

EL RESARCIMIENTO DE PERJUICIOS CAUSADOS EN
LAS RELACIONES DE FAMILIA: UNA BREVE MIRADA
DESDE LA SOCIOLOGÍA Y EL DERECHO
*MARÍA EUGENIA GÓMEZ CHIQUIZA**



THE COMPENSATION FOR DAMAGES CAUSED IN
FAMILY RELATIONS: A BRIEF LOOK FROM SOCIOLOGY AND LAW

RESUMEN

La responsabilidad civil derivada de las relaciones de familia es un tema sin desarrollo legal ni jurisprudencial en Colombia. Este artículo pretende hacer una aproximación desde la sociología del derecho. Primero se revisaron algunos conceptos de la teoría general de la responsabilidad civil y su aplicación en la Corte Suprema de Justicia en Colombia y luego se analizaron dos casos puntuales de las relaciones de familia, los daños derivados del divorcio o nulidad del matrimonio, y la violencia intrafamiliar y de género, en ambos eventos se tiene la premisa de la no existencia de un texto legal que faculte al juez de familia para acceder a

* Abogada, egresada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho de Familia y Especialista en Derecho de los Negocios de la misma Universidad. Curso de Especialización en Derechos Humanos y Protección Constitucional de la Universidad Castilla de la Mancha, España. Curso intensivo en derechos de la infancia y la adolescencia de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Máster en Derecho de Familia e Infancia en la Universidad de Barcelona. Profesora Ordinaria de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Directora de la base de datos de jurisprudencia y legislación sobre infancia y familia de la misma Universidad. Abogada litigante y consultora. Exasesora de la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, miembro de la comisión redactora de la Ley de Infancia y Adolescencia –Ley 1098 de 2006–. Conjuez de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá desde 2002 hasta 2016; e-mail: [maria.gomez2@uexternado.edu.co].

este tipo de pretensiones y por ello, en la actualidad, no se ha implementado la reparación de perjuicios causados en el entorno familiar.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; Familia; Daño; Divorcio; Violencia intrafamiliar.

ABSTRACT

Public liability originated from family relationships is a subject that has had no legal development or in the jurisprudence in Colombia. The purpose of this article is to make an approach from the sociology of the law. On the one hand we have a review of some concepts of the general theory of public liability and its application in the Supreme Court of Justice in Colombia and on the other we have the analysis of two specific family cases: the harm caused by divorce or marriage annulment and domestic or gender violence. In both cases there is a premise of lack of legal texts to help the judge have access to this type of claims and therefore, to this moment, the reparation of damages caused within the family environment has not yet been implemented.

KEYWORDS: Public liability; Family; Harm; Divorce; Family violence.

Fecha de presentación: 12 de febrero de 2018. Revisión: 20 de febrero de 2018. Fecha de aceptación: 17 de abril de 2018.



INTRODUCCIÓN

¿Existen situaciones en el contexto y dinámica familiar que devengan en daños y sean por ende susceptibles de indemnización o reparación?, la práctica profesional en el ejercicio de abogado, en un análisis previo, nos ha mostrado situaciones en donde a primera vista son evidentes dichos daños, a modo de ilustración, en el matrimonio, por ejemplo, una posible indemnización de perjuicios del cónyuge culpable al inocente por faltar a los deberes que la ley le impone como cónyuge y que devienen en un posible daño moral al inocente o una indemnización por lucro cesante y daño emergente en eventos de maltrato físico dentro del contexto de la violencia intrafamiliar; en tratándose de las relaciones familiares entre padres e hijos también se presentan casos en donde cabría la posibilidad de indemnizar o reparar afectaciones como las sufridas producto de un ejercicio arbitrario de la custodia y cuidado personal de un menor de edad por parte de uno de los padres; un niño, niña o adolescente debería poder ser reparado

o indemnizado cuando las acciones desplegadas en ejercicio de la patria potestad vulneran o ponen en riesgo o en afectación los derechos fundamentales de los menores de edad que, de más está decir, son prevalentes por mandato constitucional¹.

Sin embargo, para poder contestar de manera sustentada esta pregunta, se deberán estudiar en primer lugar las definiciones dadas por la doctrina jurídica respecto de la teoría general de la responsabilidad civil, sus fundamentos filosóficos y su relación con la sociología del derecho, para poder verificar desde la observancia de los comportamientos sociales si la finalidad de las normas que regulan la responsabilidad civil se ajustan al contexto social colombiano en asuntos de familia, o si por el contrario, el legislador nacional se encuentra aislado de la realidad social del país y sus normas jurídicas no están cumpliendo con la función que el conglomerado social esperaría de ellas, en atención a sus intereses bien sea personales o colectivos; en síntesis, se deberán proporcionar desde el ejercicio profesional explicaciones nomológicas² a los comportamientos sociales y descubrir en éstos las acciones que los sujetos realizan basándose en alguna motivación, idea o concepción –si se quiere– que los lleva a intentar cumplir un objetivo al que ellos le han atribuido un significado desde sus actos de comunicación que bien puede o no ser compartido por su entorno social³.

Comportamientos como la infidelidad –relaciones extramatrimoniales–, la agresión física o verbal, el maltrato psicológico o económico ejercido por uno de los cónyuges, ¿qué motiva a ese sujeto –al cónyuge– a desplegar dicha conducta?, ¿qué llevó al legislador y al conglomerado social en general a reprochar mediante la imposición

-
- 1 Artículo 44, Constitución Política de 1991, CORTE CONSTITUCIONAL *et ál. Constitución Política de Colombia 1991*, Actualizada con los actos legislativos a 2016, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].
 - 2 VINCENZO FERRARI. *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid (trad.), Madrid, Dykinson, 2000.
 - 3 VINCENZO FERRARI. *Derecho y sociedad. Elementos de la sociología*, SANTIAGO PEREA LATORRE (trad.), Bogotá, Externado, 2002, pp. 17 a 59.

de una sanción de tipo legal estas conductas?, ¿qué se persigue con la sanción? Éstas son solo algunas de las preguntas que pueden surgir cuando se está atendiendo un caso y deberán ser analizadas desde lo abstracto hacia lo concreto para explicar cuál es el derecho vivo, es decir, cual es el derecho que vive en realidad en la sociedad, y esto, no es otra cosa que el estudio de la sociología jurídica⁴.

En segundo lugar, se deberán recapitular ciertas nociones jurídicas relativas al llamado derecho de familia, infancia y adolescencia para articular ambas disciplinas del derecho privado y poder cumplir con el rol que exige la sociología jurídica de informar desde la teoría y la descripción los elementos, la correlación de los fenómenos sociales y su explicación teórica dejando en el lector, en el operador judicial, en el estudiante o en el colega, la decisión de apoyar o no la explicación suministrada⁵.

Aunado a lo anterior, es necesario mencionar que unir dos disciplinas como lo son la sociología y la responsabilidad civil –vista desde los asuntos de familia–, para alguien que someramente tiene ciertas bases en la primera de ellas, podría resultar un ejercicio arriesgado y sujeto a las críticas de quienes se han dedicado a su estudio a profundidad, surgirá entonces en el lector crítico –y así se espera– la inquietud de ¿por qué unir la responsabilidad civil en asuntos de familia con la sociología?, se consideraron, varias razones:

La interpretación finalista o del fin de la norma, noción casi que primaria en la formación de un estudiante de derecho, en tratándose de derecho de familia, la realidad social del tiempo que se vive en Colombia hace que, al analizar la jurisprudencia de las Altas Cortes, sea evidente que la afirmación de LUIS DÍEZ-PICAZO cobre total sentido toda vez que sostiene que la jurisprudencia de intereses tiende a convertirse en jurisprudencia de valores, no habiendo más juicios de valor actuantes y admisibles que aquellos que son generales a la comunidad o grupo humano en que el intérprete actúa⁶.

4 Ídem.

5 Ídem.

6 LUIS DÍEZ-PICAZO. *El escándalo del daño moral*, Pamplona, Aranzadi, 2008, p. 43.

Desde la práctica en el ejercicio de la profesión de abogado, con mayor frecuencia y regularidad en los últimos años, se ha evidenciado que existe un constante conflicto de intereses entre la regulación normativa, jurisprudencial y doctrinaria –si se quiere–, y la concepción que sobre la responsabilidad tiene el ciudadano colombiano.

A partir de la jurisprudencia y los innumerables estudios publicados en tratándose de la responsabilidad civil, se ha evidenciado que el régimen de responsabilidad operante en Colombia depende de la disposición que tiene el hombre ante el daño en razón a la gradualidad de la culpa y los eventos en que se puede hablar de responsabilidad objetiva o sin culpa en Colombia. Hasta ahora, desde lo observado en la práctica profesional, se está abriendo paso al sentimiento social del deber de reparar los daños que se generan con ocasión o como consecuencia de algún suceso dentro de la vida matrimonial o familiar que afecte, lesione o ponga en riesgo derechos fundamentales de los cónyuges o de algún otro miembro del grupo familiar.

La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, y en especial, la de la Sección Tercera del Consejo de Estado en los años recientes, hacen entrever un desajuste entre la realidad social y las normas jurídicas contenidas en las leyes que regulan la responsabilidad civil en Colombia. Sobre este punto, es abundante la doctrina que ha estudiado a fondo el desarrollo jurisprudencial en materia indemnizatoria y reparatoria de daños y a la cual se recurrirá en el capítulo pertinente.

Se ha evidenciado que, en Colombia, de la mano de la jurisprudencia, que recoge nociones, fundamentos y argumentación de distintas corrientes en derecho comparado y nacional, se ha generado una evolución en derecho de daños, amén de esto, el marcado enfoque sociológico que los fallos de las Altas Cortes han mostrado, en atención a diversas razones de convivencia social, ejemplo de ello, el fallo VILLAVECES⁷ de 1922 de la Casación Civil.

7 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 21 de julio de 1922, M. P.: Tancredo Nannetti, disponible en [[http://190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/subpage/mujer/mujer/Providencias/SC%20\(21%2007%201922\).pdf](http://190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/subpage/mujer/mujer/Providencias/SC%20(21%2007%201922).pdf)].

I. TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. NOCIONES PRELIMINARES

La pregunta que salta a la vista en un primer momento es casi obvia, si se va a adentrar en el estudio de la responsabilidad civil: *¿qué entendemos por responsabilidad civil?*, muchas son las definiciones que se le han dado desde el derecho, todas dependen de un tiempo, de una sociedad en particular, de un estudio en un contexto social determinado, se ha de aclarar desde ahora que en este escrito se tomarán solo algunas nociones y su profundización se dejará a la consulta en las diversas fuentes tanto clásicas como modernas –si se quiere– que no son otra cosa sino la base de lo aquí mencionado.

En este orden, se deberá comenzar haciendo alusión al daño que para FERNANDO HINESTROSA FORERO:

Es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y el juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil. De ahí también el destinatario de comenzar la indagación por la culpa de la demandada⁸.

A. Notas introductorias al daño

Varias son las definiciones dadas por la doctrina jurídica respecto del daño, en todas hay componentes sociológicos, es de observar que en la primera a la que hicimos mención el jurista prescribe que se deberá hacer una calificación moral de la conducta del autor, para ello se de-

8 FERNANDO HINESTROSA FORERO. “Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa”, s. p. citado en JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Externado, 1998, p. 36.

9 FERRARI. *Derecho y sociedad. Elementos de la sociología*, cit., pp. 23 y 24.

berá observar desde las motivaciones, es decir, desde la acción social, bien sea ésta racional respecto del fin, respecto al valor, tradicional o afectiva, como bien lo describe MAX WEBER⁹.

En otras definiciones como aquella dada por ADRIANO DE CUPIS¹⁰ consistente en afirmar que daño “no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”, para poder desmenuzar esta definición tendremos que recurrir a categorías abstractas previamente establecidas, en el caso que pretendemos estudiar, ¿qué es una situación favorable en asuntos de familia para el contexto colombiano?, ¿por qué determinada acción o determinada conducta aminora o altera cierta situación que se considera favorable en la dinámica y el contexto familiar colombiano? ¿ocurre lo mismo en otros contextos sociales? Una buena fuente de información serán por ejemplo los fines del Estado plasmados en el texto constitucional o lo que también ha sido llamado el *espíritu* de las constituciones¹¹.

Es de anotar que HINESTROSA FORERO¹² encuentra sustento en aspectos morales para definir el daño, así, en su *Tratado de las obligaciones*¹³ lo define como la “lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja”.

JAVIER TAMAYO JARAMILLO¹⁴ por su parte, define daño¹⁵ como el “menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”, ¿quién define cuáles son esos bienes patrimoniales y extrapatrimoniales a los que se

10 ADRIANO DE CUPIS. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN (trad.), Barcelona, Bosch, 1975, p. 81, citado en HENAO PÉREZ. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, cit., p. 84.

11 Idea tomada de MONTESQUIEU. *El espíritu de la ley*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, s. f.

12 (1967)

13 FERNANDO HINESTROSA FORERO. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Externado, 1967, p. 529.

14 JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *De la responsabilidad civil*, t. 2, “De los perjuicios y su indemnización”, Bogotá, Temis, 1986, p. 5.

15 Específicamente daño civil indemnizable.

refiere el autor? De nuevo las categorías conceptuales previas son el primer paso para poder observar las formas concretas de la acción humana, la categorización de dichos bienes deberá responder a conseguir alguna finalidad coherente con los medios de que dispone el actor, deberá responder a la realización de valores o ideales en los que el sujeto cree independientemente de las consecuencias, deberá responder a la repetición de una costumbre adquirida repitiendo modelos normativos de otros países o deberá responder a sentimientos o disposiciones de ánimo del actor¹⁶.

RODRIGO ESCOBAR GIL¹⁷ refiere que el daño es producto de un hecho o acción humano o de la naturaleza, sostiene entonces que

en el lenguaje corriente la expresión *daño* significa todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ por su parte recoge, en nuestra opinión, lo ya mencionado y sostiene de manera concreta que en general, es aceptada como definición de daño

toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trate de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil –imputación y fundamento del deber de reparar– se encuentran reunidos¹⁸.

Y hace mención de algo que no se había evidenciado, identifica que en las legislaciones francesa y colombiana se ha dado a sus individuos la

16 FERRARI. *Derecho y sociedad. Elementos de la sociología*, cit.

17 RODRIGO ESCOBAR GIL. *Responsabilidad contractual de la administración pública*, Bogotá, Temis, 1989.

18 JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. "Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'Etat en droit colombien et en droit français", tesis doctoral, París, Universidad de París 2, Panthéon Assas, s. p., citado en JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", *Revista de Derecho Privado*, n.º 28, 2015, pp. 277 a 366.

posibilidad de accionar judicialmente, es decir, a la par de establecer el objeto de la responsabilidad civil, debe contarse con la aprobación, con el beneplácito del conglomerado social para exigir su reparación con la condición de demostrar un título de imputación y establecer, más allá de toda duda, un fundamento para que la reparación proceda. Esto, para nosotros, no es otra cosa que el resultado de observar 1. La relación existente entre las normas jurídicas y las acciones sociales; 2. El efecto que dichas normas tienen en sus destinatarios; y 3. La contribución que hace el jurista desde su rol académico al desarrollo de la teoría de referencia¹⁹, en este caso, la teoría general de la responsabilidad civil.

En sentencia de julio de 2017, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema retomó una definición adoptada por la corporación desde febrero de 2013, para la Corte, el daño es "... todo detrimento, menoscabo o deterioro que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva..."²⁰.

B. Breves aproximaciones a la definición de responsabilidad civil

Para MILAGROS KOTEICH, la definición más recogida es aquella que la tiene como la "obligación de reparar o de indemnizar o de resarcir el daño causado de forma injustificada a un tercero"²¹. ENRIQUE RAMOS BOURIE sostiene que la responsabilidad civil es "un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona"²².

Para LUIS DÍEZ-PICAZO la responsabilidad civil es "la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés

19 FERRARI. *Derecho y sociedad. Elementos de la sociología*, cit.

20 Sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 2002-01011-01, citada en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia STC10829-2017, de 25 de julio de 2015, M. P.: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

21 MILAGROS KOTEICH. "Introducción a la responsabilidad civil" (Cátedra magistral, Conferencia, Universidad Externado de Colombia, 26 de enero de 2015).

22 ENRIQUE G. RAMOS BOURIE. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”²³; de las tres nociones tomadas se extrae que en todas se hace mención al daño, esto es, reafirmando lo ya sentado por HINESTROSA FORERO, el daño es la razón de ser de la responsabilidad civil y se deberá entonces estudiar el daño como categoría autónoma en las relaciones de familia para así poder establecer si de verdad existen dentro del contexto y la dinámica familiar colombiana situaciones, acciones o hechos que se enmarquen dentro de la preexistente definición del daño y analizar si en derecho colombiano se han contemplado fundamentos sociales, políticos o culturales que sirvan como sustento para afirmar que ese daño debe ser objeto de reparación o indemnización.

II. FUNDAMENTOS DEL DEBER JURÍDICO DE REPARAR O INDEMNIZAR DAÑOS DERIVADOS DEL MATRIMONIO

Para el derecho colombiano, el tema, se puede decir, resulta novedoso toda vez que la doctrina no se ha ocupado de él más allá de la obra de MARÍA DEL SOCORRO RUEDA FONSECA²⁴ y el artículo de JORGE IVÁN GÓMEZ ROJAS²⁵ –referido éste último solo al campo de la nulidad matrimonial–, ambos escritos con antigüedad no mayor a una década, lo cual de suyo denota desinterés respecto del tema en el ordenamiento jurídico nacional, aunado a que en la jurisprudencia no hay rastros de haberse estudiado y resuelto en algún caso específico salvo la Sentencia STC-10829-2017 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, caso en el que la Corte debió estudiar en sede de tutela la petición elevada por la accionante en el sentido de solicitar

23 LUIS DÍEZ-PICASSO y ANTONIO GULLÓN. *Sistema de derecho civil*, vol. III, Madrid, Tecnos, 1989.

24 MARÍA DEL SOCORRO RUEDA FONSECA. *La reparación de perjuicios en el vínculo matrimonial*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.

25 JORGE IVÁN GÓMEZ ROJAS. “La responsabilidad civil y canónica en la disolución del matrimonio por nulidad; procede la indemnización de perjuicios (teoría del negocio jurídico)”, en *Justicia Juris*, vol. 6, n.º 12, octubre de 2009-marzo de 2010, disponible en [https://ki-pdf.com/la-responsabilidad-civil-y-canonica-en-la-disolucion-del-matrimonio-por-nulidad-_5ab58bcc1723dd419ce563be.html].

ser resarcida, reparada y/o compensada por el daño que se le causó por el desconocimiento de su derecho fundamental a vivir libre de violencia, discriminación de género y violencia intrafamiliar”.

En síntesis, tanto el *ad quo* como el *ad quem* dentro del proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio católico negaron el amparo a la accionante por no encontrarse reunidos los supuestos contemplados en el numeral 3 del artículo 411 del Código Civil²⁶. Sobre el particular la Sala de Casación consideró en tratándose del matrimonio que

... es un contrato [...] por el cual [dos personas] se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente [...] (art. 113 del Código Civil), con fines permanentes o estables, su finalización por causas de violencia física o moral o por el menoscabo personal, económico o familiar puede ocasionar perjuicios de diversa índole a quien deba soportar la consecuencia sin haber buscado o querido ese resultado.

La ruptura del vínculo en una pareja protegida y admitida por el ordenamiento genera una variación diametral en la vida de los sujetos vinculados, infringiendo afectaciones morales y materiales, por ende, si ello acaeció por causas atribuibles a uno de los compañeros o consortes, el otro está plenamente facultado para demandar una indemnización”. (Resaltados nuestros).

¿Cuáles y de qué género son los perjuicios en los casos de una responsabilidad derivada de la ruptura matrimonial? Se pregunta GÓMEZ ROJAS y se responde afirmando que

los perjuicios nacidos de una nulidad matrimonial asumen el carácter de *morales* a causa del detrimento producido al *patrimonio moral* de la persona damnificada; –dice–, para algunos no es más que la consecuencia de un atentado contra el honor, puesto que la parte sufre daño en su reputación moral como consecuencia del conocimiento que adquiere la sociedad de su fracaso²⁷.

A lo que BERNARDO GAITÁN MAHECHA en nuestro sentir se opone al decir que

26 Se deben alimentos: [...] 4.º A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.

27 GÓMEZ ROJAS. “La responsabilidad civil y canónica en la disolución del matrimonio por nulidad...”, cit., pp. 66 y 67.

los perjuicios morales nacidos de una nulidad matrimonial no lo son como atentado contra el honor; lo que ocurre es que se trata de un dolor, sufrimiento, pena o aflicción que produce un impacto en el patrimonio moral del otro cónyuge, muy probablemente –sostiene– en la parte afectiva del patrimonio moral y no en la parte social del mismo²⁸.

Respecto de la prueba del perjuicio, ésta puede ser similar a la que se presenta para calificar perjuicios morales en ciertos delitos, por vía de ejemplo, se cita a ROBERTO BREBBIA:

para que se indemnice el agravio moral emergente de un delito contra la honestidad, no será menester la prueba especial de lo que el estupro o la violación han determinado una reacción bio-psíquica en la víctima, sino bastará la simple demostración de que el hecho configura un delito señalado en el código como lesionador de la honestidad de las personas. Para dar por acreditada simultáneamente la existencia del daño extrapatrimonial²⁹.

En cuanto a las causales de divorcio, es fundamental tener presente que

el ordenamiento colombiano no contempla la compensación de culpas e injurias, motivo por el que la ofensa inferida por uno de los cónyuges no justifica la del otro, ni puede decretarse el divorcio por injurias recíprocas, puesto que el divorcio solo puede ser impetrado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan³⁰.

Y, frente a la causal primera divorcio, relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges se hace mención al pronunciamiento en Sentencia C-821 de 9 de agosto de 2005³¹ en el que la Corte Constitucional afirmó que

28 BERNARDO GAITÁN MAHECHA. *Curso de derecho penal general*, Bogotá, Lerner, 1963, p. 155, citado en GÓMEZ ROJAS. “La responsabilidad civil y canónica en la disolución del matrimonio por nulidad...”, cit., p. 67.

29 ROBERTO BREBBIA. *El daño moral*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1950, citado en GÓMEZ ROJAS. “La responsabilidad civil y canónica en la disolución del matrimonio por nulidad...”, cit., p. 68.

30 TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUILA, SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL. Sentencia de Familia y Laboral de 19 de octubre de 2010, Rad. 2005-00157-0, M. P.: ÁLVARO FALLA ÁLVIRA.

31 M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-821-05.htm>].

La libertad sexual, a la luz de los compromisos que se derivan del matrimonio como vínculo jurídico, no puede ser entendida en sentido absoluto. Compartiendo lo dicho por el señor Procurador en el concepto de rigor y la mayoría de intervinientes, la opción de vida escogida por una persona, en manera alguna debe interpretarse como mecanismo para eludir el cumplimiento de las obligaciones sociales, ya que tal actitud degenera en un abuso de los derechos de éste y en la violación de los derechos de terceros. En el caso de las relaciones sexuales extramatrimoniales, no incluirla como causal de divorcio sobre la base de favorecer la libertad sexual, no solo implicaría un desconocimiento del compromiso solemne adquirido por la pareja, sino también un desconocimiento de los derechos del cónyuge afectado a la dignidad, igualdad, intimidad, libre desarrollo de la personalidad e inalienabilidad de los demás derechos como persona, pues, en caso de reprochar tal comportamiento, se vería obligado a mantener el vínculo en contra de su interés y voluntad. En esos mismos términos, comportaría igualmente un abuso de los derechos del cónyuge que ha faltado al deber de fidelidad, en cuanto le impondría al otro la carga de permanecer a su lado sin ser ese su deseo y sin compartir su opción de vida.

En este punto, es conveniente recordar que la norma acusada, a través de la cual se consagra como causal de divorcio las relaciones sexuales extramatrimoniales, no tiene un carácter imperativo. Por el contrario, su alcance es meramente potestativo, en el sentido que se limita a reconocer al esposo ofendido la facultad para solicitar el divorcio, cuando a éste, dentro de su ámbito personal y familiar, no le resulte aceptable la conducta del cónyuge infiel y considere que ésta lesiona su dignidad y el normal desarrollo de la vida familiar.

En Colombia la única consecuencia derivada de la ruptura matrimonial si se ha declarado la culpabilidad en cabeza de alguno de los cónyuges y la inocencia en cabeza del otro cónyuge, es la continuidad de la obligación alimentaria a cargo del culpable y a favor del inocente siempre que aquel tenga la capacidad económica y éste los necesite o cuando uno de los cónyuges divorciados tenga problemas de salud y no tenga capacidad para proveer su sustento y el otro tenga la capacidad para preverlos. Esto ha sido retomado por la Sala de Casación Civil en la sentencia arriba comentada, dijo la Sala:

Aun cuando en las normas reguladoras de los trámites de divorcio y de cesación de efectos civiles del matrimonio o por la terminación abrupta de la relación de pareja, no existe un capítulo específico dedicado a la indemnización por menoscabos sufridos; para resolver ese vacío meramente aparente se

debe acudir al acápito relativo a la responsabilidad civil, régimen compatible y complementario en armonía a las pautas constitucionales atrás referidas, y los principios del régimen convencional vigente (Pacto de San José) aplicables a la materia, siguiendo los principios, valores y derechos que postula la Carta.

En principio, únicamente el canon 148 del Estatuto Sustantivo Civil obliga al “cónyuge de mala fe” cuando dio lugar a la nulidad del matrimonio a “indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado, estimados con juramento”, no obstante, debe efectuarse el análisis integral y sistemático con el plexo jurídico atrás referido en aras de lograr la reparación en la clase de juicios familiares de hondo contenido social y ético, como el puesto ahora a decisión de esta Sala.

[...]

Debe recordar esta Sala que de la hermenéutica de los preceptos 411 y 414 no puede inferirse naturaleza indemnizatoria en la obligación alimentaria para ser asimilada como una prestación ligada al daño contractual o extracontractual. Los cánones mencionados refieren la prestación por causa de las distintas fuentes obligacionales que le dan nacimiento a la misma o para extinguirla. Analizan los congruos y los necesarios, frente a los cuales las ofensas graves o atroces provenientes del acreedor inciden para su cuantificación o determinación, según sean unos u otros, pero de ninguna manera para edificar el nacimiento de una prestación indemnizatoria, esta última como ya se ha explicado tiene su fuente en el derecho de daños que difiere sustancialmente del vínculo obligacional que surge en materia de alimentos.

No se ha analizado ni consagrado en la ley colombiana responsabilidad civil alguna a cargo de uno de los cónyuges por perjuicios causados con la ruptura matrimonial, ni al haber incurrido en alguna causal de las señaladas en la ley para la disolución del vínculo matrimonial por divorcio. Sin embargo, esto puede variar en atención a la reciente postura de la Corte Suprema, sostuvo la Sala:

... desde las entrañas del derecho reparativo que postula las premisas 2341 y siguientes del Código Civil, apalancables por la regla máxima de la supremacía constitucional y que compelen a esta Corte de cuando en cuando para abogar por derroteros que hagan más justa y humana la ardua tarea de aplicar justicia en las controversias de la familia actual para no desamparar al cónyuge o compañero víctima de la intempestiva, irregular o arbitraria ruptura del vínculo jurídico que lo ata con el otro integrante de la relación obligatoria causante del finiquito. Por tanto, para definir ese tipo de asuntos,

los juzgadores deben analizar las causales de divorcio probadas a la luz de las disquisiciones precedentes, para determinar si hay lugar a decretar alguna medida resarcitoria a favor del consorte que percibió algún daño por la ruptura del vínculo marital ocasionada por su ex pareja. Están facultados los juzgadores de instancia ahora, en consecuencia, a adoptar disposiciones *ultra* y *extra petita*, conforme se autoriza en el parágrafo 1.º de la Regla 281 del Código General del Proceso³².

Contrario sensu a lo señalado, para el caso de la nulidad matrimonial sí se consagra normativamente la posibilidad de demandar indemnización de perjuicios a cargo del cónyuge en quien recae la o las causales de nulidad matrimonial, por cuanto en este evento no existe la posibilidad de continuar con la obligación alimentaria como ocurre con el cónyuge culpable del divorcio.

Para concluir, la Sala de Casación Civil ha dejado sentada la siguiente premisa:

habrá de determinarse, observando el debido proceso y el derecho de contradicción si hay lugar a proveer sobre perjuicios de índole material e inmaterial según los elementos axiológicos del derecho reparativo y los elementos probatorios recaudados.

Será cuestión de esperar los efectos que tenga en los operadores judiciales, en los abogados litigantes y en especial, en el conglomerado social, a efectos de determinar la aplicabilidad del antecedente jurisprudencial para la reparación de los perjuicios causados con la ruptura del vínculo matrimonial y más allá, por los perjuicios causados en el ámbito y la dinámica familiar.

32 “... En los asuntos de familia, el juez podrá fallar *ultra petita* y *extra petita*, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole...”.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES CON RELACIÓN A LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR COMO UN EVENTUAL ESCENARIO DONDE SE PUEDEN PRESENTAR DAÑOS SUSCEPTIBLES DE REPARACIÓN O INDEMNIZACIÓN

La regulación normativa sobre violencia intrafamiliar en Colombia comenzó hace dos décadas, nuestra Constitución Política de 1991, en su artículo 42, inciso 5.º preceptúa que “... Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley...” y es en atención a ello que el legislativo promovió y promulgó la Ley 294 del 16 de julio de 1996³³ con el fin de prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

Dentro de la regulación de la mencionada ley no se estableció una definición de violencia intrafamiliar, en cambio se mencionaron ciertos ámbitos generales que permitían diversas interpretaciones sobre lo que podría o no considerarse como violencia intrafamiliar³⁴, se dictaron normas que a través de medidas educativas, protectoras y sancionatorias, permitieran a las personas recurrir a diversos medios para la solución de sus conflictos –como la conciliación– y evitar en lo posible la respuesta violenta; el artículo 5.º preceptúa medidas tales como ordenar al agresor el desalojo de la casa cuando su presencia constituye una amenaza, acudir a tratamiento reeducativo, en total son 13 medidas, que no son taxativas sino meramente enunciativas pues se establece que podrá ser tomada cualquier otra medida que cumplan con los objetivos establecidos en la ley.

Un aspecto para destacar es la política de criminalización de conductas por parte del legislativo, el título v de la Ley 294 de 1996 antes citada –artículos 22 a 27– establece los delitos contra la armonía y la unidad de la familia, la violencia intrafamiliar se concibió entonces como todo maltrato físico, psíquico o sexual y se fijó como sanción una pena privativa de la libertad de uno a dos años. Normas como la

33 Ley 294 de 16 de julio de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.836 de 22 de julio de 1996, disponible en [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0294_1996.htm].

34 Artículo 4.º, *ibíd.*

contenida en el artículo 25 de la misma ley, sancionaban de una manera diferente el acceso carnal o cualquier acto sexual que se cometía contra el cónyuge o la persona con quien se cohabita o se haya cohabitado, sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia C-285 de 5 de junio de 1997³⁵, declaró la inconstitucionalidad de la norma al encontrar que preveía una sanción menor para los delitos de acceso y acto carnal violentos tipificados en el Código Penal vigente en esa época³⁶, pues dicho Código preveía sanciones de seis meses a dos años de prisión, sanción privativa de la libertad de ocho a 20 años para el acceso carnal violento, cuando el sujeto pasivo del acto es mayor de 12 años, de 20 a 40 años, cuando éste es menor de esa edad, y de cuatro a ocho años para el acto sexual diverso del acceso carnal violento³⁷.

Lo anterior en atención a que para la época de expedición de la ley los tipos penales se encontraban dispersos en la legislación y no unificados en un cuerpo normativo, objetivo que se cumplió con la expedición del nuevo Código Penal vigente³⁸. En la misma providencia que se comenta, explicó la Corte el alcance del deseo o intención del legislativo al expedir la ley, dice la Corte:

El legislador quiso elevar a la categoría de delito algunas conductas que no podían ser adecuadas a las figuras típicas previstas en el Código Penal, con el objeto de brindar una mayor protección a los miembros de la familia, que eventualmente puedan ser víctimas de violencia por parte de otro integrante de su misma familia. Los elementos constitutivos del tipo de maltrato son distintos a los de las lesiones. El maltrato implica un acto de agresión contra la persona que altere su integridad física, síquica o sexual. En tanto que las lesiones precisan del daño en la salud. Los bienes jurídicos protegidos con las disposiciones son también diferentes: el artículo 22, protege “la armonía y la unidad de la familia”, y las disposiciones del Código Penal relativas a las lesiones protegen la “integridad personal”. El tipo penal descrito por la nor-

35 M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-285-97.htm>].

36 Ley 100 de 23 de enero de 1980, *Diario Oficial*, n.º 35.461, de 20 de febrero de 1980, disponible en [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/codigo_penal_1980.htm].

37 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-285 de 1997, cit.

38 Ley 599 de 24 de julio de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.097, de 24 de julio de 2000, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html].

ma acusada no subsume todas las formas de violencia contra las personas. El tipo penal no es abierto. Las expresiones contenidas en la norma deben ser entendidas en su sentido natural, y será el juez al resolver sobre la responsabilidad de acusado, el que defina si la conducta es inocua, constitutiva de maltrato o de lesiones personales, para lo cual se ha de valer de todos los medios de prueba aceptados legalmente, y en particular del concepto del médico legista. El artículo 22 constituye un tipo penal autónomo, que no vulnera la Constitución³⁹.

Pareciera entonces que el legislador con la ley 294 de 1996 y la tipificación de los delitos había cumplido con el propósito que se fijó en cuanto a la violencia intrafamiliar, sin embargo, cuatro años después, se expide la Ley 575 de 9 de febrero de 2000⁴⁰ que introdujo cambios a la Ley 294 de 1996, es decir, como lo manifestó ANDRÉS BOTERO BERNAL⁴¹ en su análisis, se empieza a ver la especialidad de la norma nueva en contraposición a la norma vieja, de todas maneras, la Ley 575 de 2000 no cumplió por si sola su finalidad, fue necesaria la intervención del Ejecutivo a través del Decreto 652 de 16 de abril de 2001⁴² por medio del cual, de nuevo, de manera más detallada y específica se fijaron normas tendientes al procedimiento, a las medidas de protección y a las sanciones por incumplimiento.

Además de lo anterior, el Código Penal vigente estableció el título VI relativo a los delitos contra la familia y en especial el capítulo I relativo a la violencia intrafamiliar, artículos 229 y siguientes.

El artículo 229 del Código Penal⁴³ que consagra el delito de violencia intrafamiliar, ha sido modificado en dos oportunidades, la pri-

39 Sentencia C-285 de 1997, cit.

40 *Diario Oficial*, n.º 43.889, de 11 de febrero de 2000, disponible en [<http://www.alcaldia-bogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5372>].

41 BOTERO BERNAL, ANDRÉS. "La neurosis obsesiva y el síndrome normativo: estudio de las normas antioqueñas sobre caminos en el siglo XIX", en CARLOS MARIO MOLINA BETANCUR (coord.). *Bicentenario constitucional colombiano: la construcción del estado republicano*, t. II, Medellín, Universidad de Medellín, 2013, pp. 147 a 169.

42 *Diario Oficial*, n.º 44.394, de 20 de abril de 2001, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5386>].

43 El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de uno a tres años. La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato recaiga sobre un menor.

mera de ellas se dio en 2004 a través del artículo 1.º de la Ley 882 de 2 de junio de 2004⁴⁴, su modificación radicó en la especificidad sobre el agravante de la pena, al parecer, esto tampoco fue suficiente y se recurrió de nuevo a la expedición normativa, en esta oportunidad, a la Ley 1142 de 28 de junio de 2007⁴⁵, por medio de la cual se reforman de manera parcial las leyes 906 de 31 de agosto de 2004⁴⁶, 599 de 2000⁴⁷ y 600 de 24 de julio de 2000⁴⁸ y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana que, en materia de violencia intrafamiliar, se materializó con el artículo 33 al aumentar la pena de prisión de cuatro a ocho años y se estableció una nueva categoría de sujeto activo de esta conducta punible, esto es, quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia y realice alguna de las conductas constitutivas del delito.

Esto permite afirmar que nuestro legislador sigue con la idea/deseo de que a través de la normatividad, la ley se impone sobre la realidad y con ello pretender ser un poder eficaz que está presente y participa en la consecución de los fines del Estado, esto es, en este caso, la protección contra la violencia intrafamiliar, como ya se decía con antelación, un acto de Gobierno clientelista⁴⁹ que demuestra la falta de eficacia del mismo en el ejercicio del poder y genera en los operadores jurídicos una constante inseguridad pues no se sabe cuándo y en qué términos será modificada la cuestión.

44 *Diario Oficial*, n.º 45.568, de 3 de junio de 2004, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13826>].

45 *Diario Oficial*, n.º 46.673, de 28 de junio de 2007, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25620>].

46 Código de Procedimiento Penal vigente, sistema oral. *Diario Oficial*, n.º 45.658, de 1.º de septiembre de 2004, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base-doc/ley_0906_2004.html].

47 Código Penal vigente, ya citado.

48 Código de Procedimiento Penal vigente para ciertos procesos en curso, sistema escritural. *Diario Oficial*, n.º 44.097, de 24 de julio de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6389>].

49 Término utilizado por BOTERO BERNAL. "La neurosis obsesiva y el síndrome normativo: estudio de las normas antioqueñas sobre caminos en el siglo XIX", cit.

Esto quiere decir entonces que la idea principal que subyace dentro del derecho colombiano de los últimos 20 años respecto de la violencia intrafamiliar, radica en que a través de una desmesurada promulgación de normas tendientes a reprimir conductas de los ciudadanos desde el derecho penal, genera por sí sola una disminución en la materialización de esas conductas punibles, por otro lado, las ideas que subyacen a la principal, según la lectura que se presenta, son dos: la violencia intrafamiliar y la violencia de género contra la mujer.

Nos preguntamos, ¿ha impactado de manera eficaz en la disminución de eventos de violencia intrafamiliar la proliferación normativa de estos últimos 20 años? La respuesta dependerá de las estadísticas, será positiva si se afirma que el aumento en el número de denuncias radica en que se han abierto más posibilidades para el acceso a la justicia, por el contrario, la respuesta será negativa si se afirma que el hecho de incremento en las denuncias se debe al incremento de víctimas de violencia intrafamiliar, lo que quiere decir que las normas, su especificidad y su abundante proliferación no han “dado en el blanco del problema”; en 2015 se presentaron 54 mil denuncias por violencia intrafamiliar⁵⁰, mientras que en 2014 se presentaron 40.106, y hubo 9.345 capturas por estos casos⁵¹. La visión en este pequeño análisis se une a la respuesta negativa, el síndrome normativo que se evidencia da cuenta de ello, las normas no han servido para contrarrestar el problema, para la Corte Constitucional, la violencia intrafamiliar se ha convertido en un problema de salud pública⁵² que no se soluciona for-

50 “En 2015 hubo 54 mil denuncias por violencia intrafamiliar en Colombia”, *El Universal*, Cartagena, 3 de diciembre de 2015, disponible en [<http://www.eluniversal.com.co/colombia/en-2015-hubo-54-mil-denuncias-de-violencia-intrafamiliar-en-colombia-212969>].

51 Ídem.

52 Así lo dijo en la Sentencia C-022 de 21 de enero de 2015, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-022-15.htm>], “Ahora bien, en el caso de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, la eliminación la querrela de parte, por el Legislador fundada en la protección de la vida, la salud y la integridad de la mujer, merece similares consideraciones, en la medida que su victimización debe trascender el ámbito de lo privado, para constituirse en un problema de

talesciendo a la Policía con más de 29 mil efectivos, 4.818 cuadrantes y en área investigativa⁵³. Para frenar la violencia, según la trabajadora social MARTHA YANETH GARCÍA CUARTAS

Se requiere del fortalecimiento de campañas educativas alusivas a temas de interés comunitario, donde se vinculen diferentes grupos etarios (niños, niñas, jóvenes, adultos, adultos mayores), con didácticas desde lo lúdico-pedagógico y la educación experiencial, que generen impacto y sobre todo que partan de situaciones cotidianas. En lo que respecta a lo extrainstitucional, se propone que dichos ejes de formación, intervención y proyección deben estar transversalizados por un trabajo interinstitucional en red, como una forma de posibilitar la unión de esfuerzos, recursos e intencionalidades, para dar respuestas integrales a una problemática compleja de múltiples dimensiones. Se requiere que las instituciones encargadas de abordar la problemática establezcan claros canales de comunicación, donde se tenga claridad de las acciones que cada una adelanta, en el momento que debe intervenir, a quien debe remitir, cómo se debe informar, para así evitar la saturación de actividades y ser propositivos en los procesos de intervención⁵⁴.

Así entonces se puede afirmar que en Colombia se ha construido una teoría social en torno al derecho penal como el campo legal “idóneo” para la indemnización y/o reparación de los perjuicios materiales e inmateriales acaecidos como consecuencia de una conducta tipificada como delito de violencia intrafamiliar⁵⁵ olvidando que para que dicha reparación de daños proceda, se deberá contar con el sentido del fallo condenatorio dictado por el juez de conocimiento y formular incidente de *reparación integral*, contenido en los artículos 102 a 108 del Código de Procedimiento Penal, el cual ha sido descrito por la jurisprudencia como

salud pública, dadas sus causas y dimensiones, así como las consecuencias que ocasiona al interior de la familia y por fuera de ella, como pueden ser los daños físicos y emocionales a las víctimas y a los miembros de su entorno...”. (Resaltado fuera del texto).

53 “En 2015 hubo 54 mil denuncias por violencia intrafamiliar en Colombia”, cit.

54 MARTHA YANETH GARCÍA CUARTAS. “La violencia intrafamiliar una problemática que requiere pensarse desde lo interinstitucional”, *Revista Eleuthera*, vol. 7, julio- diciembre de 2012, disponible en [http://vip.ucaldas.edu.co/eleuthera/downloads/Eleuthera7_6.pdf], pp. 90 a 103.

55 Artículo 229, del Código Penal colombiano, cit.

una oportunidad que se les otorga a las víctimas del delito para formular todas aquellas pretensiones encaminadas a la reparación de los perjuicios sufridos con el hecho punible. El incidente constituye una oportunidad judicial para hacer efectivo el derecho a la reparación integral, entendido como la facultad en cabeza de las personas que han sido víctimas de una conducta delictiva del resarcimiento de los perjuicios causados, el restablecimiento de su situación al momento anterior de que ocurrieran los hechos y el mejoramiento de las condiciones de vida de las mismas, en palabras de la Corte Constitucional el *derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción, y (v) garantía de no repetición*⁵⁶.

De igual modo, sostiene la Corte Constitucional que

más allá de la punición del delito o de la rehabilitación del condenado, uno de los principales aportes del constitucionalismo al sistema penal ha sido reforzar como bien jurídico por proteger, los derechos de las víctimas, sujetos a quienes el delito ha afectado lesivamente y a quienes el Estado debe cuidar a través del establecimiento de las garantías sustanciales y formales que velen por su reparación integral⁵⁷.

Sin embargo, y como ya ha sido aquí plasmado, en las actuaciones surtidas ante las comisarías de familia en esta materia, hay un vacío legal en cuanto a la reparación de los daños causados por la conducta lesiva de derechos fundamentales en el ámbito familiar. Si bien es cierto la ley establece un listado de medidas preventivas y correctivas, una vez se obtiene la medida de protección a instancias de la comisaría de familia, no hay mecanismo legal alguno que le permita al(los) afectado(s) buscar la materialización de su derecho a ser reparado de manera integral, incluso, si se apela la decisión adoptada por la comisaría, a instancias del juez de familia –que actúa como segunda instancia– tampoco se puede iniciar el trámite para dicha indemnización.

56 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-454 de 7 de junio de 2003, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-454-06.htm>].

57 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-409 de 17 de junio de 2009, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-409-09.htm>].

Lo anterior, pone de presente entonces que en materia civil existe en la actualidad un rechazo total a la indemnización de perjuicios acaecidos como consecuencia de la violencia intrafamiliar y, a través de la justicia penal –que debería ser el último recurso–, es la vía propuesta por el legislador para que se puede acceder a dicha indemnización, esto entra en contravía con el reclamo social que se evidencia en las comisarías por la falta de mecanismos legales, lo que en parte se constata con los índices de violencia intrafamiliar en Colombia, en especial, contra la mujer y contra las personas en situación de indefensión o vulnerabilidad.

Tanto el legislador colombiano como el Poder Ejecutivo en sus diversos niveles, creen, sostienen y defienden que el mecanismo más idóneo para atacar o eliminar una problemática social de manera definitiva dentro del contexto y las dinámicas familiares colombianas, es a través de la expedición de normas jurídicas excesivas tanto en el campo civil como en el campo penal, buscando con ello que “la realidad [ceda] ante la majestad del poder político expresado” a través de la ley⁵⁸, lo cual, como indica BERNAL BOTERO⁵⁹ ya no debería tener cabida en ningún Estado, la razón salta a la vista, la lectura de las normas jurídicas –en este caso– debe hacerse desde el contexto histórico y social de promulgación y aplicación, pues “todo conocimiento requiere de un contexto” que obedezca a varias disciplinas del saber, en el caso de la dogmática, a través de la interpretación de las normas para extraer conclusiones, en el caso que nos ocupa de la sociología jurídica, se debe analizar el contexto de la eficacia de la norma pues sin comunicación entre las diversas disciplinas no es posible analizar y establecer si en un cuerpo normativo se presentan fenómenos como el de la eficacia simbólica en sentido restringido y el de la ineficacia material de las normas, lo que de suyo, nos muestra que los sistemas sociales no están siendo efectivos ya que éstos, en el sentir de NIKLAS

58 BOTERO BERNAL. “La neurosis obsesiva y el síndrome normativo: estudio de las normas antioqueñas sobre caminos en el siglo XIX”, cit.

59 Ídem.

LUHMANN, según lo refiere FERRARI, surgen para orientar a los sujetos, para hacer más sencilla la toma de decisiones del conglomerado social y así no generar inestabilidad en las expectativas generales de la sociedad. Esto visto desde el derecho de familia y la responsabilidad civil por daños causados, en nuestra opinión, un claro ejemplo: la complejidad con la que la doctrina jurídica ha explicado las normas clásicas de la responsabilidad civil y la forma en que la jurisprudencia las ha aplicado, han generado en los miembros de la familia colombiana la idea de que dichas normas de responsabilidad civil son inaccesibles para materializar un fin que éstos se plantean y que le plantean al profesional del derecho: la reparación de los daños causados dentro del desarrollo y la dinámica familiar.

Por esto señalamos que existe en la actualidad una desprotección de la familia en materia de derecho de daños, los diferentes sistemas sociales a los que hace referencia LUHMANN⁶⁰, en el caso nuestro, no están cooperando en la solución de problemas esenciales de la vida social colombiana, muestra de ello lo aquí esbozado en lo que tiene que ver con el excesivo cuerpo normativo que regula la violencia intrafamiliar y su real impacto y más grave aún, otros aspectos en los que su regulación es mínima y casi nula, como los derivados de la patria potestad y la autoridad parental en los que se actúa con un poder omnipotente so pretexto de la autoridad de un padre que lesiona derechos fundamentales del otro padre y de los hijos menores de edad, sin que exista asomo alguno de la posibilidad de resarcimiento de perjuicios por daños ocasionados dentro del ámbito familiar.

BIBLIOGRAFÍA

BOTERO BERNAL, ANDRÉS. "La neurosis obsesiva y el síndrome normativo: estudio de las normas antioqueñas sobre caminos en el siglo XIX", en CARLOS MARIO MOLINA BETANCUR (coord.). *Bicentenario constitucional colombiano: la construcción del estado republicano*, t. II, Medellín, Universidad de Medellín, 2013.

Código Penal de Colombia de 1980, Ley 100 de 23 de enero de 1980, *Diario Oficial*, n.º 35.461, de 20 de febrero de 1980, disponible en [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/codigo_penal_1980.htm].

60 FERRARI. *Derecho y sociedad. Elementos de la sociología*, cit.

Código Penal de Colombia de 2000, Ley 599 de 24 de julio de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.097, de 24 de julio de 2000, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html].

Código de Procedimiento Penal, sistema escritural. *Diario Oficial*, n.º 44.097, de 24 de julio de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6389>].

Código de Procedimiento Penal, sistema oral. *Diario Oficial*, n.º 45.658, de 1.º de septiembre de 2004, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia C-285 de 5 de junio de 1997, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-285-97.htm>].

Sentencia C-454 de 7 de junio de 2003, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-454-06.htm>].

Sentencia C-821 de 9 de agosto de 2005, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-821-05.htm>].

Sentencia C-409 de 17 de junio de 2009, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-409-09.htm>].

Sentencia C-022 de 21 de enero de 2015, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-022-15.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL *et ál.* *Constitución Política de Colombia 1991*, Actualizada con los actos legislativos a 2016, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 21 de julio de 1922, M. P.: TANCREDO NANNETTI, disponible en [[http://190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/subpage/mujer/mujer/Providencias/SC%20\(21%2007%201922\).pdf](http://190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/subpage/mujer/mujer/Providencias/SC%20(21%2007%201922).pdf)].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia STC10829-2017, de 25 de julio de 2015, M. P.: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

Decreto 652 de 16 de abril de 2001, *Diario Oficial*, n.º 44.394, de 20 de abril de 2001, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5386>].

DÍEZ-PICAZO, LUIS. *El escándalo del daño moral*, Pamplona, Aranzadi, 2008.

DÍEZ-PICAZO, LUIS y ANTONIO GULLÓN. *Sistema de derecho civil*, vol. III, Madrid, Tecnos, 1989.

“En 2015 hubo 54 mil denuncias por violencia intrafamiliar en Colombia”, *El Universal*, Cartagena, 3 de diciembre de 2015, disponible en [<http://www.eluniversal.com.co/>]

[colombia/en-2015-hubo-54-mil-denuncias-de-violencia-intrafamiliar-en-colombia-212969](#)].

ESCOBAR GIL, RODRIGO. *Responsabilidad contractual de la administración pública*, Bogotá, Temis, 1989.

FERRARI, VICENZO. *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid (trad.), Madrid, Dykinson, 2000.

FERRARI, VICENZO. *Derecho y sociedad. Elementos de la sociología*, SANTIAGO PEREA LATORRE (trad.), Bogotá, Externado, 2002.

GARCÍA CUARTAS, MARTHA YANETH. “La violencia intrafamiliar una problemática que requiere pensarse desde lo interinstitucional”, *Revista Eleuthera*, vol. 7, julio- diciembre de 2012, disponible en [http://vip.ucaldas.edu.co/eleuthera/downloads/eleuthera7_6.pdf].

GÓMEZ ROJAS, JORGE IVÁN. “La responsabilidad civil y canónica en la disolución del matrimonio por nulidad; procede la indemnización de perjuicios (teoría del negocio jurídico)”, en *Justicia Juris*, vol. 6, n.º 12, octubre de 2009-marzo de 2010, disponible en [https://ki-pdf.com/la-responsabilidad-civil-y-canonica-en-la-disolucion-del-matrimonio-por-nulidad-_5ab58bcc1723dd419ce563be.html].

HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Externado, 1998.

HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 28, 2015.

HINESTROSA FORERO, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Externado, 1967.

HINESTROSA FORERO, FERNANDO. “Devenir del derecho de daños”, *Revista Roma e America. Diritto romano comune*, n.º 10, 2000.

KOTEICH KHATIB, MILAGROS. “Introducción a la responsabilidad civil”. Cátedra magistral – Conferencia. Universidad Externado de Colombia. 26 de enero de 2015.

Ley 294 de 16 de julio de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.836 de 22 de julio de 1996, disponible en [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0294_1996.htm].

Ley 575 de 9 de febrero de 2000, *Diario Oficial*, n.º 43.889, de 11 de febrero de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5372>].

Ley 882 de 2 de junio de 2004, *Diario Oficial*, n.º 45.568, de 3 de junio de 2004, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13826>].

Ley 1142 de 28 de junio de 2007, *Diario Oficial*, n.º 46.673, de 28 de junio de 2007, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25620>].

MONTESQUIEU. *El espíritu de la ley*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, s. f.

RAMOS BOURIE, ENRIQUE G. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

RUEDA FONSECA, MARÍA DEL SOCORRO. *La reparación de perjuicios en el vínculo matrimonial*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *De la responsabilidad civil*, t. 2, “De los perjuicios y su indemnización”, Bogotá, Temis, 1986.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUILA, SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL. Sentencia de Familia y Laboral de 19 de octubre de 2010, Rad. 2005-00157-0, M. P.: ÁLVARO FALLA ÁLVIRA.

