

La irradiación constitucional
en la jurisprudencia
del Derecho de Familia
en Colombia

Laureano Gómez Serrano
Mónica Cortés Falla

LA IRRADIACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL DERECHO DE FAMILIA EN COLOMBIA

AUTORES: Laureano Gómez Serrano, Mónica Cortés Falla.

FECHA DE RECEPCIÓN: junio 28 de 2010

DIRECCIÓN: lgomezse@unab.edu.co

RESUMEN: Este documento es producto de la investigación denominada la Irradiación Constitucional en la Jurisprudencia del Derecho de Familia en Colombia, realizada por los profesores Laureano Gómez Serrano y Mónica Cortés Falla, y en la cual han colaborado como asistentes de investigación las estudiantes de la Facultad de Derecho Jessica Tatiana Gómez y Karen Güisa.

La investigación corresponde al Grupo de Hermenéutica Jurídica, en su línea Análisis Jurídico, que fue iniciada en diciembre de 2009, y concluida el 31 de mayo de 2010.

PALABRAS CLAVE: Irradiación, Efectos, Constitución Política, Derecho de Familia, Colonia, República.

ABSTRAC: This document is the product of research called "la Irradiación Constitucional en la Jurisprudencia del Derecho de Familia en Colombia", by Mónica Cortés Falla and Laureano Gómez Serrano, which have worked as research assistants students of the Faculty of Law Jessica Tatiana Gómez and Karen Güisa.

The research belongs to the Group of Legal Hermeneutics, which was initiated in December 2009 and concluded on May 31, 2010.

KEY WORDS: Irradiation, Effects, Constitution, Family Law, Colony, Republic.

La irradiación constitucional en la jurisprudencia del Derecho de Familia en Colombia

Laureano Gómez Serrano
Mónica Cortés Falla¹

I.- INTRODUCCION²

Este documento es producto de la investigación denominada la Irradiación Constitucional en la Jurisprudencia del Derecho de Familia en Colombia, realizada por los profesores Laureano Gómez Serrano y Mónica Cortés Falla, y en la cual han colaborado como asistentes de investigación las estudiantes de la Facultad de Derecho Jessica Tatiana Gómez y Karen Güisa.

1 Laureano Gómez Serrano, es Doctor en Justicia y Derecho, Gobernabilidad y Procedimientos Judiciales, por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (2007), obtuvo el grado en Estudios Avanzados de Tercer Ciclo en Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (2001) y es doctor en Derecho Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia (1977); Especialista en filosofía de la Ciencia del Convenio entre la Universidad de Antioquia y la Universidad Industrial de Santander -UIS (1994), y Especialista en Derecho de Familia del Convenio entre la Universidad Externado de Colombia- UNAB (1990).

Es profesor de pregrado, especialización y maestría en la Universidad Autónoma de Bucaramanga, y ha dictado la Cátedra de Hermenéutica Jurídica en la Maestría En Hermenéutica y Derecho de la Universidad Industrial de Santander.

Es profesor de pregrado, especialización y maestría en la Universidad Autónoma de Bucaramanga, y ha dictado la Cátedra de Hermenéutica Jurídica en la Maestría En Hermenéutica y Derecho de la Universidad Industrial de Santander.

Mónica Cortés Falla, es Candidata a Doctor en Derecho, por la Universidad de Cantabria; obtuvo el grado en Estudios Avanzados de Tercer Ciclo (2003) de la Universidad de Cantabria, Magister en Educación de la Universidad Javeriana-UNAB (1996) y Abogada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (1986) y especialista en Derecho Comercial del Convenio entre la Universidad Externado de Colombia- UNAB (1989).

Es profesora de la Universidad Industrial de Santander en pregrado y en la Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho; y ha sido profesora de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, en pregrado, en cursos de especialización y en la Maestría en Derecho de Familia.

2 El texto preliminar de éste trabajo fue leído por Laureano Gómez Serrano, en la Maestría en Derecho de Familia, que se adelanta en la Universidad Autónoma de Bucaramanga, los días 28 de mayo y 26 junio de 2010.

La investigación corresponde al Grupo de Hermenéutica Jurídica, en su línea Análisis Jurídico, que fue iniciada en diciembre de 2009, y concluida el 31 de mayo de 2010

El soporte documental de esta investigación que conforma un Banco de Datos de la jurisprudencia de familia colombiana en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional sobre el Derecho de Familia, con sus respectivos análisis jurisprudenciales y la determinación de los institutos jurídicos básicos y accesorios, puede consultarse en el Archivo Documental del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, (UNAB).

II.- METODOLOGÍA

La investigación asume la teoría de Robert Alexy sobre el **“efecto de irradiación”** de los Derechos Fundamentales en la legislación ordinaria del Estado, que se desarrolló a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán y que es seguida por los principales doctrinantes del iusfundamentalismo.

En Colombia, la doctrina sobre el efecto de **“irradiación”** ha sido asumida por la Corte Constitucional; de manera particular, sus presupuestos doctrinales se han incorporado en las sentencias que la Corte ha proferido sobre los temas relativos al derecho de familia, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991.

Para el desarrollo de la investigación se han examinado, en primer término, las providencias judiciales más relevantes que se dictaron durante el régimen de la Colonia sobre el Derecho de Familia, por parte de la Real Audiencia de Santafé, extrayendo de ellas los conceptos fundamentales, frente a los institutos jurídicos relevantes, que guiaron su actuación como órgano judicial supremo en el Nuevo Reino.

En segundo término, se han examinando sesenta y seis (66) sentencias relevantes producidas por la Corte Suprema de Justicia en relación con los institutos jurídicos del Derecho de Familia, entre los años 1893, y la expedición de la Constitución de 1991, así como ochenta y cuatro (84) sentencias producidas desde la expedición de la nueva Carta hasta el presente, a las cuales se les hizo el correspondiente análisis jurisprudencial para extraer las tesis que constituyen los precedentes judiciales de la Corporación.

En tercer lugar, se analizaron los análisis jurisprudenciales a las ciento cuarenta nueve (149) sentencias relevantes que ha producido la Corte Constitucional Colombiana sobre los institutos jurídicos del Derecho de Familia, que configuran sus precedentes, y en los cuales se aplica la teoría del **“efecto de irradiación”** de los principios constitucionales en la legislación ordinaria.

Los análisis jurisprudenciales de cada una de las providencias se han recogido en un Banco de Datos que servirán de base documental y analítica de posteriores desarrollos del presente trabajo.

III.- RESULTADOS

En la investigación se han establecido cuatro períodos en que puede dividirse el desarrollo de la producción judicial en el territorio nacional, desde la colonia hasta nuestros días, teniendo como núcleo aglutinante los institutos jurídicos básicos del Derecho de Familia.

El primero de ellos, el período colonial, se caracteriza por la incorporación de las normas y los conceptos del Derecho Castellano en la estructura familiar del Nuevo Reino de Granada, desde la perspectiva formal, y las desviaciones de la conducta de peninsulares y criollos en la vida práctica real, que difícilmente eran contenidas por los jueces, ya que ellos mismos incurrieron en los abusos que se les había encomendado reprimir.

Como aspectos jurídicos relevantes en el periodo se destacan las relaciones matrimoniales, las oposiciones a matrimonios, infidelidades conyugales, las relaciones concubinarias, incestos, violaciones, abusos deshonestos y uxoricidio.

El segundo, el período republicano, caracterizado por la paulatina inserción del concepto de familia consignado en el llamado Código de Bello, que a pesar de señalar la igualdad de las personas ante la ley, estipuló una *“capitis deminutio”* de la mujer casada no sólo en sus relaciones conyugales, sino en el manejo de sus bienes propios y en los de la sociedad conyugal, que sólo viene a ser superado con la expedición de la Ley 28 de 1932.

En este período, la jurisprudencia aboca los aspectos relativos a la incorporación del matrimonio católico en el sistema jurídico de derecho civil, las desigualdades de género en el régimen conyugal, tanto en lo extrapatrimonial como en lo patrimonial, y el cambio generado en la administración de la sociedad conyugal en virtud de la Ley 28 de 1932.

Desde el punto de vista hermenéutico se destaca el ejercicio de la interpretación exegética y la utilización de argumentaciones conceptuales devenidas del viejo derecho castellano y colonial.

El tercero, de la República liberal, que se inicia con el gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo y la reforma constitucional de 1936, se caracteriza por la interpretación judicial de las normas que regularon la acción de investigación de la paternidad de los hijos naturales, el reconocimiento de la existencia de sociedades de hecho entre concubinos, el establecimiento de las relaciones de igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales y la constitución de las Uniones Maritales de Hecho y sus efectos patrimoniales.

Desde la perspectiva hermenéutica, se caracteriza por el uso frecuente del método sistemático y la incorporación de algunos elementos teleológicos, como la auscultación del *“interés social”* en algunas decisiones.

El cuarto, que ha sido de desarrollo jurisprudencial de los principios y valores de la Constitución Política de 1991, se caracteriza por la irradiación de éstos al Derecho de Familia, modificando conceptos fundamentales que tradicionalmente lo habían inspirado para incorporar de manera efectiva el derecho a la igualdad en el seno de la institución familiar y los postulados de protección a la familia, la infancia y los menores de edad.

Desde el punto de vista la interpretación jurídica se destaca la utilización del método teleológico-sociológico, y la creciente utilización de las técnicas de la ponderación, la proporcionalidad y los **test de igualdad**, y el traslado del peso gravitatorio de los precedentes judiciales a la Corte Constitucional, bien sea en el ejercicio del control de constitucionalidad a la legislación pre y post constitucional, y de la jurisdicción de tutela.

IV.- CONCLUSIONES

En la fase colonial y el período republicano de la jurisprudencia de familia, no existía una línea de precedentes coherente que permitiera la salvaguarda de los derechos de la mujer, quien se hallaba sometida a la potestad marital ejercitada para mantener, al menos en apariencia, los principios y valores del régimen matrimonial católico.

Especiales agravios se infligían a las mujeres esclavas, no sólo en sus personas, sino en el de sus hijos, que llegaban hasta el punto de propiciar abortos, lesiones corporales, infanticidios y suicidios.

Los hombres desarrollaban a la par con el vínculo matrimonial relaciones concubinarias, y por demás podían desconocer la filiación al producto de sus relaciones extramatrimoniales, endilgando a las concubinas o **“mujeres libres”**, inestabilidad de la relación, promiscuidad, ausencia de obligación de fidelidad o simplemente entabando la producción de las pruebas de las relaciones sexuales en la época de la concepción.

Como efecto de la instauración de la llamada segunda república liberal, o la **“Revolución en Marcha”**, con el acceso al gobierno del presidente Alfonso López Pumarejo, se produjeron cambios normativos de orden constitucional y legal, que permitieron, aunque lentamente, la mutación de la jurisprudencia en materia matrimonial, con la plena restauración del matrimonio civil y del divorcio, así como la relativa a la acción de filiación de los hijos extramatrimoniales y al reconocimiento de efectos patrimoniales de las uniones libres, bajo el concepto de la Sociedad de Hecho entre concubinos.

Igualmente, se asumieron en la jurisprudencia los cambios en el régimen jurídico de los hijos y sus repercusiones hereditarias

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, por el efecto de irradiación de los Principios y Valores Constitucionales, la legislación sobre la familia en Colombia ha visto un cambio esencial de sus estructuras en la perspectiva de garantizar el derecho a la Igualdad, en especial en lo relativo a la de géneros y el reconocimiento de los derechos de la infancia y de los menores de edad, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han venido asumiendo y decantando a través de sus precedentes jurisprudenciales.

Los institutos jurídicos del Derecho de Familia se han visto impactados por el mandato constitucional de igualdad de las formas matrimoniales civiles, religiosas y de hecho, como lo son la asunción de la plena soberanía del Estado para determinar la cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos, la incorporación de la prueba genética en los procesos de filiación, y el reconocimiento de efectos extrapatrimoniales y patrimoniales a las relaciones homosexuales.

Estos cambios conceptuales han implicado el desarrollo y aplicación de nuevos instrumentos hermenéuticos, vinculados a la interpretación teleológica y sociológica, que se imponen tanto al Juez Constitucional y al Juez de la jurisdicción ordinaria, como valiosas herramientas que potencian su arsenal jurídico, pero que es necesario armonizar con los viejos cánones, estructurando líneas jurisprudenciales y precedentes, para todos y cada uno de los institutos del Derecho de Familia, a fin de poder otorgar seguridad jurídica a la sociedad.

Las conclusiones del trabajo de investigación se condensan en seis (6) capítulos a saber:

- I.- **EL PARADIGMÁTICO CASO LÜTH EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN**
- II.- **EL EFECTO DE IRRADIACIÓN**
- III. **EL PERIPLO COLONIAL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA Y LA FAMILIA.**
 - 3.1. **LA FAMILIA ESCLAVIZADA**
 - 3.2. **EL DULCE REINO DEL HOGAR**
- IV.- **LA REPUBLICA Y EL DERECHO DE FAMILIA**
 - 4.1. **EL MATRIMONIO EN EL PAÍS CRISTIANO**
 - 4.2. **CAPITIS DEMINUTIO DE LA MUJER**
 - 4.3. **LA LEY 28 DE 1932 Y LA SOCIEDAD CONYUGAL**
- V.- **LA REPÚBLICA LIBERAL Y LA FAMILIA**
 - 5.1. **LA REVOLUCION EN MARCHA Y LOS HIJOS NATURALES**
 - 5.2. **LA IGUALDAD DE LOS HIJOS**

- 5.3. EL CONCUBINATO
- 5.4. LA UNIÓN MARITAL DE HECHO (UMH)

- VI- EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO, LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y SU IRRADIACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA
- 6.1. LA IRRADIACIÓN EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- 6.2. LA IRRADIACIÓN EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

V.- BIBLIOGRAFÍA

En el desarrollo de la investigación se ha utilizado la siguiente bibliografía básica:

ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, páginas 45 a 106.

ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, Sección Colonia, *Asuntos Civiles-Cundinamarca*.

BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang. *Sobre la situación de la dogmática de los Derechos Fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental*, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*; Badem-Badem, Nomos, Verlagsgesellschaft, 1993.

BELLO, Andrés. *Código Civil para la República de Chile*, Obras Completas. Caracas. 1998.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *The Growth of de Law, New Have, London, Oxfor, 1924, Law in Justicie (1932)*.

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN- Libro de Leyes Federales (BGB). Editorial BOSCH, Barcelona, 1955.

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN- Libro de Leyes Federales (BGB). Editorial BOSCH, Barcelona, 1955. Párrafo SS 826.

CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Editorial Temis, Bogotá, 1990.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE VÉLEZ, (Primera) 1853, Biblioteca Nacional, Bogotá, Miscelánea, 171, pieza 8.

CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA; Ariel Derecho, Barcelona, 1997, páginas 3 a 41. Artículo 5º, numeral 1, frase 1.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencias.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Antología de Jurisprudencia*, Corte Suprema de Justicia, Bogotá, 2006.

De VITTORIA, Francisco. *Relección sobre la templanza o el uso de las comidas & Fragmento sobre si es lícito guerrear a los pueblos que comen carnes humanas o que usan víctimas humanas en los sacrificios*. Grupo de traducción de Latín, Estudios interdisciplinarios sobre la Conquista y la Colonia de América, Universidad de los Andes, Bogotá, 1987.

DIARIO OFICIAL.

ESCRICHE MARTÍN, Joaquín. *Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia*, 4 volúmenes, 701 páginas, París, 1831.

Manual del abogado americano, dos tomos en francés; la edición en castellano realizada en Madrid en 1839, se denominó Manual del abogado o elementos del derecho español, fue reimpreso en 1856.

Elementos de derecho patrio; Madrid, 1838. Imprenta de Juan Redondo Calleja, 399 páginas, reeditado en Madrid en 1840 y en 1846.

FAVOREAU, Louis. *Legalidad y Constitucionalidad, La Constitucionalización del Derecho*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2000.

FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*; Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, página 225.

FRIEDE, Juan. *Fuentes Documentales para la historia del Nuevo Reino de Granada, desde la instalación de la Real Audiencia de Santafé*; Biblioteca del Banco Popular, tomos VII y VIII, Bogotá, 1976.

GACETA JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia.

GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo, Estudios de Teoría y metodología del Derecho*; Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Las jurisdicciones constitucionales en su fase actual de desarrollo*; UNED, Teoría y realidad constitucional, número 14, 2º semestre 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995.

LEY FUNDAMENTAL para la REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA, del 8 de mayo, promulgada el 23 de mayo de 1949.

LÓPEZ GUERRA, Luis. *Las Sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 1998.

MAYORGA GARCIA, Fernando. *La Audiencia de Santafé en los siglos XVI Y XVII*; Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1991.

REAL AUDIENCIA DE SANTA FE, en el Nuevo Reino de Granada. Libros de Acuerdos Públicos y Privados; Bogotá, tipografía Colon, casa editorial, 1938.

RODRIGUEZ FREILE, Juan. *El Carnero*, según el manuscrito de Yerbabuena.; Instituto Caro y Cuervo, Bogotá, 1984, y edición de don Felipe Pérez, en 1859, en la imprenta de Pizano y Pérez, en Bogotá, con 252 páginas.

ROJAS GÓMEZ, Roberto. *La Esclavitud en Colombia, Boletín de Historia y Antigüedades*, Academia Nacional de Historia, Año XIV, número 168, mayo de 1925.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN. Cincuenta años de Jurisprudencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Honrad Adenauer- Stiftung, Bogotá, 2003.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

VILLEGAS DEL CASTILLO, Carolina. *Del Hogar a los Juzgado: reclamos familiares ante la Real Audiencia de Santa Fé a finales del período colonial (1800-1809)*, Historia Crítica, No. 31, Enero-Junio de 2006, páginas 101 a 120, página 108.

VI.- EXPOSICIÓN

Superada la fase de indagación del fenómeno objeto de investigación, es preciso desarrollar su exposición, lo cual se hará en tres publicaciones que contienen los productos o resultados de la investigación.

La primera de ellas, se realiza mediante el presente trabajo, bajo la denominación de **“El principio de irradiación de los valores en la jurisprudencia de la Colonia y la República”** a cuyo efecto se presentan y exponen las conclusiones relativas a los siguientes temas:

- i.- El paradigmático caso Lüth en el Tribunal Constitucional Alemán
- ii.- El efecto de irradiación
- iii. El periplo colonial de los derechos de la persona y la familia.

3.1. La familia esclavizada

3.2. El dulce reino del hogar

iv.- La República y el derecho de familia

4.1. El matrimonio en el país cristiano

4.2. **Capitis deminutio** de la mujer

4.3. La ley 28 de 1932 y la sociedad conyugal

La segunda de ellas, se realizará bajo la denominación de **“El principio de irradiación de los valores en la República Liberal”** a cuyo efecto se presentan y exponen las conclusiones relativas a los siguientes temas:

v.- La República liberal y la familia

5.1. La **“revolución en marcha”** y los hijos naturales

5.2. La igualdad de los hijos

5.3. El concubinato

5.4. La unión marital de hecho (UMH)

La tercera de ellas, se realizará bajo la denominación de **“El principio de irradiación de los valores en el Estado Social de Derecho”** a cuyo efecto se presentan y exponen las conclusiones relativas a los siguientes temas:

vi- El Estado Social de Derecho , la Constitución de 1991 y su irradiación en el derecho de familia

6.1. La Irradiación en la Corte Suprema de Justicia.

6.2. La Irradiación en la Corte Constitucional

“EL PRINCIPIO DE IRRADIACIÓN DE LOS VALORES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA COLONIA Y LA REPÚBLICA”

I.- EL PARADIGMATICO CASO LÜTH EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

Los principios y derechos constitucionales, en especial los instituidos como Derechos Fundamentales, impregnan el ordenamiento jurídico, como consecuencia del efecto de irradiación ínsito en la norma fundamental, como lo reconoció el Tribunal Constitucional Federal Alemán en célebre sentencia del 15 de enero de 1958, en el caso de Erich Lüth contra el Tribunal Estatal de Hamburgo.

El Tribunal Estatal de Hamburgo condenó a Erich Lüth³, como responsable de haber ocasionado daños al director de cine Veit Harlan, so pena de prisión o multa, a cesar en la promoción de un boicot por parte de los dueños de teatros como del público, contra la película antisemita “*Unsterbliche Geliebte*”, al hallar que dicha acción era contraria a las buenas costumbres, en lo relativo a la libre expresión de la opinión del cineasta, y por tanto, violatoria de la sección 826 del Código Civil Alemán.⁴

El Tribunal Constitucional encontró que la sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo, como acto del poder público expresado por la jurisdicción, enmarcado dentro del ámbito del derecho civil, vulneraba a su vez, el Derecho Fundamental de Libertad de Opinión de Lüth, protegida por el artículo 5º, numeral 1, frase 1, de la Constitución⁵, ya que las normas relativas a los Derechos Fundamentales, no sólo impregnan de sus efectos a los actos de la autoridades, sino que se irradian a toda la legislación, incluso a la que regula las relaciones de los particulares, en su decir,

“Los Derechos Fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del Derecho.

En el derecho civil se desarrolla indirectamente el contenido legal de los derechos fundamentales a través de las disposiciones de derecho privado. Incluye ante todo, disposiciones de carácter coercitivo, que

3 Erich Lüth era el director de la Agencia de prensa estatal de Hamburgo, mientras que su contraparte Veit Harlan, era un director de cine que había desempeñado un papel preponderante en el régimen nazi, y cuya película “Jud-Süss” se utilizó como un importante instrumento propagandístico para la persecución de los judíos

4 CÓDIGO CIVIL ALEMÁN- Libro de Leyes Federales (BGB). Editorial BOSCH, Barcelona, 1955. Párrafo SS 826: “Quien en forma violatoria de las buenas costumbres, le inflija un daño a otro, está obligado a repararle por lo daños ocasionados.”

5 Ley Fundamental para la República Federal Alemana, del 8 de mayo, promulgada el 23 de mayo de 1949, Constituciones de los Estados de la Unión Europea; Ariel Derecho, Barcelona, 1997, páginas 3 a 41. Artículo 5º, numeral 1, frase 1: “Toda persona tiene derecho a expresar y difundir libremente su

son realizables de manera especial por los jueces mediante cláusulas generales.”⁶

Así, entonces, ninguna disposición del derecho civil puede entrar en colisión con el orden constitucional, ya que todas las disposiciones normativas deben interpretarse según sus mandatos, no importa que sus preceptos sean preconstitucionales, ya que de ser así deben reinterpretarse en sus contenidos, de una manera acorde con el sistema de valores fundamental, en especial las que tienen que ver con el **“orden público”**; por consiguiente, las normas sobre Derechos Fundamentales extienden sus efectos hacia el Derecho Civil y son válidas frente a las relaciones particulares de las personas.

Corresponde al Juez, en cada caso, examinar en su ejercicio interpretativo, la forma como los preceptos constitucionales irrumpen en las normas civiles, en especial aquellas cláusulas generales que contemplan normas coercitivas o de **“orden público”**, deduciendo los efectos modificatorios generados; por tanto, si los omite incurre en vulneración del derecho constitucional objetivo por desconocimiento del derecho fundamental, lo que abre al ciudadano las puertas de ataque a la decisión judicial, mediante la acción de amparo constitucional.

El Tribunal Constitucional alemán, al resolver sobre la colisión de dos derechos fundamentales, el del cineasta y el del periodista Lüth, encontró que no podía restringirse, con fundamento en la norma de ss 826 del Código Civil (BGB), el ejercicio de un derecho que como la libertad de expresión, dimana de la personalidad humana y hace parte del orden estatal democrático cuya esencia es propiciar la controversia ideológica, la contraposición de opiniones, su elemento vital, o, como lo dijo el juez Cardozo: **“La matriz, la indispensable condición de toda forma de libertad.”⁷**

En julio de 1959, el Tribunal Constitucional alemán declaró como inconstitucionales los párrafos 1628 y 1629 de la Constitución de Baviera, en los cuales se disponía que en caso de divergencia entre las opiniones de los padres respecto del cuidado de la persona y bienes de sus hijos, el padre podía asumir de manera exclusiva el derecho de decisión y representación del niño.

El Tribunal, en su motivación procedió a construir una esmerada argumentación doctrinal sobre el principio de igualdad en relación con los derechos del marido y de la mujer en el matrimonio y en la familia, así como la responsabilidad compartida e indivisible, que debe ser asumida equitativamente, frente a los hijos, y constituyen paradigma para la jurisprudencia y la praxis judicial, y que después fueron acogidos en la Ley de familia alemana; el Tribunal afirmó:

opinión, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos.”

6 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, sentencia 7, 198, del 15 de enero de 1958, Sala Primera. Cincuenta años de Jurisprudencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Honrad Adenauer- Stiftung, Bogotá, 2003, página 132.
7 CARDOZO, Benjamin Nathan. The Growth of Law, New Have, London, Oxford, 1924, Law in Justice (1932), página 38. “...the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of

“El principio de igualdad de derecho del esposo y la esposa en el matrimonio y en la familia tiene también plena validez para el ordenamiento de la relación de los padres con los hijos (...) Y de la estrecha comunidad existente entre los padres y su responsabilidad compartida frente al niño se desprende la igualdad de padre y madre también en su relación con los hijos. Dado que esta responsabilidad es indivisible, debe ser asumida equitativamente por ambos padres.”⁸

También se pronunció el Tribunal Constitucional alemán en relación con la ley de plazos en el aborto, a la luz del artículo 2º, frase 2, de la Ley Fundamental Federal alemana, que dice:

(...) 2. Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Esos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.”

Y del artículo 1º, número 1, que dice:

“Artículo 1; numeral 1. La dignidad del hombre es inalienable. Es deber de todas las instituciones del Estado su respeto y protección.”⁹

Las normas examinadas fueron el ss 218 del Código Penal en la versión de la Quinta ley para la reforma del derecho penal (5 StrRG) de 18 de junio de 1974 (BGBl I, página 129). El Tribunal sostuvo que el primero de los artículos protege la vida que se halla en gestación en el vientre materno en su calidad de bien jurídico independiente, enfatizando en la obligación de protección del Estado frente a la vida no nacida, e indicó cómo debe el Estado cumplir con sus obligaciones para la efectiva protección de dicha vida; al efecto dijo:

“La obligación de protección que corresponde al Estado es vasta. No sólo prohíbe-lógicamente- intervenciones estatales directas en la vida que se desarrolla, sino que también ordena al Estado colocarse en forma protectora y fomentadora junto a esta vida incipiente, es decir, debe también protegerla de toda intervención ilegal por parte de terceros...”¹⁰

En desarrollo de las exigencias planteadas, el Tribunal procedió a examinar la Ley de Plazos en cuestión y la encontró inconstitucional por cuanto despenaliza la interrupción del embarazo, cuando no existe motivo alguno que sea consistente con el orden de valores de la Ley Fundamental, ya que la protección del feto no puede ser cuestionada durante un plazo determinado.

freedom”.

8 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, sentencia 10, Julio de 1959, Sala Primera. En Cincuenta años de Jurisprudencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Honrad Adenauer- Stiftung, Bogotá, 2003, página 101.

9 Ley Fundamental para la República Federal Alemana; Op. Cit., página 3.

10 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, sentencia 218 StGB, 39,1, del 25 de febrero de 1975 de la Sala Primera, en la audiencia pública del 18/19 DE NOVIEMBRE DE 1974- 1 bVf

Sin embargo, al encontrar también que en algunos casos la continuación del embarazo puede resultar inadecuada y se hace necesaria la interrupción para evitarle a la embarazada un peligro para su vida o el peligro de un detrimento grave en su estado de salud, así mismo que existen otras circunstancias de gran peso, que hacen indispensable despenalizar algunos casos de interrupción del embarazo, razón por la cual procedió a formular un catálogo de indicaciones constitucionales, que el legislador, dos años después, incorporó en la legislación sobre el aborto; el Tribunal dijo que existen **“intereses igualmente dignos de protección, a cuya luz el orden jurídico del Estado no podía exigir que la embarazada deba ceder forzosamente a los derechos del no nacido bajo toda circunstancia.”**¹¹

En efecto, cuando el bien jurídico del que está por nacer colisiona con los Derechos Fundamentales de la mujer embarazada, en especial los derechos a su vida, a su dignidad humana, a su personalidad, a su integridad, no es posible exigir a la mujer sacrificar su vida o sus derechos correlativos y, por tanto, el legislador puede disponer la despenalización de la conducta en estos casos excepcionales.

II.- EL EFECTO DE IRRADIACIÓN

Para el Tribunal Constitucional alemán, la ley ordinaria no puede relativizar la eficacia de los derechos fundamentales; por tanto, ella debe interpretarse siempre a la luz de su significado, otorgar siempre la preponderancia al valor constitucional, reconocer su significado mediante la ponderación de los bienes jurídicos que colisionan en cada caso.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, cuando aboca el tema de las relaciones de la ley ordinaria preconstitucional frente a los preceptos de la nueva Constitución, al reconocer la supremacía de la norma fundamental, señala que ésta es para ellas una norma de superior jerarquía y además posterior y que, por tanto, la concurrencia del doble criterio jerárquico y temporal conduce a la conclusión de que la ley no puede colisionar con los principios y valores constitucionales, ya que la ley resultaría inválida e ineficaz, por la doble arista de la inconstitucionalidad y la pérdida de vigencia.¹²

Así mismo, dice que cuando las leyes preconstitucionales se opongan de manera irreductible a los preceptos de la nueva Constitución, ella operará con su fuerza derogatoria, pero en los otros eventos, cuando la contradicción no es antagónica, entonces, **“....los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico- como afirma el artículo 1.4 del Título Preliminar al Código Civil- que debe ser así interpretado de acuerdo con los mismos.”**¹³

1,2,3,4,56/74.; en Cincuenta años de Jurisprudencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMAN, Op. Cit, página 68 y ss.

11 Ibídem.

12 Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, STC 4/81, del 2 de febrero, fj 1. En LÓPEZ

Igualmente, el Tribunal Español ha sostenido que los principios constitucionales son fuente inmediata de derechos y obligaciones que vinculan a todos los poderes públicos, en especial cuando se refieren al contenido esencial de los Derechos Fundamentales, a cuyo respeto está ligado especialmente el legislador, así como que corresponde al intérprete dilucidar en cada caso en concreto, el modo de concebir o de configurar cada derecho; en su decir, **“Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose...”**¹⁴

De la naturaleza prevalente de las normas de derecho fundamental, con fuerza potenciada, se deriva su **“efecto de irradiación”** sobre el resto de las normas jurídicas, que las configuran como determinadoras y guías de toda la legislación, como lo dice el Tribunal Constitucional Federal Alemán:

“Las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico constitucional, vale para todos los ámbitos de derecho y proporcionan directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia.”¹⁵

Según Robert Alex¹⁶, el **“efecto de irradiación”** de la Constitución, junto con los principios de proporcionalidad y de expansión de los Derechos Fundamentales, constituyen los tres aspectos esenciales del Derecho de los estados constitucionales; en su Teoría de los Derechos Fundamentales¹⁷, al desarrollar el paradigma teórico del Tribunal Constitucional alemán, asume una comprensión axiológica de estos y entiende sus normas como principios, esto es, como mandatos de optimización o estándares jurídicos que para su realización dependen de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso en concreto.

Dentro de tal concepción, cuyo punto de partida se encuentra en Smend¹⁸, los principios se asimilan a valores, y los valores se conciben como criterios que **“no son**

GUERRA, Luis, Las Sentencias básicas del Tribunal Constitucional, CEPC, Madrid, 1998, página 43.

13 Ibidem, página 45.

14 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, STC 11/81, del 8 de abril, FJ 8; en LÓPEZ GUERRA, Luis, Op. Cit, página 83.

15 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, BverfGE 7, 198 (207), y BverfGE 34, 269 (280), en Cincuenta años de Jurisprudencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, Op. Cit.

16 Vid. ALEXY, Robert. Derechos sociales y ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, páginas 45 a 106.

17 Vid. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

objeto de algún tipo de evidencia sino objeto de valoración.”¹⁹, por ello, la diferencia entre los principios y valores es sutil, sólo radicaría en que los principios expresan un concepto deontológico, dan cuenta del **“deber ser”**, mientras que los valores se refieren a una cualificación axiológica, y se refieren a **“lo que es bueno”**; así, siguiendo al Tribunal Constitucional Federal alemán, los Derechos Fundamentales, son referidos como criterios de valoración establecidos por la norma constitucional.

Los principios constitucionales no se expresan de forma unívoca y constante, sino que, por el contrario, se proyectan en cada caso de manera particular y concreta, y deben ser deducidos para establecer el orden y sistema de precedencia, mediante el uso de un instrumental idóneo, que es la **“Ponderación”**; en efecto, cuando los principios colisionan, hay que optar por dar prevalencia a uno sobre otro, pero procurando acatar al máximo el mandato de optimización de los principios, dando relevancia al de mayor importancia mediante un exhaustivo ejercicio de argumentación racional.

Borowsky²⁰, discípulo de Alexy, acotaría que el ejercicio de ponderación debe extenderse mediante un procedimiento metódico estricto hasta poder determinar el **cuantum**, o grado y peso de afectación de cada principio, a fin de establecer de una manera precisa sus relaciones de precedencia, esto es, mediante la aplicación de la técnica de **“proporcionalidad”**.

Habermas no comparte la equiparación entre valores y principios, a cuyo efecto expresa que **“los Derechos Fundamentales están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción y no conforme al modelo de bienes apetecibles”**²¹, por cuanto señala que entre principios y valores existen cuatro distinciones:

- i) Los principios hacen referencia a una acción deontológica (**deber ser**), mientras que los valores hacen referencia a una acción teleológica.
- ii) Los principios expresan sus pretensiones de validez de manera binaria (válido/ no válido), mientras que los valores lo expresan de manera gradual (mayor o menor preferencia).
- iii) Los principios tienen un carácter vinculante absoluto (obligación incondicional y universal), mientras los valores un carácter vinculante relativo (preferencias).

18 Vid. SMEND, Rudolfh. Constitución y Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

19 ALEXY, Op. Cit., página 151.

20 Vid. BOROWSKY, Martín. La restricción de los Derechos Fundamentales, Revista Española de los Derechos Fundamentales número 59; Madrid, 2000, páginas 29 a 56; página 46; y en la Estructura de los

- iv) Los sistemas de principios deben guardar una relación de coherencia, mientras que los sistemas de valores establecen relaciones de preferencia, compitiendo entre sí, generando configuraciones que simultáneamente son flexibles y tensas.

Para Habermas es necesaria la distinción entre principios y valores, así como también se hace indispensable distinguir entre el ámbito de la legislación y el de la jurisdicción; si el Tribunal constitucional pondera valores, y con ese mecanismo determina reglas aplicables a un caso concreto, entonces, interviene en el espacio de las competencias del poder legislativo, atribuyéndose la potestad de crear la regla aplicable y de aplicarla, con lo cual se socava la separación de poderes y se irrumpe contra el equilibrio necesario entre la consagración de los Derechos Fundamentales y la decisión democrática de concretar el ámbito de su eficacia, y de paso pone en cuestionamiento la legitimidad del mismo Tribunal constitucional.

Hesse²² acota que a pesar de las críticas y controversias sobre la naturaleza de los Derechos Fundamentales, al impulso de la jurisprudencia del Tribunal alemán, la concepción de los Derechos Fundamentales como orden de valores ha terminado por imponerse, reconociendo la relación que existe entre sus dos planos, el objetivo y el subjetivo, influyendo en todo el derecho y no sólo en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos; por tanto, ellos ligán no sólo al legislador, sino a todos aquellos que deben aplicar el derecho, en cuyo ejercicio de intelección e interpretación deben tener en cuenta el efecto de irradiación de los Derechos Fundamentales sobre todo el ordenamiento jurídico.

Guastini²³ sostiene que la característica principal de estado constitucional moderno, no es la existencia de la Constitución, sino que sus ordenamientos se hallan totalmente impregnados por las normas constitucionales, mientras que, para Dworkin²⁴ la interpretación y aplicación de las normas deben sujetarse a los valores y principios constitucionales que irradian el ordenamiento jurídico en su totalidad (***Austrahlungswirkung***); por su parte, Louis Favoreau, afirma, por su parte, que **“en el Estado legal, la constitucionalidad no era más que un componente accesorio de la legalidad. Hoy en día, en el Estado de derecho, la legalidad no es más que un componente de la constitucionalidad.”**²⁵

Forsthoff aduce que si se entiende que la Constitución es un sistema de valores, el Estado se encuentra obligado no sólo a reconocer estos valores, sino a realizarlos:

Derechos Fundamentales, UEC, Bogotá 2003.

21 HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez, Editorial Trotta, Madrid, 2001, página 329.

22 Vid. HESSE Konrad. Derecho constitucional y derecho privado, Civitas, Madrid, 1995.

23 Vid. GUASTINI, Ricardo. Distinguiendo, Estudios de Teoría y metodología del Derecho; Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.

24 Vid. DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1984.

“Si se entiende la Constitución como un sistema de valores, el siguiente paso lógicamente obligado es la exigencia de realizar también esos valores...”²⁶

Böckenforde²⁷ señala que aceptar que los Derechos Fundamentales constituyen un orden objetivo de valores implica un cambio en la estructura constitucional, ya que por su fuerza expansiva ellos potencian su alcance y extensión, y las sentencias constitucionales sólo tendrían la función de reconocer su existencia, perdiendo connotaciones interpretativas; igualmente se traducirían en una pérdida de la capacidad configurativa y determinante del legislador, que quedaría desplazado de su competencia originaria de creación de derecho, ya que al estar todo el orden jurídico contenido en la Constitución, sólo se requiere su concreción, que es tarea de la jurisdicción constitucional, que así se erige en el poder determinante del Estado, en **“Señor de la Constitución”**.

El llamado **“efecto de irradiación”** da cuenta de la acción causal de los Derechos Fundamentales sobre el ordenamiento de derecho privado, para resolver las posibles colisiones entre los derechos de los ciudadanos, unas veces estructurando los institutos jurídicos que permiten el desarrollo de la autonomía de la voluntad, en otras ocasiones otorgándoles significados que trascienden la simple expresión gramatical, vinculando a sus efectos la legislación civil, la jurisprudencia civil y la acción de los ciudadanos.

Así, ninguna disposición del derecho civil, por refractaria que parezca, puede sustraerse al **“efecto de irradiación”** de las normas iusfundamentales, ya que el sistema de valores constitucionales, sus principios y contenidos, dada su pretensión de universalidad, impregnan todo el sistema jurídico sin importar su fecha de expedición o de entrada en vigencia, como lo señala el Tribunal Constitucional Federal:

“...ninguna disposición de derecho civil puede estar en contradicción con él, todas deben interpretarse en su espíritu. El contenido legal de los Derechos Fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el derecho privado a través de las disposiciones que predominan directamente en este campo del derecho. Al igual que el nuevo derecho debe estar en concordancia con el sistema de valores fundamental, el viejo derecho existente debe orientarse en cuanto al contenido, en este sistema de valores; de ahí que se deriva para él un contenido

25 FAVOREAU, Louis. Legalidad y Constitucionalidad, La Constitucionalización del Derecho, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2000, página 11.

26 FORSTHOFF, Ernst. El Estado de la sociedad industrial; Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, página 225.

27 BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los Derechos

constitucional específico, que determina de ahora en adelante su interpretación.²⁸

Como lo señala Hesse²⁹, el derecho privado en la sociedad contemporánea ya no puede autodeterminarse, por cuanto ahora se le superpone el ordenamiento constitucional, que tiene primacía sobre él, insuflándole un nuevo aliento con principios jurídicos amplios y frecuentemente indeterminados; para algunos autores alemanes como Düring, los efectos de los Derechos Fundamentales penetran al derecho privado, de forma mediata e indirecta mediante las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados, mientras que para otros, como Nipperdey, ellos hacen una irrupción directa en las relaciones jurídicas privadas (*Unmittelbare Drittwirkung*), y, por tanto, la defensa de los Derechos Fundamentales no sólo es ejercitable ante las autoridades estatales, sino también puede exigirse su protección ante las agresiones provenientes de terceros, tal y como lo estableció en Colombia el artículo 86 de la Constitución Política de 1991³⁰.

La Corte Constitucional colombiana, en reiteradas jurisprudencias se ha referido sobre el llamado **“efecto de irradiación”**, al sostener que el ordenamiento jurídico no se segmenta en compartimentos estancos, que permitan excluir algunas normas del influjo de las garantías y libertades constitucionales, sino todo lo contrario, éstas se difunden en todos los ámbitos del derecho, donde los derechos fundamentales actúan como un principio de interpretación de sus preceptos, acuñándolos e influyéndolos para conformarlos de acuerdo con su principios:

“Esta Corporación reitera nuevamente en esta oportunidad, que conforme a su jurisprudencia, la Carta política tiene una capacidad de irradiación sobre la interpretación de las leyes y de los contratos celebrados por los particulares, pues la educación y los derechos fundamentales de los ciudadanos constituyen un marco valorativo que impregna y condiciona todos los actos jurídicos celebrados por los coasociados. En consecuencia la celebración, interpretación, ejecución y terminación de los contratos no puede conducir a una arbitrariedad por parte de uno de los signatarios del negocio jurídico, máxime cuando con el incumplimiento del mismo se afecta un derecho fundamental como ocurre en este evento con la educación de uno de los contratantes.”³¹

Fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental, en Escritos sobre Derechos Fundamentales; Badem-Badem, Nomos, Verlagsgesellschaft, 1993, página 126.

28 Ibidem.

29 HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado, Madrid, Civitas, 1995, página 59.

30 Decreto 2591 de 1991, artículo 42, que desarrolla el artículo 86 de la Constitución de 1991, previó la acción de tutela contra particulares, dispone que: “La acción de tutela procederá contra las acciones u omisiones de los particulares en los siguientes casos:....”

Como lo señala la Corte Constitucional colombiana, si bien es cierto que la estructura del sistema jurídico de derecho privado se basa en la autonomía de la libertad y en igualdad de las partes intervinientes en el negocio jurídico, cuando se presentan situaciones de desigualdad en las condiciones de negociación, estas deben ser corregidas por el juez acudiendo a los efectos de prevalencia y de irradiación de los Derechos Fundamentales, a fin de garantizar que la igualdad sea real y efectiva, y en el caso de que no lo haga el juez natural, procede la intervención del juez constitucional³².

Por otra parte, la realidad del modo de producción capitalista ha develado el fetichismo de la igualdad y de la autonomía de la voluntad, poniendo de presente que el mundo moderno, signado por los abismos de la desigualdad dependiente de las inescrutables fuerzas del mercado, se expresa más en los contratos de adhesión que en aquellos donde impera el juego de la libre negociación entre partes iguales. Por ello, es cada vez más frecuente la tensión y colisión entre los Derechos Fundamentales y el paradigma de la Autonomía de la voluntad **“libre y exenta de vicios”** que debe resolverse mediante la irradiación de los principios de libertad e igualdad al desarrollo del ordenamiento civil, en sus expresiones contractuales.

Aceptado el **“efecto de irradiación”** de los Derechos Fundamentales, y que estos expresan los principios y valores esenciales de la Constitución, al penetrar en la legislación civil generan un impacto en las estructuras del tradicionales del derecho privado que implican una nueva lectura de sus textos, pero sin transgredir su esencia, ya que no se puede tornar la interpretación a la luz de la Constitución en un medio para el ejercicio arbitrario de la jurisdicción, so pretexto de un culto fetichista de la Constitución.

En efecto, el arsenal hermenéutico del juez civil, ahora, debe incorporar nuevos elementos que potencian su actuación, que demandan trascender de la mera descripción y sistematización normativa, hacia la prescripción y valoración de los fenómenos objeto de su decisión a la luz de los valores y principios que postula el orden constitucional.

Debe tenerse en cuenta que las diferencias entre principios y valores constitucionales a primera vista son sutiles, pero no por eso dejan de ser relevantes, razón por la cual han sido objeto de precisión por la Corte Constitucional, cuando afirma:

“los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los

31 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T 202 del 28 de febrero 2000, magistrado ponente Fabio Morón Díaz. La línea jurisprudencial se ha sostenido en las sentencias T-050 de 199, T-019 de 1999, T-037 de 199, T-322 de 1993, T-341 de 1993, T-416 de 1996, T-222 de 2004.

principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado.”³³

Así mismo, es necesario tener en cuenta que ni los principios constituyen todo el universo constitucional, ni la Constitución agota toda la normatividad, sino que, por el contrario, ella se extiende mediante las leyes, que se expresan a través de reglas, las cuales se articulan en códigos para postular de forma clara y precisa al ciudadano el derecho que debe obedecer, como postulado esencial de la seguridad jurídica, que también hace parte de la estructura de los Derechos Fundamentales.

Este nuevo panorama jurídico demanda nuevos e ingentes esfuerzos del juzgador, que ya no puede limitarse a seguir los clásicos cánones hermenéuticos, sino que debe incorporar nuevos instrumentos, como la proporcionalidad, la ponderación y la comparación jurídica, así como tener en cuenta las diversas cadenas de precedentes nacionales, los precedentes de los Tribunales Constitucionales europeos y los de la Corte Suprema de los Estados Unidos, además de la prolija y **“flexible triada de textos , teorías y doctrinas jurisprudenciales.”³⁴**

III.- EL PERIPLO COLONIAL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA Y LA FAMILIA

El reconocimiento judicial de los derechos de la persona humana y la familia por parte de la jurisdicción colombiana, es producto de un lento y tortuoso proceso de irradiación de los principios y normas constitucionales que los consagran, desde la proscripción de la pena de muerte, los mutilamientos y los tormentos, hasta la reconfiguración de las relaciones familiares bajo el principio de la igualdad de géneros.

Según narra el autor de *El Carnero*³⁵, don Juan Rodríguez Freile, cuando Jiménez de Quezada, llega a la sabana del cacique Guatavita, en ese preciso instante éste

32 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-160 de 2010, del 8 de marzo, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

33 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-406 de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita Barón; en la misma línea la sentencia C-690 de 1996, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, donde se dijo que “los valores son (...) normas jurídicas básicas de la cual dependen todas las demás normas”; y la sentencia C-123 de 2004, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra.

34 HÄBERLE, Peter. Las jurisdicciones constitucionales en su fase actual de desarrollo; UNED, Teoría y realidad constitucional, número 14, 2º semestre 2004, páginas 158 a 176, página 167.

35 EL CARNERO, es una obra de crónicas de la conquista y el descubrimiento de Nuevo Reino de Granada y la Fundación de Santa Fé de Bogotá, en ella se cuentan “su descubrimiento, algunas guerras

libraba una cruenta carnicería con su lugarteniente Bogotá o Bacatá, quien le despojó de sus pueblos y bienes, no sin que antes de la batalla, hubiesen celebrado, como era de rigor, un convite

“como si entre ellos no hubiese habido rencor o rastro de guerra (...) con mucha fiesta y regocijo se mostraron los unos a los otros, convidándose, comiendo y bebiendo juntos en grandes borracheras que hicieron y que duraron el día y la noche, y el que más incestos y fornicaciones hacía, era el más santo, (vicio que hasta hoy les dura)...”³⁶

El letrado granadino asentó el estandarte real en los dominios de Bacatá, y el 6 de agosto de 1539, con los trescientos hombres remanentes del contingente de novecientos, con que inició su travesía ascendente por el río grande de la Magdalena, los hambrientos sobrevivientes de las aventuras de Nicolás de Federmán y de don Sebastián de Benalcázar; fundaron a Santafé en nombre del emperador Carlos V, instituyendo el Nuevo Reyno de Granada, y así, según el cronista de *El Carnero*, **“la monarquía que el demonio tenía establecida en ese mundo desde el pecado de Adán hasta la muerte de Nuestro Redentor quedó destruida”³⁷**

Entretanto, en Salamanca, Francisco de Vitoria devanaba sus escolásticos dogmas, para encontrar una justificación del sometimiento y vasallaje de los pobladores de las Indias al emperador Carlos V, encontrando que sus malas costumbres y prácticas salvajes lo imponían al príncipe cristiano.

A partir de informaciones presentadas por los primeros españoles que llegaron a tierras de la Indias, ebrios de sangre y ávidos de oro, se fue cimentando la leyenda de que ella estaba poblada de salvajes, viciosos e inmorales **“comedores de hombres”** a quienes se debía someter, en una guerra justa por razones de humanidad, que imponía la destrucción de la cultura y sus ritos idólatras mediante la evangelización.

Sobre estas leyendas Vitoria elabora su tesis de que es lícito guerrear a los pueblos que comen carnes humanas o que usan víctimas humanas en los

civiles que había entre sus naturales, sus costumbre y jente, i de que procedió este nombre tan célebre EL DORADO”.

La obra fue compuesta por Don Juan Rodríguez Fresle (o Freile), nacido en Santa Fé el 25 de abril de 1566, hijo de un conquistador oriundo de Alcalá de Henares, y según él lo establece fue redactada hacia 1636, cuando el autor contaba con setenta años; durante doscientos veinte años se transmitió a través de diferentes manuscritos, de los cuales se han encontrado seis (6) versiones, sin que ninguna de ellas constituya el original. Fue impresa por primera vez, por don Felipe Pérez, en 1859, en la imprenta de Pizano y Pérez, en Bogotá, con 252 páginas.

La obra se considera como documento pionero de la historiografía colonial; se cita en este documento la edición del Instituto Caro y Cuervo, realizada en 1984 según el Manuscrito de Yerbabuena, que se considera como el más depurado.

sacrificios, hacia 1537, la cual presenta como apéndice a *Relección sobre la templanza o el uso de las comidas*, y que reafirma en la *Reelección sobre los indios* de 1538, y la *Relección sobre la guerra justa* de 1539; al respecto expresa:

“Estos doctores dicen que los infieles, que cometen pecados contra la naturaleza, son quienes pueden ser obligados por la fuerza y reprimidos; como por ejemplo, si son idólatras o cacorros afeminados. Y la razón es que en este momento pueden ser convencidos manifiestamente de que ofenden a Dios. Y por esto, en tal caso, corresponde a los príncipes, quienes son los ministros de Dios, defender la gloria de Dios, su honor y su ley.

(...)

....esos bárbaros cometen pecado contra la naturaleza alimentándose de carnes humanas y sacrificando hombres, y son idólatras, justamente pueden ser sometidos por la guerra.”³⁸

Y más adelante agrega, en sus conclusiones:

“...Los príncipes cristianos no pueden hacer la guerra a los infieles en razón de los delitos contra la naturaleza más que por otros delitos que no son contra la naturaleza; por ejemplo, por el pecado de la sodomía más que por el de la fornicación.

(...) los príncipes cristianos pueden hacer la guerra a los bárbaros porque se alimentan de carnes humanas y porque sacrifican hombres..

(...) si por esta sola razón se hace la guerra a los bárbaros, al cesar esta causa, no es lícito prolongarla más, ni con ocasión de esto ocupar o sus bienes o sus tierras...

(...) puede haber otras razones para hacer la guerra a los bárbaros. Por ejemplo si no quieren recibir a los predicadores de la fe: si los mataron una vez fueron recibidos u otra causa justa de guerra”³⁹

Los católicos conquistadores no eran mejores gentes que sus conquistados, con ellos venían sus costumbres, ambiciones, querellas y pleitos, las ancestrales

36 RODRIGUEZ FREILE, Juan. El Carnero, según el manuscrito de Yerbabuena.; Instituto Caro y Cuervo, Bogotá, 1984, página 27.

37 Ibídem, página 53.

38DE VITORIA, Francisco. *Relección sobre la templanza o el uso de las comidas* & Fragmento sobre si es lícito guerrear a los pueblos que comen carnes humanas o que usan víctimas humanas en los sacrificios; Grupo de Traducción de Latín, Estudios interdisciplinarios sobre la Conquista y la Colonia

formas de juzgarlos, sus instrumentos probatorios, entre ellos el potro o cama de torturas y el Tribunal de juzgamiento, la Real Audiencia que se instaló en Santafé el 13 de noviembre de 1550⁴⁰.

Los oidores, el licenciado Andrés López de Galarza y Beltrán de Góngora, así como Francisco de Briceño, en reemplazo del licenciado Gutiérrez de Mercado, quien murió en Mompós, antes de llegar a la sede de la Audiencia, instalaron el aparato jurídico de usanza en la metrópoli.

De inmediato, Briceño se trasladó a Popayán a residenciar al adelantado don Sebastián de Benalcázar a quien sentenció a muerte, por haberla éste dado a Jorge Robledo; vacante entonces el cargo de Gobernador de Popayán, el mismo Briceño lo asumió en reemplazo de Benalcázar, quien murió en Cartagena viejo y pobre en espera de la solución a la apelación que interpuso ante el Real Consejo, contra la condena capital⁴¹.

La Real Audiencia se instituyó entonces en superior instancia administrativa y judicial en el Nuevo Reino de Granada, y sus decisiones sólo podían ser apeladas ante el CONSEJO DE INDIAS o REAL CONSEJO DE SEVILLA; los oidores, omnipotentes jueces de vidas y de haciendas, eran controlados mediante el **“Juicio de residencia”**, que periódicamente les adelantaban los visitadores reales para perseguir el enriquecimiento ilícito, los abusos de poder, y las costumbres disolutas, atentatorias contra el paradigma de familia cristiana que venían a imponer, y que fueron puestas al descubierto por las rencillas que entre ellos se desataban.

El listado de quejas y abusos que se imputaron contra los oidores de la Audiencia durante sus doscientos setenta años de existencia, mediante el **“Juicio de Residencia”**, fue variado; estos funcionarios cuya tarea era administrar la justicia del Rey y defender los derechos de los súbditos se vieron acusados de una variopinta gama de delito: atropellos a los indios, enriquecimiento indebido, concusión, recepción de regalos, realización de rifas, parcialidad por amistad o por odio, abuso del erario real, falsificación de moneda, dilación de la causas, extralimitación de funciones, violaciones, amancebamiento y homicidios⁴².

El oidor Lorenzo de Terrones, constituido como el tenorio del Nuevo Reino se le imputaron en el **“juicio de residencia”** cinco cargos por tratos deshonestos, ya que tenía trato con una mujer casada, que le visitaba en su casa con pretexto de visitar a

de América, Universidad de los Andes, Bogotá 2007, página 117.

39 Ibidem, página 129.

40Vid. FRIEDE, Juan. Fuentes Documentales para la historia del Nuevo Reino de Granada, desde la instalación de la Real Audiencia de Santafé; Biblioteca del Banco Popular, tomos VII y VIII, Bogotá, 1976, página....

41 Vid. RODRIGUEZ FREILE, Juan. Op. Cit., página 75.

su esposa, así como haber tenido trato con una mujer casada con hombre principal **“y que para gozar de ella echaba a su esposo de la ciudad de Santafé”**⁴³.

Así mismo, a Terrones se le señaló culpa por haber estuprado a una muchacha india⁴⁴; también se le acusó de haber **“...tirado a las partes deshonestas de una negra bodeques con una ballesta porque la halló en su casa, teniendo el oidor la sospecha de que estaba con un negro suyo...”**⁴⁵, y se le corrieron cargos por haber pretendido a una mujer llamada Marta, **“persuadiéndola de que, si aceptaba su amistad, él la dadivaría. Todo esto durante el tiempo en que era juez en una causa que el padre de la mujer seguía sobre su estupro. El Consejo consideró que no se habían probado los supuestos de hecho en la acusación, razón por la cual le absolvió.”**⁴⁶

A Terreros se le halló **“culpa”** por haber dado mal ejemplo en el trato con mujeres, razón por la cual muchas de ellas se **“hallaban infamadas”**, también se le hall culpable **“por visitar a personas particulares, algunas de ellas para tratos deshonestos (...) (y que) “...cuando paseaba fuera de la ciudad, inventaba juegos deshonestos en presencia de las mujeres que lo acompañaban.”**⁴⁷

Colocar **“Mesa de Juego”**, era una astuta forma de enriquecimiento de los funcionarios, que ocultaba sus prevaricaciones, ya que los abogados litigantes e incluso las partes, acudían a las casas de los oidores y perdían en ellas cuantiosas sumas de dinero, con lo cual reforzaban la argumentación de sus alegatos;

En efecto, el Cargo 99, de los segundos cargos en **“ el juicio de residencia”** seguido contra el oidor Lorenzo Terrones, en la sentencia del Consejo de Indias se le determinó **“culpa”**, por cuanto **“El oidor Terrones había tenido en su casa mesa de trucos a donde iban a jugar muchas personas, con ocasión de lo cual se habían presentado numerosas pendenencias...”**⁴⁸

Pero, sin lugar a dudas, el más reputado tahúr en la Audiencia, fue el oidor Diego de Baños, a quien se le imputó el haber tenido en 1660 mesa de juegos en Santafé, Tunja, las Minas de Vetas y Mérida:

“Al oidor Diego de Baños se le imputó haber tenido tablaje de juego público en su casa donde se jugaban grandes cantidades sacando a menudo barajas nuevas y recibiendo baratos y solicitando a las

42 Vid. MAYORGA GARCÍA, Fernando. La Audiencia de Santafé en los siglos XVI y XVII; Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1991, páginas 343 a 502.

43 Ibidem, página 479.

44 Ibidem, página 481. Cargo 36, de los segundos cargos contra el oidor Lorenzo de Terrones.

45 Ibidem, página 479.

46 Ibidem, página 482.

47 Ibidem, página 479.

personas que tenían pleitos fueran a jugar (...) donde se jugaba en dos mesas grandes cantidades de las personas a las que el oidor le solicitaba acudir, generalmente tahúres o sujetos que tenían pleitos pendientes en la Audiencia, a los que prestaba dinero A consecuencia de estos manejos había muchas personas que habían perdido sus haciendas, no siendo menor la gravedad del escándalo que se había dado a la ciudad.”⁴⁹

La **“cama de tormentos”** era elemento esencial del instrumental probatorio, que no respetaba lazos de parentesco ni vínculos de sangre, pero permitía convicciones para afincar sentencias de muerte, si bien no era medio infalible para obtener la verdad, tal y como lo demuestra la que permitió condenar al ahorcamiento a Juan Rodríguez de la Puerta, o de los Puertos, en 1578, acusado de fijar pasquines infamantes contra los oidores de la Real Audiencia.

Denunciado por Diego de Vergara, exprocurador de la Real Audiencia, con quien sostenía pendencia por el desfloramiento de una hija natural que aquel tenía, fue sentenciado con fundamento en la confesión de su hijo, quien bajo tormento, confesó que su padre era el autor de dichos documentos.

Ante el potro, al serle leída la declaración de su hijo, Juan Rodríguez de los Puertos dijo:

“Este traidor miente, porque yo no hice tal, ni tal mandé, pero yo estoy muy viejo e impedido y no estoy para recibir tormentos, más quiero morir que verme en ellos, y aunque ese ha mentido en todo lo que ha dicho, me allego a su declaración.”⁵⁰

El padre fue condenado a muerte por ahorcamiento y el hijo a doscientos azotes; años después, en 1588, el oidor Andrés Cortés de Mesa⁵¹, al pie del patíbulo, antes de ser degollado por el homicidio de Juan de los Ríos, confesó ser el autor de los libelos contra sus colegas de Audiencia.

En efecto, el oidor Cortés de Mesa, quien fue recibido en 26 de septiembre de 1576, azuzado por Andrés de Escobedo o Acevedo, quien pretendía a la mujer del oidor, doña Ana de Heredia, decidió cobrar venganza a Juan de los Ríos, por antiguos líos de juego y una afrenta a su honra; entre ambos le dieron muerte a navajazos y estocadas, le sacaron la lengua y el corazón, le cortaron las narices, las orejas y los miembros genitales y lo arrojaron en un pantano. El oidor Cortés de Mesa quien confesó el crimen, fue condenado a muerte a la edad de treinta y cuatro años, por

48 MAYORGA GARCÍA, Fernando. Op. Cit., página 494. Cargo 99 de los segundos cargos contra el oidor Lorenzo Terrones

49 MAYORGA, GARCÍA, Fernando. Op. Cit., página 495. Cargo 5, contra el oidor Diego de Baños.

50 RODRIGUEZ FREILE, Juan. Op. Cit, página 117

degollamiento; su cómplice a muerte por ahorcamiento. También había sido autor este oidor Cortés de Mesa del ahorcamiento de don Alonso, cacique de Duitama, por haberse rehusado a entregarle un tesoro⁵².

El 23 de mayo de 1583, Gonzalo Velásquez de Porras, portero de la Real Audiencia, fue procesado por amancebamiento escandaloso con una ciega que había traído de España, a quien metió en su casa diciendo que era su sobrina; así mismo se le imputó cargo por el delito de lenocinio; la Audiencia le suspendió del oficio, y le dio la ciudad por cárcel⁵³.

Los uxoricidas eran condenados a muerte y pérdida de sus bienes, como lo fue el caso de don García de Vargas, en 1587, quien dio muerte a su mujer doña Luisa Jaramillo en estado de locura, razón por la cual se ordenó suspender la pena hasta cuando le volviera el juicio; en otras ocasiones la condena era a servir en galeras a perpetuidad⁵⁴.

También ante la Real audiencia se tramitaban pleitos sobre dotes, herencias y legados, bienes de difuntos, capellanía, encomiendas, oposiciones a matrimonios y alimentos, entre otros, de los cuales se conservan importantes expedientes, en el Fondo de la Colonia, del Archivo General de la Nación⁵⁵.

3.1 LA FAMILIA ESCLAVIZADA

La esclavitud, o la absoluta negación de la personalidad al individuo, que surge como la más primaria forma de acumulación, al hacer objeto de propiedad la misma fuerza de trabajo, compuesta originalmente por prisioneros de guerra o transgresores de la ley, es extendida luego a los pueblos subyugados y autoreproducida por la trata colonial, inmediatamente después del descubrimiento de la nueva tierra americana, bajo el amparo de las católicas majestades españolas, los intereses mercantiles de la corona inglesa y el reino de Portugal, y reafirmada por el aparato judicial, que legitimaba los derechos de los esclavistas.

En la Real Audiencia de Santafé se desataban las controversias entre esclavistas por el dominio de sus esclavos, y por el resarcimiento que al amo le correspondía por haber sido privado de su dominio, como se consigna en el pleito de Ana de Contreras, mujer de Pedro de Torres, contra el capitán Arbieto, por haber ahorcado un esclavo suyo y haberle arrebatado una esclava:

51 Vid. FLOREZ DE OCARIZ, Juan. GENEALOGÍAS DEL NUEVO REINO de Granada; Libro Primero; Prensas de la Biblioteca Nacional, Bogotá, 1953, página 231.

52 Vid. RODRIGUEZ FREILE, Juan. Op. Cit., páginas 135 y s.s...

53 Vid. REAL AUDIENCIA DE SANTAFÉ, en el Nuevo Reino de Granada; Libros de Acuerdos Públicos y Privados; Bogotá, tipografía Colon, casa editorial, 1938, página, 131.

“En la ciudad de st. Fe deste nuevo reyno de granada estando en el acuerdo en veinte y seys dias de febrero de 87 (1587) , votando el pleito (...) el señor licenciado rojo que en lo que toca al esclavo ahorcado llamado myn. Se absuelve el arbieta y en quanto toca a la esclava se le entregue a doña ana de conteras con los frutos y rentas que es el servicio de dicha negra desde el dia que entró en poder del arbieta hasta la real restitución pagando la autora el premio de la ordenanza de los negros cimarrones en lo que toca a la esclava. El señor licenciado férreas de porrez es del mismo parecer sin exceder del punto y el señor doctor Guillen chaparro fue de parecer que se condempne arbieta a restituir el valor del esclavo estimado lo que valia al tiempo que lo ahorco el arbieta y a que entregue la negra con los aprovechamientos que della a tenido pagando ante todas cosas el premio que se da a los que coxen negros cimarrones y estos fueron los pareceres en este pleyto y lo firmaron D Franc'Guillen chaparro (rúbrica) El licenciado férreas de porres (rúbrica) El licenciado Roxo del carrascal (rúbrica)”⁵⁶

Tampoco escapaban del miserable trato de la justicia los naturales, considerados como seres sin alma, que pese a estar, al menos en teoría, bajo el amparo de la corona, eran objeto de las draconianas sentencias de la Real Audiencia, que imponían mutilamientos, entre ellos el trasquilamiento, que consistía en cortar el lóbulo de la oreja.

“En veinte y ocho de enero de 1583 annos estando en el acuerdo votando el pleyto de yndios de guasca el doctor franc' Guillen chaparro voto que fuesen desterrados por dos años por mitad todos los yndios que se hallaron en castigo del cacique que son los que estan presos y contra quien se a seguido la causa y sin otra pena alguna y los señores licenciado Alonso perez de Salazar y el licenciado Gaspar de peralta votaron el azotado y el hermano del cacique sean desterrados por dos años por mitad y los demás sean azotados y trasquilados y el mismo destierro. Licencia Perez de Salazar (rubrica), El licenciado Peralta (Rubrica) D. Franc' Guillen Chaparro (rubrica)”⁵⁷

Los esclavos negros eran marcados con hierros candentes, para expresar en sus canes no sólo el título de propiedad, sino para acreditar el pago de los derechos de la corona, bajo la coacción forzosa de los hidalgos militares y con el beneplácito de los jueces:

54 Ibídem, páginas 163 y ss.

55 Vid. Archivo General de la Nación, www.archivogeneraldelanacion.gov.co.

56 REAL AUDIENCIA DE SANTA FE, en el Nuevo Reino de Granada; Libros de Acuerdos Públicos y Privados; Bogotá, tipografía Colon, casa editorial, 1938, página, 159.

“En la Villa de Santa Cruz de Mompós, en 6 de marzo de 1743 años, ante los señores don Juan Bautista Bahamonte Taboada, Consultor del Santo Oficio de la Inquisición, Oidor de la Real Audiencia de Panamá, Teniente Gobernador, Auditor de Guerra de la plaza y provincia de Cartagena de Indias; Contador don Nicolás de la Lastra Riva Agüero, oficial de la Real Hacienda de esta villa por su Majestad y de las capas agregadas a ésta, Jueces privativos para el indulto y marca de esclavos por el excelentísimo señor Virrey de este Reyno, pareció don Cosme González, vecino de esta villa y dijo que hacía e hizo manifestación de dos negros para el efecto de su marca de conformidad del despacho publicado, los que son, a saber: Manuel Casta Mina, de veinticinco años; con tres rayas en el entrecejo y cinco en cada cien; y Francisco, casta Congo, sin señal alguna, de diez y ocho años y ambos se marcaron en el pecho con la marca real del margen, y el dicho don Cosme González exhibió la cantidad de su importe, que son ciento veinte pesos por ambos esclavos, y entraron en la caja destinada para este efecto, mandaron se le diese el despacho necesario, y lo firmó con sus mercedes, de que yo el presente escribano doy fe. Don Juan Bautista Bahamonde- Don Nicolás de la Lastra Rivas de Agüero- Cosme González.. Ante mí José Castellón, Escribano de su Majestad.”^{57,58}

Por razones teológicas se proscribía marcar a los esclavos en el rostro, ya que ello se estimaba como una **“ atroz injuria al Artífice Divino que con su infinito poder y sabiduría formó la cara del hombre a imagen y semejanza de la suya para distinguirlo y engrandecerle entre las demás criaturas⁵⁹”**, aún cuando a esta extendida práctica se les sometía desde cuando eran pequeños, como se establece en el expediente remitido a la Real Audiencia en 14 de diciembre de 1780 desde la Provincia de Vélez, en la que se determina al herrador Tomás de Zafra, como el ejecutor del ignominioso oficio, lo cual llevó al Fiscal de la Real Audiencia , el señor Moreno, a librar la orden del 10 de de enero de 1781 en que se ordenaba al Corregidor de Tunja a expropiar los esclavos para revenderlos, y confiscar las marcas.

Los esclavos no sólo era herrados por marca real, sino por las marcas particulares de sus amos, con instrumentos calentados por fuego, punzantes o cortantes que hacían sajaduras, heridas, cicatrices y piquetes,

57 REAL AUDIENCIA DE SANTA FE, en el Nuevo Reino de Granada; Libros de Acuerdos Públicos y Privados; Bogotá, tipografía Colón, casa editorial, 1938, página 151.

58 Manuscrito de la Villa de Santa Cruz de Mompós, del 6 de marzo del 1743 ; Archivo Nacional Salón de la Colonia, Miscelánea , citado por ROJAS GÓMEZ , Roberto, en La Esclavitud en Colombia, Boletín de Historia y Antigüedades, Academia Nacional de Historia, Año XIV, número 168, mayo de 1925, página 83.

para evitar confusiones o la fuga de los mismos, generadas por los malos tratos a que los sometía, y que se acumulaban con el tráfico de mano en mano, en un piélago de sellos y contrasellos de un lucrativo negocio, que se tasaba en Sevilla en **“toneladas de esclavos”**, que viajaban a América **“amontonados como bultos, encadenados como perros, marcados con fierro candente, (...) sus carnes doloridas y sus huesos blanqueados (...) llagada hasta las corvas..., y que como la misma esclava Agustina dice, que ella presumía era que el amo intentaba que con aquel castigo mal naciese el hijo de él mismo”**⁶⁰, y donde la única expectativa cierta que les quedaba era la muerte:

“Digo yo don Jorge Crowe, Factor Principal, y don Diego Ord Factores y Administradores de la Real Compañía del Asiento de la Gran Bretaña, establecido para la introducción de negros esclavos en esta América, que vendemos realmente (...) una negrita de los introducidos por la balandra nombrada “El San Jorge”, de casta, edad y señales como al pié de ésta se refiere, marcada con la marca real en el pecho derecho, y con la marca de este Asiento en la espalda izquierda, como a la margen, en precio y cantidad de doscientos y quince pesos de a ocho reales. Cuya cantidad pagará de contado el comprador. La dicha negrita vendemos con todas su tachas, malas o buenas, alma en boca, costal de huesos, con todas su enfermedades, ocultas y manifiestas, exceptuamos solamente gota coral, o por otro término, mal del corazón, y es condición para poderse valer de la redhibitoria del esclavo, o de los esclavos, que tuviesen esta enfermedad, se ha de hacer notoria y constante en término de dos meses de la fecha de este instrumento, conforme al uso...”⁶¹

La Real Audiencia de Santafé no construyó una doctrina que pusiera coto a los abusos de los esclavistas, y más bien desautorizaba a las autoridades locales, revocando sus sentencias, por maltrato de esclavas preñadas que terminaban abortando, y que, por demás, en la mayoría de los casos consistían tan sólo en una simple condena en costas.

Tal es el caso de una sentencia proferida en Cartagena el 1º de febrero de 1603, en la que el Alcalde Juan de Porras acusó a una dama española por infligir castigo despiadado a una esclava, ofreciendo como testigo al cirujano Cosme de Alborno, quien aseveró que esta **“colgó a la dicha negra María angola o**

59 Manuscrito de Villa de Leyva, del 7 de noviembre de 1780, Archivo Nacional Salón de la Colonia, Miscelánea, citado por ROJAS GÓMEZ, Roberto, Op. Cit., página 88.

60 Manuscrito de Tadó, del 17 de octubre de 1795, del proceso adelantando ante el Juez Álvarez del Pino, Archivo Nacional Salón de la Colonia, Miscelánea, citado por ROJAS GÓMEZ, Roberto, Op. Cit, página 92.

conga (natural de aquellos lugares) como una hamaca, los pies a un cabo y la cabeza a otro, y la dio muchos azotes.”⁶²

La Real Audiencia revocó la sentencia del Alcalde que condenó a la dama esclavista a veinticinco pesos oro de veinte quilates y mandó devolvérselos, según consta en sentencia del 22 de noviembre de 1604⁶³.

Lo mismo hizo la Audiencia, cuando revocó la sentencia del Gobernador de Cartagena don Melchor de Aguilera, y su teniente Fernando de Berrio, contra una mujer española vecina de Mompós, quienes la condenaron a pagar cuatrocientos pesos a la Cámara, así como ordenar que sus esclavas fueran vendidas para que salieran del poder de la procesada, por castigar severamente a sus esclavos ocasionándoles la muerte a algunos. La Real Audiencia revocó la sentencia inicial, y redujo la pena a veinte pesos.

El Fiscal de la Real Audiencia, el doctor Jorge Herrera y Castillo, había solicitado que se agravase la sentencia del Gobernador, que **“se le condenase en todas las penas en que ha incurrido, para que así se mande y se haga, hago todos los pedimentos en derecho necesarios, y siéndolo, la pongo acusación en forma, y pido justicia y juro...”**⁶⁴

Tal era la degradante situación de los esclavos, según la cual los amos separaban a las madres de sus hijos para venderlos, así como a las mujeres de sus maridos, y las violaban siendo aún unas niñas, que las madres preferían dar muerte a sus hijos para librarlos de una vida desgraciada; el homicidio por piedad y por amor se puso al orden del día, para espanto de los esclavistas que se veían privados de los beneficios de la acción reproductiva de sus esclavos; más aún, en el ímpetu filicida, las madres terminaban atentando contra sus propias vidas.

“En la dicha Villa del Socorro, en 16 de abril de 1746, el señor Alcalde Ordinario, asociado de mí el Escribano, se constituyó a la Real Cárcel de mujeres (...) en la que hizo comparecer a una mujer (...) que dijo: Que se llama Juana María de la Cruz, que es vecina de esta villa; que es mayor de veinticinco años, que es esclava (...) que está presa (...) por haber dado muerte a dos hijas suyas, llamadas María Mónica y María Eulalia, en el sitio Majabita, , a las cuales dio muerte ahogándolas en un pozo de agua que hace junto a la casa de su referido amo. (...) Que el

61Manuscrito de Cartagena del 26 de enero de 1736; Archivo Nacional Salón de la Colonia, Miscelánea; en ROJAS GÓMEZ, Roberto, Op. Cit, página 90.

62 Manuscrito de Cartagena, del 1 de febrero de 1603; en ROJAS GÓMEZ, Roberto, Op. Cit, página 93.

63 Sentencia de la Real Audiencia de Santafé, del 22 de noviembre de 1604; Archivo Nacional Salón de la Colonia, Miscelánea; en ROJAS GÓMEZ, Roberto, Op. Cit, página 93.

64 Manuscrito de Mompós del 4 de abril de 1639; y Manuscrito de acusación, fechado en Santafé, el 26

motivo fue ver que su señora, esposa del referido amo, las maltrataba mucho con rejo y con palo, siendo la mayor con cinco o seis años, y que aunque les decía a sus amos que no les quería servir, que les buscasen otro para ella y sus hijas, le respondieron que en cuanto les diera el montón de plata que les había costado, saldría de su casa, y que este requerimiento les hizo más de cuatro ocasiones, y que a la confesante igualmente la castigaban, que en una de ellas fue colgada, y su amo le dio unos cuatro o cinco azotes. (...) que a la hija mayor el ama le daba pellizcos y palos, le tiraba los platos a la cara, y cada instante estaba maldiciendo la señora a ésta y sus dos hijas, (...) que no se les daba ropa para vestirse, que tenía que trabajar los domingos, y no se le permitía confesarse ni ir a misa, y que por todas estas razones, por no ver padecer más a sus hijas les dio muerte...”⁶⁵

Mientras se le procesaba, Juana María de la Cruz, la mulata, logró huir el 25 de mayo; su proceso duró en ausencia nueve años, al final del cual se le condenó a muerte, sin que la pena se pudiese ejecutar, por cuanto nunca apareció. Dadas las irregularidades del juicio, señaladas por el Protector de Esclavos don Tomás Tenorio Carvajal, ya que la procesada no fue asistida en la confesión que hizo, así como por no haberse averiguado los ultrajes inferidos por sus amos, que hubiesen servido de atenuantes, la Real Audiencia terminó imponiendo multa a quienes actuaron como Jueces.

En la Villa de la Purificación de Nuestra Señora, el 28 de febrero de 1768, la negra Felipa dio de puñaladas a sus hijos, la negrita Catalina y al negro Víctor, de cinco y diez y seis años de edad, al cual casi lo había degollado, con una herida en la garganta dándose ella misma una puñalada en el estómago, **“porque le había quitado su amo su hija, la que más quería, y que lo que más sentía era que no hubiesen muerto todos juntos”**⁶⁶. La negra Felipa falleció el 17 de agosto de 1768 en Santafé, a donde había sido trasladada presa; solo así, en medio de dos velas y cubierta por una frazada, sin responder por su nombre por estar difunta, cuando se le requirió, pudo liberarse de su trágico destino.

3.2 EL DULCE REINO DEL HOGAR

En el ámbito doméstico, madres esposas e hijas desde la Colonia hasta la expedición de la ley 28 de 1932, fueron soberanas de un reino silencioso, donde se libraban duras batallas en procura de sus derechos civiles y políticos.

de enero de 1640; Archivo Nacional Salón de la Colonia, Miscelánea, citado por ROJAS GÓMEZ, Roberto, Op. Cit, página 94.

⁶⁵ Manuscrito de El Socorro, del 16 de abril de 1796. Archivo Nacional Salón de la Colonia, Miscelánea; en ROJAS GÓMEZ, Roberto, Op. Cit, página 96.

El paradigma valorativo del género femenino, lo ofrece el cronista de *El Carnero*, después de narrar las múltiples peripecias amorosas, de codicia, de poder y celos en que se desarrollaba la existencia de las clases dominantes del Nuevo Reino de Granada, en las cuales ellas eran núcleo central de los entuertos, el adulterio, los abortos y la brujería.

Hacia 1560, aún en vida de don Gonzalo Jiménez de Quezada, fueron procesadas en Santafé por brujas, una importante dama blanca y la negra Juana García. Cuenta el cronista que viajó a España a invertir su dinero ganado en América un acaudalado hombre casado, que **“tenía mujer moza y bien parecida, la que con la ausencia del marido, no quiso malograr su hermosura, sino gozar de ella, e hizo una barriga, pensando poderla despedir antes que viniese su esposo.”**⁶⁷

Ante el anuncio de la llegada de la flota de América a Cartagena, llamó la mujer a Juana García con el objeto de pedirle ayuda para deshacerse de su preñez, y no queriendo ésta precipitar los actos, decidió consultar primero sobre el paradero del marido, para lo cual encomendó a la preñada llenar un platón o lebrillo con agua, para consultarlo a la media noche.

Llegada la hora, hizo la bruja que la embarazada tomara una vela y con su luz auscultara el lebrillo, en el cual vio la mujer en lontananza, una tierra insular, y en ella el marido junto a una amante y un sastre, mandándole confeccionar un traje de grana; la bruja Juana identificó la Isla como Santo Domingo, o la Española, y acto seguido procedió a sustraer de la escena que se proyectaba en el lebrillo una de las mangas del vestido que el sastre acababa de cortar, para estupefacción de los amantes y el sastre en el Caribe, y de la esposa adúltera en el Nuevo Reino de Granada.

El hechicero acto, pionero de la televisión interactiva en el Nuevo Reino, del cual **“no se puede negar que el demonio fue el inventor de esta maraña (...), porque como él es espíritu no gasta espacio, ni tiempo, sino que en un mismo punto está aquí como en Roma, porque los espíritus no perdieron el don de la agilidad.”**⁶⁸, no hubiese pasado a mayores, si al retornar el marido infiel a Santafé, en un ímpetu de celos la mujer adúltera, que había parido en su ausencia un hijo adulterino que criaba con reputación de huérfano, no hubiese exhibido la manga sustraída por la bruja Juana, a través del lebrillo, desde Santo Domingo hasta Santafé, en el Nuevo Reino de Granada

Consternado el marido, corrió ante el arzobispo Fray Juan de los Barrios, quien era juez inquisidor y éste procedió a abrir el juicio de brujería, obteniendo la confesión de la mujer y de la bruja Juana García, así como de sus dos hijas, quienes

66 Manuscrito de Purificación del 3 de febrero de 1768; Archivo Nacional Salón de la Colonia, Miscelánea; citado por ROJAS GÓMEZ, Roberto. Op. Cit, página 97.

involucraron en sus actos de brujería a muchas personas principales de la ciudad, cundiendo gran zozobra.

El arzobispo condenó a la Juana García a muerte, al haber reconocido sus poderes maléficos, entre ellos el haberse echado a volar desde el cerro que está de espaldas a nuestra Señora de las Nieves; el adelantando don Gonzalo Jiménez de Quesada, el capitán Zorro, el capitán Céspedes, Juan Ruiz de Orejuela y otras personas principales, intercedieron para que no se ejecutase la sentencia, que fue conmutada por acto de penitencia con dogal al cuello y vela en la iglesia, y el destierro del Nuevo Reino, por lo cual la negra Juana decía llorando: **“Todas lo hicieron, y yo la he venido a pagar.”**⁶⁹

Igualmente narra el cronista de *El Carnero*, el célebre caso de las Hinojosas en Tunja, hacia 1570, fallado por el presidente de la Real Audiencia don Andrés Díaz Venero de Leiva⁷⁰, con condena a muerte contra los amantes conspiradores Inés de Hinojosa por ahorcamiento y el encomendero de Chibatá don Pedro Bravo, por degollamiento; ambos fueron hallados culpables del homicidio de Jorge Voto, marido de doña Inés, quien a su vez había asesinado en Carora, en la Gobernación de Venezuela, a instancias de la mujer, años atrás, al primer marido de la Hinojosa, don Pedro de Ávila.

El cronista colonial, con ímpetu misógino expresa:

“¡ Oh mujeres, malas sabandijas de casta de víboras!

En dando rienda suelta a la pasión, nadie se mueve, sino a donde lo empuja su voluntad, y viciada esta señora, no está segura la razón ni se puede tomar puerto fijo. Este es el origen y principio de los disgustos de este reino, y pérdidas de haciendas y el ir y venir de los visitantes y jueces, polillas de esta tierra, y menoscabo de ella (callar es cordura).”⁷¹

Los conflictos familiares salían a la luz pública, además de los casos penales, cuando se entablaban procesos por dotes, herencias, oposiciones matrimoniales, adulterio, alimentos o malos tratos; en estos tres últimos casos, **“al hacerse público el conflicto, los maridos se sentían amenazados en su honor y sometidos al escarnio público, respondiendo con actitudes de venganza, ofensas e insultos con el fin de deslegitimar los reclamos de la esposa...”**⁷²

67 RODRÍGUEZ FREILE, Juan. Op. Cit., páginas 84.

68 Ibidem, página 86.

69 Ibidem, página 89

70 FLÓREZ DE OCARIZ, Op. Cit., página 216. Don Andrés Díaz Venero de Leiva, fue el primer Presidente de esta Real Chancillería, se le recibió el 21 de enero de 1564, “..llamáronle, por su piadoso y prudente obrar, Padre del Reino, adonde vino de Consejero de la Contaduría Mayor de Castilla, con salario de cinco mil ducados: y pasados nueve años se volvió a España...”

En el proceso de Josefa Pontón contra Carlos Cárdenas, seguido por adulterio y alimentos, el Alcalde Ordinario de Santafé, don Luís Caicedo dice: **“Luego que se les previno el que siguieran por la capital, se insolentaron en tropelías que sin respeto ni temor de la justicia trataron a mi parte de puta puerca, con otros genocidios de esta naturaleza ofreciéndole venganza de ella.”**⁷³

En los procesos alimentarios, fluían las relaciones íntimas de los padres, como necesaria probanza del vínculo con los menores, como lo fue el caso de Nicolasa Álvarez Pinto, costurera de oficio, contra Franco Mejía, acaudalado hombre de Santafé en 1802, en procura de una pensión alimentaria para su hija natural, que implicaba el reconocimiento indirecto de la condición de hija natural por parte del demandado.⁷⁴

La defensa de Franco Mejía se dirigió a cuestionar la condición de vida de la madre, para generar duda sobre la presunta paternidad al endilgarle tráfico carnal con otros hombres, a lo cual la mujer respondió que **“la obligación de sus alimentos no puede de ningún modo destruirse porque yo haya tenido como se supone, uno, o mil hijos si era dable.”**⁷⁵

Nicolasa Álvarez, a pesar de haber obtenido el triunfo jurídico al haberse condenado a Franco Mejía al pago de dos mil pesos en razón a cuotas alimentarias atrasadas, no obtuvo resarcimiento material, por cuanto el demandado se negó a efectuar el pago, debiendo iniciar un nuevo proceso para obtener la satisfacción de sus derechos.⁷⁶

También fueron frecuentes las **oposiciones matrimoniales** de los padres frente a los hijos menores de 25 años, cuando consideraban que los enlaces se iban a realizar con personas de una clase social inferior, determinada especialmente por condiciones raciales, de conformidad con la Real Pragmática de 1776, en vigencia en las colonias de 1778, y que sancionaba la vulneración de la voluntad paterna con la pérdida de los derechos herenciales.

El Alcalde de Santafé, en 1801, se opuso a que su hermano menor contrajera nupcias con una mujer descendiente de conquistadores y pobladores de Zipaquirá,

71 RODRÍGUEZ FREILE, Juan. Op. Cit. Página 147.

72 VILLEGAS DEL CASTILLO, Carolina. Del Hogar a los Juzgado: reclamos familiares ante la Real Audiencia de Santa Fé a finales del período colonial (1800-1809), Historia Crítica, número 31, Enero-Junio de 2006, páginas 101 a 120, página 108.

73 ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, Sección Colonia, Asuntos Civiles-Cundinamarca, LXXXVI, f 509 v, 189, citado por VILLEGAS DEL CASTILLO, Catalina, Op. Cit., página 108.

74 ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, Sección Colonia, Asuntos Civiles-Cundinamarca XLV, fl 13r, 1802, citado por VILLEGAS DEL CASTILLO, Catalina, Op. Cit., página 109.

74 ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, Sección Colonia, Asuntos Civiles-Cundinamarca XIX,

aduciendo que esta era dueña de una chichería⁷⁷; mientras que el Administrador de Correos de San Gil, Ignacio Fernández se opuso al matrimonio de su hija con José Javier Amaya en 1807⁷⁸; en este último caso la Real Audiencia determinó que era la hija quien debía impugnar la oposición y no el futuro marido, razón por la cual se inhibió para fallar el fondo del asunto.

En el caso del subteniente de infantería José María Merlano, contra su padre el capitán Antonio Merlano, por una **oposición matrimonial**, adelantado en Cartagena en 1800, el progenitor, aún reconociendo el linaje de la novia de su hijo, alegaba la carencia de recursos económicos de la contrayente, indispensable para aliviar las cargas del matrimonio, a cuyo efecto exponía sus razones, en los siguientes términos: **¿ Dos pobres de distinción que no tienen con qué comer, que les falta con qué sostener, educar y fomentar a sus hijos, que por su clase y jerarquía no pueden recurrir a unos medios , que sólo son admisibles y lícitos en las gentes del tercer orden, qué utilidad ofrecen al Estado**⁷⁹?

El matrimonio como institución en la Colonia, trascendía las relaciones afectivas y religiosas para asumir connotaciones sociales, especialmente patrimoniales y alianzas de poder, destinados a perpetuar la dominación de la aristocracia.

La Real Audiencia concedió la razón al teniente José María Merlano, y desestimó la oposición paterna por falta de pruebas suficientes sobre la desigualdad de las familias de los contrayentes, haciendo una interpretación laxa de la Real Pragmática de 1776, que se impuso como línea hermenéutica en casos similares, con lo cual las oposiciones matrimoniales fueron desapareciendo paulatinamente.

IV- LA REPÚBLICA Y EL DERECHO DE FAMILIA

La condición jurídica de la mujer en la familia republicana no cambió sustancialmente frente a la que se desarrolló durante el régimen colonial, ya que la República sólo significó para muchos efectos, la simple sustitución de los mandatarios españoles por criollos pertenecientes a la clase dominante compuesta por ricos terratenientes y esclavistas, y alguno que otro comerciante o militar enriquecido con los negocios del gobierno y de la guerra de

f1309v, 1802, citado por VILLEGAS DEL CASTILLO, Catalina, Op. Cit., página 115.

76 Vid. VILLEGAS DEL CASTILLO, Catalina. Op. Cit., página 115.

77 ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, Sección Colonia, Asuntos Civiles-Cundinamarca, VIII, f 316, 1801, citado por VILLEGAS DEL CASTILLO, Catalina, Op. Cit., página 111.

78 ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, Sección Colonia, Asuntos Civiles-Cundinamarca, I, f 497 v, 1807, citado por VILLEGAS DEL CASTILLO, Catalina, Op. Cit., página 110.

independencia; por ello, la Corte Suprema de Justicia siguió aplicando hasta los albores del siglo XIX, la leyes españolas y sus doctrinas, como fuente jurídica e incluso invocando las concepciones coloniales como estructura argumental en sus decisiones.

Las distintas constituciones expedidas desde la Constitución de Cúcuta en 1821 hasta la Constitución de la Regeneración de 1886, pese a la proclama de la igualdad como un derecho ciudadano, partían del presupuesto del ejercicio exclusivo de la ciudadanía por parte de los varones, salvo el excepcional hito histórico de la Constitución Provincial de Vélez, en la cual los radicales presididos por Vicente Herrera, en 1853 otorgaron a la mujer el derecho a elegir y a ser elegidas⁸⁰.

La Corte Suprema de Justicia debió asumir la tarea de armonizar el tránsito de la legislación española al derecho nacional, mediatizado por la expedición de los Códigos Civiles de los Estados Soberanos, que replicaban con pequeñas variaciones la estructura y disposiciones del Código de Bello redactado para la República de Chile⁸¹, cimentada en las orientaciones hermenéuticas de las leyes 57 de 1887 y 153 de 1887.

La *Gaceta Judicial*⁸² da cuenta de la sentencia proferida el 25 de abril de 1853, en el caso en que Manuela Gonzalías⁸³, mujer nacida esclava, reclamaba para si la condición de ser madre natural de Bautista Vaca, un hijo parido en 1835, de un hombre libre, y los correspondientes derechos sucesorales testamentarios devenidos de éste.

La Corte despliega su argumentación en torno a la Ley 11 de Toro, y en la Ley 9ª, título 8º, libro 5º de la Recopilación Castellana, que trata sobre la condición de los hijos naturales y en las disposiciones de la reciente legislación nacional, para decidir que reconocía a la Gonzalías, la adquisición del derecho a la posesión notoria del estado civil, y el derecho a recibir la legítima rigurosa asignada por el testamento de su hijo.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la argumentación de esta jurisprudencia, se apoyó en la autoridad del comentarista español de Las leyes castellanas, Don Joaquín Escriche y Martín, nacido en Caminreal (Aragón), el 9

79 ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, Sección Colonia, Asuntos Civiles-Cundinamarca, XXXVIII, f109r, 1800, citado por VILLEGAS DEL CASTILLO, Catalina, Op. Cit., página 110.

80 Vid. Primera Constitución Política de Vélez, 1853, artículo 3º, Imprenta de Echeverría Hermanos, 1853, páginas 3 a 12, Biblioteca Nacional, Bogotá, Miscelánea, 171, pieza 8.

81 El Código de Bello fue adoptado por Estado Soberano de Santander, como código civil el 12 de octubre de 1858, con posterioridad el código fue adoptado por todos los Estados soberanos como Código Civil. el Estado Soberano de El Cauca, donde se radicó el proceso de Manuela Gonzalías, lo adoptó como Ley 95, con vigencia desde el 20 de julio de 1890.

82 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Gaceta Judicial* VIII-259, , sentencia del 25 de abril de 1893, en Antología de Jurisprudencia, CSJ, Bogotá, 2006, página 2.

83 Manuela Gonzalías residía en territorio del antiguo Estado Soberano de El Cauca, donde se radicó el proceso; durante la Federación, este estado adoptó el Código de Bello..

de septiembre de 1784 y muerto en Barcelona el 16 de noviembre de 1847, quien fue eminente jurisconsulto, magistrado, publicista, poeta, codificador, políglota y latinista, de ideas liberales constitucionalistas, *autor de diferentes publicaciones jurídicas y traductor de otras de diferentes idiomas*⁸⁴.

*Adelantó estudios de Humanidades y Filosofía en las Escuelas Pías de Daroca, estudios superiores de Teología y Leyes en la Universidad de Zaragoza, combatió en los dos sitios napoleónicos a Zaragoza en 1808 , y fue autor del afamado “Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia”*⁸⁵ *editado en cuatro volúmenes en París, del cual entre 1831 y 1912 se realizaron doce (12) ediciones, diferentes entre españolas y extranjeras, incluso varias de ellas fraudulentas, sin la autorización del autor.*

El “*Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*” es un compendio del sistema jurídico español, con la explicación de las palabras técnicas y sus diferentes acepciones, así como de los principios y doctrinas que pretendía, según su autor “**...poner al alcance de las inteligencias más comunes las disposiciones de las leyes, los usos y costumbres y las doctrinas u opiniones de los jurisconsultos, y sirviese al mismo tiempo de manual o prontuario a los profesores de la ciencia.**”⁸⁶

Durante el régimen absolutista de Fernando VII, a los 39 años emigró a Francia, junto con su cónyuge Doña. María Engracia Biec, con quien estuvo casado 26 años. En París, permaneció diez años dedicado al estudio y al trabajo, perfeccionó sus conocimientos en lenguas , francés e ingles, estudió la ciencia de la legislación a través del trato con Jeremías Benthan, inspirador del “**utilitarismo**” y autor del ***Tratado de Legislación Civil y Penal*** , que más tarde en 1839, Escriche tradujo y publicó en español.

84 Vid. DE JAIME LORÉN, José María y DE JAIME GÓMEZ, José ; Joaquín Escriche y Martín; Xiloca, número 24, noviembre de 1999. Escriche Martín, según sus biógrafos , desempeñó varios cargos gratuitos y honoríficos, entre otros, fue académico honorario de la Academia Greco-latina, y de mérito de la de Cánones de San Isidro, vocal de la Comisión del Proyecto de Reforma de la ley de Beneficencia de 6 de febrero de 1822, de la del Examen de Libros de Texto para las Enseñanzas Públicas, del proyecto sobre la propiedad literaria; fue vocal de la Comisión General de Códigos encargada del estudio de la codificación legal española, y se le otorgó el título de Magistrado Honorario de la Audiencia de Madrid.

85 Vid. ESCRICHE MARTÍN, Joaquín. Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia, 4 volúmenes, 701 páginas, París, 1831.

La primera edición del Diccionario se intituló “ Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense” fue impresa en París, en casa de D. Mariano Alcober, banquero, calle Hauteville, núm. 5” el año 1831, consta de IV volúmenes en 701 páginas tamaño folio; en la segunda edición realizada en Madrid en 1847, se le sintetizó el nombre como Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, con el cual se siguió divulgando., existe otra edición de 1874, actualizada por don José Vicente y Caravantes y don León Galindo y de Vera.

86 ESCRICHE MARTÍN, Joaquín. Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia; prólogo.

Igualmente tradujo el “Examen del derecho romano de Perseau; el “Manual del derecho parlamentario” de Jefferson; la “Defensa de la usura” de Benthan; la “Higiene de los viejos” de Salgües, y las “Odas” de Horacio; también publicó de su autoría el **“Manual del abogado americano”⁸⁷**, y **“Elementos de derecho patrio”⁸⁸**

Este último, fue compuesto de cuatro libros; en el primero, estudia la Justicia y el Derecho, El Estado, la Patria potestad, y las leyes matrimoniales; en el segundo, las cosas, los bienes, la propiedad, y sus modificaciones; en el tercero, el derecho Penal, y en el cuarto los procedimientos civil y criminal⁸⁹, pretendió ser un instrumento docente para uso de los estudiantes de derecho, redactado con formulación de preguntas y respuestas claras y concisas.

Pues bien, la Corte para resolver este asunto, que implicaba examinar el tránsito de la legislación española a la republicana, apoyándose la autoridad doctrinaria del prestigioso jurista español, señaló que:

“El reconocimiento de un hijo natural hecho por el padre, sin aprobación de la madre, no tiene efecto sino con respecto al padre, porque no puede permitirse un hombre el atribuir hijos naturales á la mujer que le pluguiere escoger y deshonorar; ni tampoco el reconocimiento hecho por la madre sin la aprobación del padre, puede surtir efecto sino con respecto á la madre, porque también sería injusto el permitir que una madre pudiese hacer recaer, según su capricho, una odiosa paternidad sobre un hombre inocente.”⁹⁰

La argumentación de la Corte asume los conceptos usuales del derecho castellano, que denominaba las mujeres solteras con tráfico sexual como **“concubinas o barraganas”**, para precisar que la Ley 11 de Toro,

“...extendió el beneficio de la condición de hijo natural al hijo de toda mujer libre, aún cuando no fuera concubina o barragana del padre y viviese con él en la misma casa (...) Más claro: el hijo de la concubina sola y libre se presumía del que la tenía en su casa; el hijo de la mujer libre, suelta, necesitaba que su presunto padre lo reconociera para adquirir de él los derechos de hijo natural...”⁹¹

87 ESCRICHE MARTÍN, Joaquín. Manual del abogado americano, dos tomos en francés; la edición en castellano realizada en Madrid en 1839, se denominó Manual del abogado o elementos del derecho español, fue reimpresso en 1856.

88 ESCRICHE MARTÍN, Joaquín. Elementos de derecho patrio; Madrid, 1838, imprenta de Juan Redondo Calleja, 399 páginas, reeditado en Madrid en 1840 y en 1846.

89 ESCRICHE MARTÍN, Joaquín. Elementos de derecho patrio; Op.Cit.

90 Ibidem, página 2.

91 Ibidem. Página 5.

Finalmente, para tomar la decisión en el caso, la Corte también tuvo en cuenta que el artículo 7º de la Ley 57 de 1887, determinó que **“ se reputarán como hijos naturales respecto de la madre y para todos los efectos civiles, los habidos por una mujer que podía casarse libremente al tiempo de la concepción”**, mientras que la ley 153 de 1887, en su artículo 20, dispuso que:

“El estado civil de las personas adquirido conforme á la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuera abolida...”⁹²

Así, la Corte Suprema de Justicia determinó que las meras expectativas o esperanzas de Manuela Gonzalías, de adquirir el estado civil de madre natural de Bautista Vaca G., durante los treinta y seis años corridos desde 1835 hasta el primero de julio de 1871, **“bajo el imperio de la Ley 11 de Toro, o 9ª, título 8º de la Recopilación Castellana, se convirtieron en la adquisición positiva de dicho estado por las leyes caucanas y la legislación civil unificada nacional (...) conforme a los artículos 1226 y 1274 del Código Civil.”⁹³**

4.1. EL MATRIMONIO EN EL PAÍS CRISTIANO

El matrimonio civil fue definido por don Andrés Bello en su Código Civil como un **“contrato solemne”**⁹⁴, de naturaleza heterosexual, con fines de cohabitación procreación y auxilio mutuo; dentro del régimen político instaurado por el régimen político de los liberales, en desarrollo de la secularización, ésta era la forma matrimonial reconocida por el Estado.

A partir de su derrota en la guerra civil de 1885, el régimen de la *“Regeneración”* orientado por Rafael Núñez procedió a regularizar sus relaciones con la Iglesia católica, y uno de los puntos medulares lo constituyó el reconocimiento del matrimonio católico, que se erige como paradigma del sistema monogámico, propio de la ahora determinada como una **“nación cristiana”**, todo lo cual se legitimó invocando **“razones de derecho público y por motivos de conveniencia social.”**⁹⁵

En sentencia del 8 de julio de 1922, la Corte concretó la recepción de la forma matrimonial canónica, incorporada, por el artículo 50 de la Ley 153 de 1887, que realizó una interpretación auténtica de la norma contenida en los artículos 12 y 19 de la Ley 57 de 1887, la cual, en el artículo 12 dijo:

92 Ibídem.

93 Ibídem, página 4

94 CODIGO CIVIL, artículo 113: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.”

95 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 8 de julio de 1922, GACETA JUDICIAL XXIX-207; Op. Cit, página 43.

“Son válidos para todos los efectos civiles y políticos, los matrimonios que se celebren conforme al rito católico.”; y en el artículo 19, dispuso: “la disposición contenida en el artículo 12 tendrá efecto retroactivo. Los matrimonios católicos, celebrados en cualquier tiempo, surtirán todos los efectos civiles y políticos desde la promulgación de la presente ley.

La mujer que al tiempo de la expedición de esta ley se halle casada católica más no civilmente, podrá conservar la administración de sus bienes, y celebrar con el marido, dentro del término de un año capitulaciones matrimoniales.”⁹⁶

La Corporación en esta sentencia de casación, realiza el ejercicio de interpretación de la norma legal a la luz de las disposiciones constitucionales sobre el respeto a los derechos adquiridos, y la prevalencia de las normas de la Constitución sobre la ley, de conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo número 3 de 1910.

Para tal efecto, invoca el artículo 31 de la Constitución⁹⁷ que ampara los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, contra las leyes posteriores que los desconozca o vulnere; así la Corte debió examinar el cambio normativo que la **“Regeneración”** introdujo al régimen matrimonial para regularizar la situación de los matrimonios canónicos.

Así mismo, la Corte dispuso las pretensiones de los sectores más clericales, que pretendían que un matrimonio católico, realizado con posterioridad a uno civil, podría prevalecer en sus efectos, así la nueva ley hubiere invocado como ***ratio legis* “altos motivos de conveniencia pública”**.

En una remisión de derecho comparado, a la legislación de Estados Unidos proferida para repeler las formas matrimoniales poligámicas de la secta de los mormones, que pretendían ampararse en la libertad religiosa contenida en la Constitución, la Corte Suprema de los Estados Unidos, determinó que la poligamia era una institución contraria a la **“institución de la familia cristiana, tal como se halla constituida en Estados Unidos.”⁹⁸**

La Corte al interpretar el artículo 50 de la Ley 153 de 1887⁹⁹, señaló que esta norma le dio efecto retroactivo general y absoluto a los matrimonios celebrados en

⁹⁶ Ley 57 de 1887.

⁹⁷ Constitución Política de 1886, artículo 31: “Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.”

⁹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 8 de julio de 1922, GACETA JUDICIAL XXIX-207 página 44.

⁹⁹ Ley 153 de 1887, artículo 50: “ Los matrimonios celebrados en la república en cualquier tiempo

cualquier tiempo conforme al rito católico, al reputarlos legítimos desde que se administró el sacramento, y le reconoció **“todos los efectos civiles y políticos que la ley le ha señalado al matrimonio.”**¹⁰⁰

Para la Corte, en una interpretación restrictiva de la norma, la retroactividad concedida a los matrimonios católicos comprende todas las obligaciones y derechos que naturalmente surgen del vínculo religioso, sin todas las demás relaciones jurídicas, tanto las domésticas como las relativas a los bienes, pero dejando a salvo los derechos adquiridos por terceros, mediante actos o contratos realizados con ellos por uno o ambos cónyuges

No obstante la retroactividad no podía afectar derechos adquiridos por actos o contratos realizados por los cónyuges, de forma conjunta o separada, ni comprende a los derechos comprendidos en el estatuto personal de los individuos ligados por matrimonio civil contraído después de que uno de ellos hubiese realizado matrimonio católico con otro individuo.

“Si un matrimonio se contrató bajo el imperio de una ley con todas las formalidades requeridas, sostenible sería sin duda que con arreglo al derecho civil los contrayentes obtuvieron el estado civil de cónyuges, que es un derecho adquirido e incorporado en su patrimonio.”¹⁰¹

Respecto a la hipótesis de la posibilidad de coexistencia, en una misma persona, de un doble vínculo matrimonial civil y católico, con diferentes personas, las Corte Suprema dijo, que ello era:

“inaceptable, porque equivale a sostener que un varón puede moral y jurídicamente estar ligado por vínculo matrimonial a un mismo tiempo y en vida con dos mujeres, o una mujer con dos maridos; es decir, que es posible la bigamia en una de las naciones cristianas, a pesar de que en todas ellas impera absolutamente como base de la familia la institución de la monogamia.”¹⁰²

La Corte Suprema de Justicia, culmina su argumento diciendo que es imperativo aceptar como doctrina constitucional, que:

“ El legislador tiene potestad para expedir leyes que regulen el matrimonio y el divorcio y afecten e estado de las personas

conforme al rito católico, se reputan legítimos, y surten, desde que se administró el sacramento, los efectos civiles y políticos que la ley señala al matrimonio, en cuanto este beneficio no afecte derechos adquiridos por actos o contratos realizados por ambos cónyuges, o por un de ellos, con terceros, con arreglo a las leyes civiles que rigieron en el respectivo Estado o territorio antes del 15 de abril de 1887.”

100 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 8 de julio de 1922, GACETA JUDICIAL XXIX-207Página 44

101 Ibidem, página 43.

102 Ibidem, página 43.

casadas, aunque tales leyes puedan considerarse en cierta extensión como retroactivas; y así una ley que da validez para todos los fines y propósitos a los matrimonios previamente celebrados por un ministro religiosos calificado y facultado para verificarlos con arreglo a las formas y usos de alguna comunidad religiosa, no es írrita como violatoria de derechos adquiridos y aunque afecte derechos de los individuos, la autoridad judicial no tiene facultad para anularla si es justa y razonable y encaminada al bien público...”¹⁰³

Posteriormente, en sentencia del 8 de septiembre de 1962 la Corte Suprema de Justicia estableció las relaciones que entre el matrimonio civil y el matrimonio religioso en virtud del llamado **“Privilegio Paulino”** o **“Privilegio a favor de la Fe”**; la Corporación dijo que bajo la jurisdicción eclesiástica quedaban las causas matrimoniales que afectan al vínculo y la cohabitación de los consortes, así como las que se refieren a la validez de los esponsales.

El lenguaje de la Corte en esta sentencia es profundamente confesional, ya que denomina con el apelativo de **“infieles”** a quienes no profesan la religión católica, anotando que **“la infidelidad es susceptible de desaparecer. Por el bautismo queda el hombre constituido en persona en la Iglesia de Cristo, con todos los derechos y obligaciones de los cristianos”**¹⁰⁴, lo cual determina que la nueva persona queda bajo la jurisdicción eclesiástica, sin que el poder civil pueda interferir en ella.

Al respecto, señala la Corporación que si bien es cierto, que a la jurisdicción civil no le compete definir si las providencias eclesiásticas se ajustan a los cánones, por cuantos e incurriría en un desconocimiento de la autonomía de la Iglesia, que es libre e independiente del poder civil, con soberanía o para regirse por sus propias leyes, al reconocerla como persona jurídica de Derecho Pública, respetada por Colombia, conforme a la Ley 35 de 1888 aprobatoria del Concordato entre la República de Colombia y la Santa Sede Apostólica, que tiene fuerza de trata público y por tanto mayor firmeza y estabilidad que las leyes comunes, por cuanto como lo señalan la Ley 152 de 1887 y el artículo 3° de la Ley 35 de 188, aprobatoria del Concordato, **“La legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta; pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República.”**¹⁰⁵

103 Ibídem, página 44.

104 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Gaceta Judicial C-20, sentencia del 8 de septiembre de 1962, proferida por los magistrados Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, Enrique López de la Pava, Arturo C Posada, Jorge Hernández Arbeláez y José J Gómez, quien salvó el voto. En Patología Jurisprudencial, Op. Cit., página 544.

105 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 8 de septiembre de 1962, Gaceta Judicial C-20.

La Corte reiteró la doctrina contenida en las sentencias de casación del 15 de mayo de 1954 y del 30 de noviembre de 1961¹⁰⁶, en la cual establece que las sentencias eclesiásticas son exequibles y válidas para el derecho civil colombiano, con las características propias del ordenamiento canónico; en su decir,

“la imposibilidad de considerar que pueda haber conflicto entre la norma civil y la eclesiástica, pues cuando el derecho del estado defiere formalmente a una institución de derecho canónico, es deferencia implica que el derecho civil admite la reglamentación canónica relativa a esa institución.”¹⁰⁷

Por consiguiente, la Corte acepta que el ordenamiento civil reconoce la preponderancia del matrimonio católico, ya que para el derecho canónico son nulos los matrimonios contraídos por una persona no bautizada con otra bautizada en la Iglesia, o convertida a ella **“de la herejía o del cisma”** (y que),

“... el matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado se disuelve a favor de la fe por el privilegio Paulino, (ya que) vínculo del matrimonio anterior celebrado en la infidelidad, se disuelve en el momento preciso en que la parte bautizada celebre nuevo matrimonio. (...) En caso de duda el privilegio de la fe goza del favor del derecho”¹⁰⁸

Desde el punto de vista metodológico, la Corte Suprema de Justicia realiza una interpretación lógica y extensiva, del artículo 19 del Concordato, para reconocer al Jefe de la Iglesia Romana, la potestad de disolver los efectos del vínculo jurídico civil, válidamente celebrado por las autoridades del Estado Colombiano, como una sanción a quien permanece en la **“infidelidad”** y una prerrogativa en favor del creyente, para que pueda contraer exclusivamente, un nuevo matrimonio canónico, ya que en su decir **“No por implícito es menos claro al respecto el acuerdo entre el Estado colombiano con la Sede Apostólica.”**¹⁰⁹

Por tanto, para la Corte Suprema de Justicia, el **“privilegio Paulino”**, es una forma extraordinaria de poner fin al matrimonio civil, que de acuerdo al artículo 152 del Código Civil, **“se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges”**¹¹⁰, por cuanto el divorcio, vigente a la fecha, sólo **“suspende la vida en común de los cónyuges”**¹¹¹

106 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 15 de mayo de 1954, Gaceta Judicial LXXVII-2141-579.

107 Ibidem.

108 Ibidem, página 544.

109 Ibidem, página 545.

110 CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, artículo 152.

111 Ibidem, artículo 153.

Con posterioridad, la Corporación en sentencia del 11 de agosto de 1972, continuó fijando los linderos de la deferencia de la legislación canónica sobre la civil, al ratificarlas características de la coexistencia de los dos sistemas matrimoniales; en ella resumió la tesis configurada en sus precedentes en los siguientes términos:

Primero: La legislación Civil y la Canónica son independientes, pero en ciertas materias expresamente determinadas se defiere a esta la definición del caso en concreto.

Segundo: La deferencia es de naturaleza formal y no recepticia, razón por la cual la canónica se considera legislación extraña al ordenamiento jurídico colombiano.

Tercero: El quebranto de la norma canónica puede denunciado en casación, pero de manera vinculada en la proposición jurídica completa, que se integra con la disposición legal colombiana que autoriza la aplicación de la canónica, razón por la cual la acusación de su quebranto no es autónoma.

Cuarto: La ley colombiana reconoce efectos civiles según el caso, tanto al matrimonio civil como al católico, al considerarlos instituciones de orden público; el canónico celebrado entre profesantes de la religión católica, por los ritos establecidos en el concilio de Trento, genera efectos frente a las personas y los bienes de los cónyuges y sus descendientes conforme a las disposiciones del artículo 17 de la Ley 35 de 1888 aprobatoria del Concordato, y que sólo requería de la inscripción ante el registro del Estado Civil; el matrimonio civil, celebrado ante el Juez Civil Municipal del domicilio de la mujer, previsto para nacionales y extranjeros no bautizados, y para los apóstatas, conforme al mandato de la Ley 54 de 1924, en sus artículos 1º y 2º.¹¹²

A pesar de que en principio, la jurisdicción civil no podía intervenir en los matrimonios canónicos, ni la jurisdicción canónica podía intervenir en asuntos relativos a la existencia, validez o nulidad de los matrimonios civiles, salvo el caso del “*privilegio Paulino*”, sin embargo, por cuanto el artículo 17 de la Ley 35 de 1888 dispuso que “**sólo la forma canónica producirá efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes**”¹¹³, de donde la Corte, en interpretación exegética, con técnica lógica, aplicando el argumento de sentido contrario o “*contrario sensu*”, deduce que el matrimonio civil, celebrado entre bautizados en la religión católica se halla viciado de nulidad, y por tanto, no produce efectos civiles.

112 LEY 54 de 1924, conocida como Ley Concha, aclaratoria de la legislación existente sobre matrimonio civil en Colombia, Artículo 1º “No es aplicable la disposición de la primera parte del artículo 17 del Concordato, cuando los dos individuos que pretenden contraer matrimonio declaren que se han separado formalmente de la Iglesia y de la religión católica, siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido órdenes sagradas ni sean religiosas que hayan hecho votos solemnes, los que están en todos caso sometidos a las prescripciones el derecho canónico.”

113 Ibídem, artículo 17.

Según dice la Corte Suprema de Justicia, **“Esta nulidad, por consiguiente es textual, en manera alguna virtual, pues expresamente la consagra la ley”**¹¹⁴, y es, una causal nueva y adicional a las establecidas en los artículos 13 y 16 de la Ley 57 de 1887, en correspondencia con el artículo 140 del Código Civil, introducida por una ley de carácter posterior y especial y que genera una causal de nulidad absoluta del matrimonio civil, para la personas bautizadas que contraen matrimonio civil, salvo que previamente, hayan apostatado, y siempre y cuando, no hayan recibido órdenes sagradas, ni sean personas religiosas con votos solemnes.

Es de anotar, que el artículo 2º de referida Ley 54 de 1924, introdujo un ritual formal, inquisitorial y de carácter intimidante para la apostasía, en abierta contraposición con el principio de igualdad de las personas ante la ley, que se declaraba constitucionalmente, el cual colocaba a los apostatas en la picota pública al momento de contraer nupcias, y que se surtía con la participación de las autoridades civiles y de los jefes de la Iglesia Católica, en un país donde sus católicos habitantes se asesinaban entre sí, por el simple hecho de ser conservadores o liberales; así la apostasía,

“Artículo 2º: “... se hará por escrito por los dos individuos que pretenden contraer matrimonio, ante el Juez municipal respectivo y se expresarán en ella la época de la separación de la Iglesia y de la religión católicas. Tal declaración se insertará en el edicto que se debe publicar conforme a la Ley: se comunicará por el juez inmediatamente al ordinario eclesiástico respectivo y la ratificarán los contrayentes en el acto de celebración del matrimonio, que no podrá celebrarse sino transcurrido un mes desde el día en que la declaración haya sido comunicada oficialmente al ordinario, dejando constancia de la misma declaración en la diligencia o partida respectiva.”¹¹⁵

La Corte se reafirma en la interpretación expresada en la sentencia de casación del 6 de septiembre de 1966¹¹⁶, en la cual se determinó que a la luz de la legislación civil y concordataria, sólo pueden contraer válidamente el matrimonio civil, los no bautizados y los apostatas, conforme al artículo 17 del Concordato, pero aclara que la sanción de nulidad del matrimonio civil celebrado por bautizados **“sólo se es aplicable a los realizados en la República de Colombia , y que por tanto la sanción de nulidad que él consagra no comprende a los realizados en país extranjero...”**¹¹⁷

114 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 11 de agosto de 1972, Gaceta Judicial CXLIII-51; en Antología Jurisprudencial, Op. Cit., página 783.

115 LEY 54 de 1924, artículo 2º.

116 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 6 de septiembre de 1966, Gaceta Judicial, CVII-277.

117 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 11 de agosto de 1972, Gaceta

4.2. LA CAPITIS DEMINUTIO DE LA MUJER

No obstante que en el Código de Bello, incorporado como del Código Civil Colombiano, en el artículo 74 se plasmó el principio de igualdad de las personas, bajo la formulación “ **Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición**”¹¹⁸, en las redacción de múltiples disposiciones , como es el caso de los artículos 87, 176, 177, 178, 179, 181, 182, 183, y 1805 a 1813, instituyeron situaciones de desigualdad jurídica en contra de la mujer casada.

La suerte de las mujeres casadas, no era muy diferente a la de las llamadas las mujeres “**libres**”, ya que se hallaban sujetas a la potestad marital, que les imponía deberes de acatamiento y subordinación al marido, la obligación de seguir el domicilio del marido, y la imposibilidad de manejar el patrimonio propio y menos forjar una fortuna personal de manera independiente y separada del patrimonio marital; la mujer casada por tanto padecía una “**capitis deminutio**” que la acompañaba durante toda su vida matrimonial.

La Corte Suprema de Justicia expuso de manera diáfana, la intelección de las normas civiles que garantizaban el control marital sobre el patrimonio matrimonial, al explicar que el haber de la sociedad conyugal, es una persona distinta de los cónyuges, es un patrimonio autónomo formado por bienes en que figuran los que cualquiera de los dos socios adquiera durante el matrimonio, a título oneroso, de conformidad con el ordinal 5° del artículo 1781 del Código Civil; en consecuencia,

“El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales como si ellos y sus bienes propios, formasen un sólo patrimonio (art. 1806 del C.C.) Esta ficción, establecida por la ley en beneficio de terceros, dura únicamente mientras dure la sociedad conyugal. Ocurrida la disolución de tal sociedad, sea cual fuere la causa que la determine se acaba esa ficción.”¹¹⁹

4.3 - LA LEY 28 DE 1932 Y LA SOCIEDAD CONYUGAL

El régimen matrimonial desde la entrada en vigencia del Código Civil, hasta el 31 de diciembre de 1932, consistía en la formación de una sociedad conyugal, reglado por el artículo 1781 del C.C., o sea un régimen de comunidad de bienes, que se constituía por el sólo hecho del matrimonio (artículo 180 del C.C.) , y cuya administración competía exclusivamente al marido, quien ante terceros se expresaba como “**dueño de los bienes sociales (...) de manera que durante la**

Judicial CXLIII-51; en Antología Jurisprudencial, Op. Cit., página 786.

118 CODIGO CIVIL COLOMBIANO, artículo 67, Editorial Temis, Bogotá, 1990.

119 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Gaceta Judicial XLIII-37, sentencia del 20 de mayo de 1936, Antología Jurisprudencial, Op. Cit., página 114.

sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales.(artículo 1606)”¹²⁰

El marido como jefe de la sociedad conyugal administraba libremente no sólo los bienes sociales, sino los propios de la mujer, salvo las restricciones legales o de las capitulaciones matrimoniales (artículo 1805), y la mujer carecía de derecho alguno sobre los bienes sociales, durante la sociedad (1808 C. C.):

“la mujer, por el hecho del matrimonio, era incapaz. Su personalidad civil sufría una disminución (Artículo 1504 C. C.). Por lo tanto estaba inhibida para celebrar ningún acto jurídico, ni aún relacionado con sus bienes propios (salvo contadas excepciones, como testar) sin la autorización del marido o de la justicia en subsidio (artículos 181, 182, 188, 189, 190, y 192 del C.C.).”¹²¹

La ley 28 de 1932, consagró un nuevo régimen patrimonial entre esposos, otorgando a cada cónyuge la libre administración de los bienes que le pertenezcan antes del matrimonio y los que adquiriera durante el mismo, pero a la disolución del matrimonio, o cuando por cualquier otro evento legal debiera liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio.

Así mismo en esta ley se confirmó a la mujer casada y mayor de edad, la plena capacidad civil, judicial y extrajudicial, con pleno ejercicio del derecho de accionar incluso contra el marido, mutándose el sistema de disposición y administración de los bienes de la sociedad conyugal, en cuya virtud cada cónyuge administra con libertad e independencia tanto los bienes propios como los adquiridos; por tanto, la sociedad tiene ahora dos administradores en vez de uno **“y cada administrador responde ante terceros de las deudas que personalmente contraiga, de manera que los acreedores sólo tienen acción contra los bienes del cónyuge deudor, salvo la solidaridad establecida en el artículo 2º, en su caso.”¹²²**

La Corte precisó la naturaleza de la nueva sociedad conyugal, cuando dijo:

“El legislador conservó la institución de la sociedad conyugal como vínculo patrimonial entendido entre los esposos. (...) constituye una institución *sui generis*, de naturaleza especial, con características especiales, que la distinguen y la distancian de toda otra institución legal (...) que don Arturo Alessandri Rodríguez el profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile (...) llama de “Participación en Gananciales”, recomendándolo como el más perfecto entre los que estudia en su obra.”¹²³

120 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Gaceta Judicial XLV-631, sentencia del 20 de octubre de 1937, Antología Jurisprudencial, Op. Cit., página 181.

121 Ibídem, página 182.

122 Ibídem, página 183.

123 Ibídem, página 186.

En relación con las mujeres casadas menores de edad, la Corte Suprema de Justicia, llenando el silencio normativo generado por la entrada en vigencia de la ley 28 de 1932, señaló la forma y las responsabilidades como el marido, debía asumir la administración de los bienes del cónyuge menor de edad; al respecto dijo:

“...si el marido debe administrar los bienes de su mujer menor de edad, en la disposición y administración de ellos tiene que estar sometido a las restricciones y requisitos legales protectores de la incapacidad de los menores...(…) lo cual significa que el marido en ejercicio de la representación deberá obrar bajo las regla de una guarda legítima, común y ordinaria.”¹²⁴

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, precisó que los dineros aportados al matrimonio, o adquiridos durante el mismo, por cualquiera de los cónyuges pertenecen a la sociedad conyugal, conforme a los artículos 1782 y 1783 del Código Civil.¹²⁵

124 Ibídem, página 196.

125 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Gaceta Judicial XLII-486, sentencia del 31 de agosto de 1935,