia*, 2ª edición, Págs.: 17, 18, 20, 21 a 33, Editorial Leyer, Bogotá 2006.

PEREZ VILLA, Jorge. *Constitución Política de Colombia* Segunda edición, págs. 18, 58, 59, 74, 75, 91, 104, 1996, Editorial Leyer.

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

T- 278 de 1994.

T- 499 de 21 agosto/92.

T- 008 de 8 mayo/92.

T- 462 de 13 junio/92.

T- 451 de 10 julio/92.

T- 473 de 14 julio/92.

T-439 de 2 julio/92.

T-530 de 23 sept./92.

T- 512 de 9 sept./92.

C-588 de 12 nov./92.

T-490 de 13 agosto/92.

T-542 de 25 sept./92.

C-075 de 7 febrero/07.

C- 486/05.

T-881/2002.

T- 532/92.

C-221/94.

T- 124/93.

T- 791 de 2005.

C-811-30 oct./07.
C-521 de 2007.
C- 542 de 10 oct./92.
T-426 de 24 junio/92.
T-144 de 30 marzo/95.
T-450 de 10 julio/92.
T-002/92.
T-219 de 9 junio/93.
T-381 de 14 sept./93.
T-488/92.

NORMAS LEGALES Y CONSTITUCIONALES

Ley 57 de 1887.
Ley 153 de 1887.
Ley 28 de 1932.
Decreto 2820 de 1974.
Ley 54 de 1990.
Ley 100 de 1993.
Ley 979 de 2005.
Constitución nacional Art. 42, 43, 44, 45, 46, 47, - 1,2,3,4,5,15,13, 5, 28, 33, 38, 50,58,53, 86, 88, 63, 6, 7, 68, 214.