

DOCTRINA

La corrección constitucional del divorcio: Análisis estático de la sentencia SU-080 de 2020 de la Corte Constitucional de Colombia

*The constitutional correction of divorce. Static analysis of the sentence
SU-080 of 2020 of the Constitutional Court of Colombia*

Víctor Julián Moreno Mosquera 

Institución Universitaria de Envigado, Colombia

John Fernando Restrepo Tamayo 

Universidad de Medellín, Colombia

RESUMEN Este artículo es el resultado de una investigación doctoral sobre la corrección constitucional del derecho familiar aplicado al divorcio. En él se develan las claves interpretativas que comprende el enfoque diferencial de género para víctimas de violencia intrafamiliar. Así, el análisis estático de la sentencia SU-080 de 2020 revela la integración de un incidente de reparación civil a un proceso de divorcio. Esto permite concluir que los jueces de familia deben articular el sistema normativo superior con una visión multinivel del principio *pro femina*, para evitar la impunidad del agresor y la revictimización de la mujer por parte del Estado.

PALABRAS CLAVE Violencia intrafamiliar, perspectiva de género, corrección constitucional, divorcio, reparación integral, Estado social de derecho.

ABSTRACT This article is a result of doctoral research on the constitutional correction of family law applied to divorce. It reveals the interpretative keys that comprise the differential gender approach for victims of domestic violence. Thus, the static analysis of Judgment SU-080 of 2020, reveals the integration of a civil reparation incident, to a divorce process. This allows us to conclude that family judges must articulate the superior regulatory system, with a multilevel vision of the pro-feminine principle, to avoid impunity for the aggressor and the re-victimization of women by the State.

KEYWORDS Domestic violence, gender perspective, constitutional correction, divorce, comprehensive reparation, social rule of law.

Hay que mirar hacia el sistema, porque no hay caso aislado. ¿Por qué al sistema? Porque es patriarcal... porque la discriminación contra la mujer se presenta como un valor, porque es mejor que lo que pasa en casa se quede en casa.

—STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO¹

Introducción

La sentencia SU-080 de la Corte Constitucional de Colombia del 25 de febrero de 2020, magistrado ponente José Fernando Reyes,² traza un precedente judicial armonizador de normas y figuras jurídicas que tradicionalmente no han estado relacionadas con el derecho familiar en materia de divorcio, como la Ley 446 de 1998, el incidente de reparación integral de daños y la Convención de Belém do Pará. Esta articulación legal y supranormativa solo aparece plausible cuando se trata de equilibrar la compleja lucha por la equidad de género en las relaciones domésticas. Así lo expresa la accionante Stella Conto Díaz del Castillo³ al afirmar que la privacidad de la casa no puede ser la morada de la impunidad y la vergüenza femenina. Ahora, la preocupante situación de la violencia intrafamiliar de género se ha visibilizado en el aumento estadístico de las denuncias por este flagelo, a raíz de las medidas de aislamiento preventivo y cuarentena motivada por la pandemia del covid-19. En Bogotá, por ejemplo, se denunciaron un total de 2.589 casos de violencia intrafamiliar, presentando un aumento del 19,3%, en su gran mayoría con mujeres víctimas (Concejo de Bogotá, 2020).⁴ Por otro lado, en Medellín hubo un incremento del 14% de las denuncias, siendo mujeres y niñas el grupo de mayor riesgo.⁵ Estos datos fueron confirmados por las cifras develadas por el Observatorio de Género de la Vicepresidencia de la República, según el cual se registró un aumento del 103% en las llamadas a la línea 155 para denunciar violencia doméstica de género al comparar los períodos del 24 de marzo al 4 de abril de 2019 y 2020 (Observatorio Colombiano de Género, 2020).

Es por esto que uno de los grandes debates desde mediados del siglo XX se ha librado con respecto a los límites del Estado para regular conductas privadas, especialmente las familiares. La Constitución de 1991 hizo evidente el amparo a las víctimas de violencia doméstica al proscribir cualquier expresión de maltrato en el interior del escenario

1. «Exmagistrada Stella Conto será indemnizada por violencia psicológica», *El Espectador*, 25 de febrero de 2020, disponible en bit.ly/34sNjoD.

2. Magistrado ponente José Fernando Reyes, en Sentencia SU-080/20, disponible en bit.ly/3lkEsfj.

3. «Exmagistrada Stella Conto será indemnizada por violencia psicológica», *El Espectador*, 25 de febrero de 2020, disponible en bit.ly/34sNjoD.

4. «Se disparan las cifras de violencia intrafamiliar durante el primer mes de enero de 2020», *Concejo de Bogotá*, 4 de febrero de 2020, disponible en bit.ly/3iHqW49.

5. «El crimen en tiempos de covid-19», *El Colombiano*, 25 de febrero de 2020, disponible en bit.ly/36B7PWW.

familiar en el numeral 6 de su artículo 42, y establecer el principio de igualdad entre hombres y mujeres en el artículo siguiente. A su vez, el desarrollo normativo de estos principios tuvo cabida en la Ley 294 de Violencia Intrafamiliar de 1996 y, posteriormente, en 2008 con la Ley 1257 para erradicar todas las formas de violencia de género a efectos de construir el andamiaje infraconstitucional de protección de los derechos humanos femeninos, para garantizar el principio de igualdad y no discriminación frente a las lógicas heteronormativas del patriarcado (Delgado y Madriz, 2014).

Con todo, la falta de aplicación de principios y de valores de orden constitucional y convencional ha generado que la violencia doméstica continúe en aumento. Así, especialmente entre 2014 y 2016, según informó Medicina Legal, diariamente fallecieron 2,6 mujeres, triplicando el delito de feminicidio; y entre 2016 y 2017, estos casos se incrementaron en un 22% (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T 388, 2018).⁶ Estas manifestaciones de la violencia de género se traducen en las retaliaciones de la tradición conservadora que considera a las mujeres, por derecho natural, pertenecientes al ámbito privado, y se resiste a aceptar los roles determinantes que desempeñan en espacios públicos, como la política, la banca, la milicia, la industria, el comercio o la economía. Lo anterior tiene sentido dentro de un sistema jurídico y cultural de corte patriarcal, según el cual la autonomización frente a campos tradicionalmente reservados para el género masculino, como el arte y la ciencia, se convierten en los campos de lucha por la igualdad de sexos desde la década del sesenta. Por eso, la mujer se levanta contra el poder heteronormativo y predeterminante del orden social clásico (Butler, 2009: 11-16).

La corrección constitucional al derecho familiar con perspectiva de género significa el reconocimiento de un proceso de transformación de la cultura jurídica en Colombia, que parte de los nuevos criterios hermenéuticos antiformalistas de los jueces constitucionales. Luego, en el caso de la exconsejera de Estado Stella Conto del Castillo, mujer indeterminada desde la perspectiva de Lipovetsky (2007: 86-88), estos cambios parten de la mutación a su rol de mujer tradicionalmente asignado, rompiendo con la estructura cultural determinada de lo masculino. No obstante, a pesar de ser una mujer con potente capacidad económica, intelectualmente formada y empoderada frente a la reclamación de sus derechos como víctima de violencia doméstica de género psicológica, no ha logrado el reconocimiento del derecho a ser reparada integralmente por los daños causados desde hace siete años que puso en movimiento el aparato jurisdiccional.

La violencia intrafamiliar contra la mujer es un fenómeno social multicausal que perpetúa las desiguales relaciones de poder entre los géneros. Como lo propone Duczynski y otras (2017: 90-103), esa condición de exclusión tiene lugar en el interior de las relaciones sociales que se surten en la familia, en la escuela, en la religión y en la economía. Esto propicia situaciones de exclusión femenina que afectan su desarrollo integral como sujeto social en virtud de las expresiones de dominación masculina. El paradigma patriarcal, instalado en la cosmovisión hermenéutica de la jurisdicción ordinaria fami-

6. El texto íntegro de la Sentencia T-338/18 está disponible en bit.ly/3jCBkuY.

liar, termina por imponerse de manera sistemática. De un lado, se constituye la exclusión desde el espectro institucional que refiere a los casos de discriminación realizados por las instituciones sociales, y, por otro, el elemento que refiere a los hechos culturales que se desprenden de la cosificación de la mujer (Espino y Aguilera, 2011: 22-25).

Lo dicho evidencia la condición asimétrica de las relaciones de poder en el interior de la familia, donde la condición femenina es sinónimo de vulnerabilidad. La relación de pareja se distribuye en dinámicas tradicionales de maltrato estructural, que naturalizan la inferioridad de la mujer desde la descalificación, la burla, el debilitamiento y el control real y simbólico (Butler, 2017: 25-32). La normalización e invisibilización de las diversas expresiones del maltrato femenino constituyen una de las principales razones que llevan a las autoridades estatales a ponderar, con la misma carga, la valoración probatoria y normativa entre hombres y mujeres, desconociendo el derecho humano y fundamental *pro femina* a vivir una vida libre de violencia (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia SU-080, 2020).

En relación con la metodología aplicada para este artículo, es de orden cualitativo con un enfoque histórico-hermenéutico, aplicando el análisis estático jurisprudencial (López, 2006) como una de las estrategias para extraer el precedente relevante en la sentencia SU-080 de 2020. Así, este artículo se ordena de la siguiente forma:

- Explicación sobre cómo funciona el sistema jurídico familiar en materia de divorcio.
- Revisión del concepto de corrección constitucional.
- El análisis jurisprudencial de la corrección constitucional que modifica las reglas de juego en materia del proceso de divorcio, para integrar a él un trámite incidental de reparación de daños cuando media la de violencia intrafamiliar a partir de la hermenéutica supraconstitucional con perspectiva de género.

El divorcio en el sistema jurídico familiar legalista

Las fuentes del matrimonio en Colombia y el control doméstico patriarcal

En la legislación colombiana, el divorcio se estructura como una fórmula jurídica para terminar la relación matrimonial (Parra, 2018: 123-140),⁷ caracterizada, a su vez, por ser una convención solemne, creadora de derechos y de obligaciones de tracto sucesivo, las cuales deben cumplirse en forma cotidiana mientras dure el matrimonio. Entre las prerrogativas y débitos conyugales destacan el socorro, la ayuda mutua y el respeto, entre otros (Lafont-Pianeta, 2018: 21).

7. Vale decir que, para algunos autores, ente ellos el autor citado, se considera al matrimonio como una institución jurídica que trasciende los efectos bilaterales del contrato, ya que, según el artículo 115 del Código Civil colombiano, el matrimonio produce efectos civiles y políticos frente a terceras personas que no intervienen en su celebración, como es el caso de los hijos y la presunción de paternidad consagrada en el artículo 213 de la misma obra, por citar solo un ejemplo.

Por esta razón, no es posible entrar a analizar el divorcio sin hacer una breve alusión al matrimonio y, especialmente, a sus orígenes en la legislación colombiana y el significado social que comporta el estatus de «mujer casada», para así comprender cómo en la actualidad la violencia doméstica de género tiene un componente de validación cultural e institucional.

Según Jaramillo (2013: 67), la idea de la familia patriarcal se ve reflejada en el matrimonio desde las normas jurídicas seculares españolas, donde la celebración de las nupcias constituía una suerte de negociación entre hombres de familia que disponían las dinámicas de poder doméstico frente a las futuras consortes. Prueba de esto son la existencia de instituciones jurídicas como la potestad marital y la dote, constituyendo, así, privilegios concedidos que limitaban el patrimonio y la sexualidad femenina.

Las fuertes sanciones que controlaron la sexualidad femenina merecen una mención especial, ya que explican cómo en la actualidad, a pesar de las transformaciones sociopolíticas y tecnológicas, la cosmovisión patriarcal legitima la autoridad moral y privada que puede ejercer el marido en el hogar. La falta de exclusividad sexual por parte de la mujer casada podría significarle el delito de adulterio e incluso podría costarle la vida, junto a su amante, además de perder la dote y los gananciales derivados de la sociedad conyugal. Por el contrario, el marido tenía libertad sexual, siempre y cuando no incurriera en cohabitación permanente y pública con una mujer soltera o cometiera bigamia (Jaramillo, 2013: 12).

Este dominio patriarcal estuvo en sintonía con legislaciones posteriores como el Código napoleónico y el Código Civil chileno, configurando el paradigma integrador de la familia moderna (Sánchez, 2016: 23-25; Mendoza, 2018; Chávez, 2019: 78-82). Estas fuentes materiales del derecho civil sirvieron como anclaje para articular el modelo familiar sacramental acentuado en Colombia, con mayor rigor desde el movimiento político regeneracionista de 1886 con Miguel Caro y Rafael Núñez a la cabeza (Moreno, Londoño y Rendón, 2015).

A partir de la Ley 57 de 1887, se daría vigencia al Código Civil colombiano, caracterizado por su hermenéutica conservadora. El matrimonio,⁸ consignado en su artículo 113, terminó amparado constitucionalmente por el concordato suscrito con la Santa Sede, toda vez que las autoridades civiles debían proveer ayuda y protección a la institución familiar católica (Parra, 2018: 10). Esto convirtió a la legislación alusiva a la familia en un escenario político-jurídico de resguardo tradicional para preservar la ideología religiosa. La República unitaria, centralista y clerical, elevó una

8. Al leer los mandatos católicos consignados en la Biblia, en el Nuevo Testamento, cuando Mateo se refiere al sacramento matrimonial, afirma lo siguiente: «Por eso deja el hombre a su padre y a su madre y se une a su mujer, y se hacen una sola carne». Sumando a esto, su raigambre indisoluble, en tanto que no existe autoridad civil para disolver esta unión sacramental, donde el rol accesorio de la mujer se desprende de la decisión de un hombre de convocar esta unión. Es así como la expresión jurídica del sacramento católico matrimonial es armónica en sustancia con el artículo 113 del Código Civil, en tanto sus bases de heterosexualidad y finalidad de procreación.

buena parte del derecho familiar a nivel de legislación de orden público con el pacto concordatario.

Evolución normativa del matrimonio con respecto al divorcio antes de 1991

El advenimiento de la Constitución Nacional de 1886, y concretamente su artículo 38, ratificó una alianza estratégica para consolidar y proteger el paradigma patriarcal y religioso frente a la institución matrimonial. En consecuencia, la Ley 57 de 1887, en sus artículos 12 y 19, restableció en forma retroactiva los efectos civiles y políticos a todos los matrimonios católicos que bajo el régimen liberal y anticlerical de Tomás Cipriano de Mosquera, conocido como Estados Unidos de Colombia desde 1863, hubieran sido afectados (Moreno, Londoño y Rendón, 2015: 80). Posteriormente, el artículo 50 de la Ley 153 de 1887 aclararía el sentido de condición retroactiva de la Ley 57, con el ánimo de armonizar el choque de intereses con derechos adquiridos con base en la legislación anterior (Parra, 2018: 10). Dos años después, el artículo 34 de la Ley 30 de 1888 dispuso la condición de superioridad del matrimonio católico con respecto a las nupcias civiles, en el sentido de que la celebración del rito sacramental anulaba de pleno derecho un contrato civil matrimonial anterior. Esta condición jerárquica de la religión católica sobre la jurisdicción civil quedaría refrendada por la Ley 35 de ese mismo año, que ratificó el Concordato de 1887 (Lafont-Pianeta, 2018: 11).

Así, pasarían más de treinta y seis años para permitir a los practicantes de la religión católica casarse civilmente gracias a la Ley 54 de 1924. Para lograrlo, tendrían que sufrir las consecuencias del escarnio público, en tanto debían jurar ante un juez civil su separación de la institución católica, manifestación que era publicitada por llamamiento edictal. El matrimonio solo se podía celebrar pasado un mes, teniendo la posibilidad de retractarse de esta decisión hasta el momento de celebrar el acto nupcial (Parra, 2018: 10). Luego, tanto la cohesión como la relevancia del arquetipo católico y conservador sustentado en postulados de dominación femenina justificaron el trato diferencial en favor del género masculino, el cual fue asimilado efectivamente por las instituciones estatales y la sociedad colombiana como fruto derivado de las raíces sembradas por el proyecto regeneracionista desde 1886.

Tendría que pasar medio siglo para que un nuevo cambio fuera introducido a partir del reconocimiento de las transformaciones sociopolíticas en que las mujeres fueron protagonistas. Al respecto, es invaluable el papel de las mujeres durante la Segunda Guerra Mundial y la reconstrucción de Europa durante la época de la posguerra, además de su activa participación en los movimientos sociales y políticos contraculturales de la década del sesenta, especialmente en el mayo francés de 1968 (Lipovetsky, 2007: 6; Butler, 2011: 6). En 1974, la Ley 54 permitió libremente a los católicos decidir bajo qué fórmula celebrarían su matrimonio, sin ser separados de la iglesia. Esto marcaría la pérdida de exclusividad del catolicismo según la ratificación que haría el Congreso colombiano mediante la Ley 20 de 1974 con respecto a la reforma concordataria de 1973 (Vidal, 2010: 15-22; Moreno, Londoño y Rendón, 2015: 81). En sentido, a partir de

1975, los tribunales eclesiásticos perdieron la competencia para decretar la separación de cuerpos con respecto al sacramento matrimonial con efectos civiles, facultad que pasó a los tribunales superiores de circuito civil y, en segunda instancia, ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cambios también impactarían a los contratos matrimoniales civiles, en el sentido de admitir su divorcio vincular a partir de la Ley 1 de 1976 (Suárez, 2017: 90-93; Parra, 2018: 10).

Evolución normativa del matrimonio con respecto al divorcio después de 1991

El modelo político-jurídico sustentando en el principio de dignidad y caracterizado por la dimensión social de Estado, le daría un nuevo aire al derecho de familia a partir de la década del noventa. Mientras el artículo 19 Superior describió el principio de libertad de cultos y reconoce otras clases de matrimonio religioso, conforme a la Ley 133 de 1994, el posterior Decreto Reglamentario 782 de 1995 garantizó este derecho a las iglesias cristianas no católicas, con personería jurídica e inscritas ante el Ministerio de Gobierno (Gutiérrez, 2016: 33). Con ello, rompió política e ideológicamente el vínculo de exclusividad con la Iglesia católica. Los principios constitucionales dispuestos en los últimos incisos del artículo 42 Superior que versan sobre la terminación del matrimonio religioso y las causales de divorcio que habilitan la cesación de sus efectos civiles, sin afectar su dimensión sacramental (Suárez, 2017: 90-93; Parra, 2018: 10),⁹ fueron desarrollados por la Ley 25 de 1992, y en especial por sus artículos 5 y 6, que modificaron los artículos 152 y 154 del Código Civil. Así, la aplicación análoga de las reglas de divorcio para matrimonio civil implica distinguir entre las causales objetivas, también llamadas remedio, para las que sea dicho de paso no opera la caducidad; y las causales subjetivas, conocidas igualmente con el apelativo de causas sanción (Suárez, 2017: 24; Lafont-Pianeta, 2018: 20; Parra, 2018: 10). Esta clasificación tiene sentido al relacionar sistemáticamente los artículos 156 y el numeral 4 del artículo 411 del Código Civil, que consagran la legitimación en la causa por activa para promover la acción de divorcio y la consecuencia alimentaria de ser declarado responsable de la terminación del matrimonio respectivamente.

Bajo este sistema legal, tenemos que si una mujer se consideraba ultrajada o maltratada por su marido tenía el término perentorio de un año para impetrar el divorcio desde el momento en que ocurriera la violencia, y tenía la posibilidad de pedir alimentos con respecto al agresor, cuota que se le fijaría solo si lograba demostrar su necesidad de manutención y la capacidad económica del culpable. En caso de actuar por fuera de dicho término o no poder demostrar los hechos alegados, debía permanecer casada. Vale decir, estas exigencias normativas aplicadas de manera irreflexiva por el juez, con el

9. Vale precisar que, desde 1989, el Decreto 2272 creó la jurisdicción de familia en Colombia, disponiendo, en su artículo 5, la competencia para estos jueces de los casos relacionados con separación judicial de cuerpos, bienes, divorcio y cesación de efectos civiles de matrimonio religioso. Incluso, les dio la competencia para ejecutar los efectos civiles de las sentencias de nulidad eclesiásticas dictadas por los tribunales de la Iglesia Católica.

ánimo de propugnar por la seguridad jurídica y la estricta legalidad (Cruz, Fernández y Ferrer, 2015; Gil, 2017: 50-56), lesionaban de manera definitiva los principios constitucionales de dignidad y autodeterminación.

Toda esta estructura normativa legalista desigual cambió a partir de la sentencia C-985 de la Corte Constitucional de Colombia del 2 de diciembre de 2010¹⁰ que, al estudiar la constitucionalidad del artículo 156 del Código Civil, consideró que este atentaba contra los postulados superiores de la justicia material y el libre desarrollo de la personalidad de los consortes al obligarlos a mantener el vínculo conyugal a pesar de mediar causas pretéritas que justifican su separación. Los fines del matrimonio no están sujetos a su vocación de permanencia en el tiempo, sin considerar las afectaciones y conflictos conyugales que afectan la estabilidad del hogar e impiden una sana convivencia, máxime si hay descendencia con minoría de edad. En la relación matrimonial debe primar el respeto y la armonía para permitir el desarrollo integral de las emociones y sentimientos familiares, libres de coacción física o psíquica (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-985, 2010).

En virtud de esto, se dispuso la no aplicación de la caducidad para el divorcio, siempre y cuando se alegue y demuestre alguna de las causales consagradas en el artículo 154 del Código Civil. No obstante, el demandante que formule causales subjetivas y desee hacer efectiva la sanción alimentaria contra el cónyuge culpable tendrá reactivada la perentoriedad de la acción, entendiéndose que para las causales primera (relaciones sexuales extramatrimoniales) y séptima (conductas pervertidas) se les contará el término de un año desde que conocieron los hechos; y con respecto a las causales segunda (el grave e injustificado incumplimiento de los deberes de cónyuges, y/o padres o madres), tercera (los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra), cuarta (la embriaguez habitual) y quinta (el consumo de sustancias psicoactivas en forma habitual) igual tiempo, pero desde que ocurrieron los hechos.

De la corrección constitucional y su relación con la perspectiva de género

Del significado del concepto de corrección constitucional

La corrección constitucional del derecho en general y del derecho familiar en particular, significa concebir y aplicar la Constitución como norma jurídica primera de todo el orden jurídico (Restrepo Tamayo, 2015: 43-58; Kelsen, 2002: 48-51) que mediante los principios, valores y derechos que ella contiene (Araújo, 2015: 30-36), traza un horizonte hermenéutico expansivo y vinculante sobre la totalidad del orden jurídico que subsume y condiciona (Guastini, 1999: 64), a través del cual se habilita al juez constitucional para crear el derecho y exigir que toda norma asegure su espectro de validez en tanto se ajuste y se corresponda con los mandatos constitucionales de proporcionalidad y de favorabilidad (Ferrajoli, 2014: 19-23).

10. Magistrado ponente Jorge Pretelt, en Sentencia C-985/10, disponible en bit.ly/2GCA8t2.

A través de la corrección constitucional, se explica la superación del modelo legalista y silogístico con el que se concibió el proceso legislativo de creación del derecho y judicial de aplicarlo (Capella, 2008: 55-60). En torno a la previsibilidad de las decisiones judiciales y la defensa de la seguridad jurídica, se redujo la actividad judicial a una aplicación literal y objetiva del mandato legal (Montesquieu, 1996: 10-17), sujeto de manera irrestricta por lo válido. Ajeno a toda pregunta por lo justo y esquivo al uso normativo de la Constitución, concebida más como un manual político o un canon moral. Tomarse en serio las disposiciones propias del mandato constitucional que rige la comprensión del derecho con posterioridad al sistema normativo de la Segunda Posguerra (Häberle, 2001: 54), le ha permitido a los jueces, a la hora de asegurar los preceptos básicos de dignidad, de supervivencia y de autodeterminación, valerse del orden jurídico en conjunto, de manera sistemática, teleológica, principialística y armónica a través del uso de normas que aseguren su realización efectiva más allá del rígido imperativo legal.

El juez y los demás operadores jurídicos quedan habilitados para usar los principios como normas jurídicas autónomas y vinculantes de rango supralegal, sobre la cual se funda tanto la pretensión como la decisión judicial. Los principios, al tener un rango constitucional, cumplen varias funciones dentro del orden jurídico, como una función creadora del derecho. A partir de ellos, se crean nuevas normas que integran el orden jurídico. Además, cumplen la función de orientar el alcance y la interpretación de normas que se encuentran en tensión, así como de servir como parámetro de validez formal y material de las normas que integran el orden jurídico.

En el escenario fáctico de la corrección constitucional, es posible advertir de qué manera la interpretación, la razonabilidad, la proporcionalidad y la discrecionalidad judicial reemplazan al silogismo y la estricta conexión entre juicio hipotético y sentencia. El derecho se transforma en un ejercicio de argumentación en el cual la protección irrestricta de los derechos fundamentales (Chinchilla, 2009: 14) pasa a preferirse sobre la mera aplicación de la ley. La búsqueda de la justicia material recoge todo el sentido de la administración de justicia en el interior de un Estado social de derecho (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-406, 1992).¹¹ Solo con base en estas condiciones, resulta posible entender la incidencia del lenguaje constitucional no solo en el derecho, sino también en la economía y en la política (Ferrajoli, 2011: 71-77). En ese sentido, se hace énfasis en la corrección constitucional de la economía a la hora de intervenir en el mercado para asegurar condiciones de distribución proporcional de los bienes y servicios públicos (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-178, 2016)¹² y en la corrección constitucional en la política a la hora de trazar límites al poder mayoritario en defensa de los intereses de la minoría (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-350, 1994).¹³

11. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón, en Sentencia T-406/92, disponible en bit.ly/3lfPPFx.

12. Magistrada ponente María Victoria Calle, en Sentencia C-178/16, disponible en bit.ly/33yF2jW.

13. Magistrado ponente Alejandro Martínez, en Sentencia C-350/94, disponible en bit.ly/34uoSXU.

El constitucionalismo corregido se propone superar el paradigma tradicional del sistema de fuentes soportado en el *civil law* (Gil, 2017: 28; Hincapié, 2015: 76-77) para imbricar aspectos propios del *common law*, como el sistema de precedentes y deber de coherencia judicial (López, 2016), que a su vez permiten reinterpretar el concepto de validez para que trascienda de la esfera formal e integre la dimensión material en el orden jurídico. La Constitución es una norma jurídica que inserta los controles sociales en un contexto particular, su interpretación y sentido omnicompreensivo va más allá de la esfera rígida de literalidad suscrita por el constituyente primario, y orienta hacia la coherencia judicial en el sentido de que sus decisiones estén armonizadas con los postulados de orden constitucional (Restrepo Tamayo, 2018: 6-9).

La necesidad de aplicar una función correctiva constitucional del derecho familiar colombiano radica en las profundas raíces de una cosmovisión conservadora del mundo jurídico, que datan de finales del siglo XIX, cuando el imaginario regeneracionista fusionó los postulados nodales de la religión católica con el ropaje frío de la ley civil. (Moreno, Londoño y Rendón, 2015: 15). Lo dicho permitió la construcción de un arquetipo patriarcal, sólido y tradicional que, en esencia, ha logrado permear la estructura institucional (Jaramillo, 2013: 12; Azzolini, 2017: 22-23) al punto que incluso los jueces en la actualidad, pese a encontrarse bajo el imperio del Estado social de derecho y de los criterios rectores de dignidad y justicia material, siguen prefiriendo aplicar la ley civil por encima de la Constitución y sus condicionamientos hermenéuticos.

Los instrumentos jurídicos que materializan la perspectiva de género en el derecho familiar¹⁴

La Constitución de 1991, desde su preámbulo, traza como fines del Estado social de derecho la convivencia, la justicia, la igualdad y la paz, entre otros. El principio de igualdad en materia de género se encuentra previsto en el artículo 13 Superior, en el que se establece que el sexo no es criterio objetivo de distinción; en el inciso 6 del artículo 42 Superior, en que se dispone que la violencia doméstica atenta contra la armonía familiar y debe ser sancionada legalmente; y en el artículo 43 Superior, en el que se resalta que las mujeres no deben ser sujeto de discriminación.

La casuística proteccionista de los derechos fundamentales que subyacen en los conflictos legales de familia con perspectiva de género trasciende la visión reduccionista y minimalista del aparato jurisdiccional ordinario. Esto significa que, vía corrección constitucional, las autoridades judiciales puedan aplicar las subreglas y precedentes

14. El análisis de género implica un estudio sistemático de las prácticas y los roles que desempeñan las mujeres y los hombres en un determinado contexto económico, político, social o cultural. “Sirve para captar cómo se producen y reproducen las relaciones de género dentro de una problemática específica y con ello detectar los ajustes institucionales requeridos (Corte Constitucional, 2020). Para Butler (2009: 5; 2011: 22; 2017: 9) el género es una construcción cultural y genera una ficción performativa no dependiente de factores biológicos o naturales. Esto es el significado simbólico que cada sujeto interpreta de la cultura sin estar atado a su sexo, liberándose así de la hegemónica estructura patriarcal.

que deconstruyen las interpretaciones lesivas contra las mujeres víctimas de violencia doméstica, al aplicar de manera antiformal las garantías derivadas del bloque de constitucionalidad, como es el caso de la Convención Interamericana de Belém do Pará, ratificada mediante Ley 248 de 1995. El artículo 7 de la citada Convención dispone las políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer por parte de los Estados participantes, entre las cuales destaca:

f. Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia SU-080, 2020, consideración jurídica 31).

Además de la Convención de Belém do Pará, existe una batería jurídica de raigambre supralegal en esta materia integrada por las siguientes normas, que a la luz de lo trazado en el artículo 93 Superior han de aplicarse de manera preferente en nuestro orden jurídico:

- La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, ratificada mediante Ley 35 de 1986.
- La Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967, ratificada mediante Ley 51 de 1981.
- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1981.

Estos compromisos de orden internacional han dado cabida a normas tan importantes como la Ley 258 de 1996 sobre afectación a vivienda familiar, o «Ley de la doble firma», relativa a la protección económica de las mujeres casadas o en unión marital de hecho, y la Ley 294 del mismo año, sobre violencia intrafamiliar y sus medidas de protección.

La perspectiva de género constitucional no es sinónimo de parcialización judicial. Contrario a ello, es un imperativo de toma de conciencia frente al no reconocimiento de estereotipos y paradigmas que minimizan las violencias del conflicto doméstico contra la mujer. Esto implica una hermenéutica multinivel que, en palabras de la Corte Constitucional en su sentencia SU-080 de 2020, se da cuando los jueces ordinarios consideran el bloque de constitucionalidad, en sentido lato o estricto, como fuentes formales contentivas de derechos humanos para vincular una interpretación *pro femina*, al tomar en consideración el complejo escenario de la vida privada familiar que sirve como mampara para justificar la impunidad de los agresores domésticos. Es decir, existe un compromiso estatal y social para adelantar acciones efectivas que salvaguarden los derechos humanos femeninos a la no discriminación y a una vida libre de

violencia. En este sentido, el artículo 2 de la Ley 1257 de 2008 reconoce como actos de violencia psicológica y verbal:

Las amenazas verbales de maltrato, daño o tortura dirigidas tanto a la mujer como a los hijos, otros familiares o amistades, las amenazas repetidas de divorcio, abandono, infidelidad o no cumplimiento de responsabilidades económicas, el aislamiento social y económico, los celos y las manifestaciones de posesividad, la destrucción o daño de las propiedades personales a las que se tiene afecto, y las conductas de control y restricción sobre el comportamiento y las actividades de la vida cotidiana como la privación de la libertad o la regulación de las formas de vestir, actuar y relacionarse con el mundo (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-012, 2016).¹⁵

Estas afectaciones contra las mujeres han sido socialmente aceptadas, arrojando de cotidianidad las dinámicas erótico-afectivas, que en realidad contienen tratos machistas degradantes. La violencia simbólica se encuentra avalada en los referentes autoritarios patriarcales que desconocen la violencia psicológica doméstica. Lo anterior, se corresponde con los orígenes conservadores del derecho familiar en Colombia, que data de la época de la regeneración (Moreno, Londoño y Rendón, 2015) y, según las tesis feministas, pervive en la institucionalidad una cosmovisión sexista, que a su vez se traduce en la ausencia de transformaciones sustanciales en la interpretación jurídica que abraja a las prerrogativas de género (Gómez y Saldarriaga, 2018: 45). Sin embargo, la Corte estableció parámetros obligacionales de orden superior para la administración de justicia en su lucha contra la discriminación de género y, entre otros, se destacan:

ii) Analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-012, 2016).

En este orden de ideas, la desatención de estas pautas y deberes interpretativos de tipo judicial inciden en el incremento crónico de los maltratos domésticos por la invisibilización de los entes de control, tipificando así la violencia institucional. Es decir, a la vergüenza y la culpa que deben superar las víctimas para atreverse a denunciar, se suman las actitudes de negligencia y/o displicencia del aparato jurisdiccional familiar, que tácitamente las responsabiliza de merecer esta clase de trato, configurando un segundo momento de afectación a sus derechos humanos de género. De ahí que existan

15. Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas, en Sentencia T-012/16, disponible en bit.ly/3lboynny.

mandatos constitucionales para que la jurisdicción prevenga y alerte la violencia institucional en este sentido, como:

- Las medidas de protección y el trámite de cumplimiento en un término razonable que materialice los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia.
- El acceso a la información sobre el estado de los procesos y los datos que sobre ellos reposan en las bases de datos, y pedir su actualización y rectificación cuando estos sean inexactos, incompletos o fraccionados.
- La imparcialidad de juicio y carente de estereotipos por parte de los funcionarios administrativos y judiciales competentes.
- La idoneidad de las medidas de protección para eliminar la violencia denunciada, acudiendo a medidas diferentes a aquellas establecidas en la ley cuando la situación lo requiera, entre otras (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-735, 2017).¹⁶

Estos cánones evidencian que la administración de justicia no está exenta de la utilización de patrones estereotipados y de valoraciones prejuiciosas, ya que «no se debe perder de vista la crítica feminista, que señala al derecho [...] como producto de sociedades patriarcales» (Pabón, 2018: 147). Luego, la carga patriarcal del lenguaje jurídico predetermina la condición invisible del género femenino. Desde el derecho, se regula la esfera política de la domesticidad, subordinando a los sujetos vulnerables a dichas estructuras, que superviven a los cambios legislativos constituyendo y reproduciendo contenidos de la tradición heteronormativa perpetuada desde los imaginarios colectivos sociales e idiosincráticos enraizados en tiempos de la regeneración conservadora a finales del siglo XIX (Moreno y otros, 2016).

Acorde con esta visión del derecho, Butler (2011: 22) sostiene que el positivismo jurídico, como producto cultural, procura ocultar la existencia de un sujeto anterior a la ley para legitimar su hegemonía reguladora frente a las conductas sociales. Así, «el género [...] es el medio discursivo/cultural a través del cual la “naturaleza sexuada” o “un sexo natural” se forma y establece como “prediscursivo”», anterior a la cultura, una superficie políticamente neutral sobre la cual actúa la cultura (Butler, 2011: 22, 56). Incluso, para Mackinnon (1995: 36) los cambios tecnológicos y sociales no han logrado acabar con la desigualdad sexual, legitimando el rol masculino en dinámicas arcaicas como la violencia sexual y, desde su perspectiva, se requiere una revisión profunda de las estructuras estatales para dar cabida a un cambio revolucionario que sintetice las teorías feministas y el marxismo. Igualmente, García de León (2011: 8) afirma que este aval del mundo jurídico deriva en el sutil desprestigio de las mujeres, en tanto que la masculinidad tiene valor de poder predeterminado a través de mecanismos de desprestigio, minusvalía y degradamiento del género femenino. Siguiendo a Fraser (2009: 15), estas

16. Magistrado ponente Antonio José Lizarazo, en Sentencia T-735/17, disponible en bit.ly/3lgmqxh.

afectaciones a los de derechos de las mujeres no se limitan al escenario local de estados como el colombiano, vinculados a la tradición conservadora. A nivel global, pueden rastrearse los efectos de una visión patriarcal de mundo, que desconoce los derechos humanos con enfoque de género. Esto significa redoblar esfuerzos para materializar las garantías y amparos contenidos en los instrumentos internacionales que reestructuran la aplicación de la justicia a nivel global.

Análisis jurisprudencial de la corrección constitucional integradora del incidente de reparación de daños en proceso de divorcio con perspectiva de género

Como se ha referido en el segundo apartado de este artículo, la corrección constitucional es una adecuación que realiza el juez constitucional, generalmente, a través de la acción de tutela para indexar y armonizar las instituciones legales, como en el caso de las causales de divorcio y sus efectos para los excónyuges a partir de los fundamentos axiológicos y el control de convencionalidad que deviene de un mandato expreso de la Constitución, establecido en su artículo 93 Superior.

En efecto, desde la sentencia T-967 de la Corte Constitucional de Colombia del 15 de diciembre de 2014,¹⁷ se adoptó el precedente judicial que rompió con la interpretación reduccionista de las causales de divorcio al reconocer los celos masculinos como expresión patriarcal y machista constitutiva de maltrato psicológico. Se vienen integrando los criterios axiológicos que vinculan a los jueces de familia para que no revictimice a las mujeres que sufren violencia doméstica. En esta providencia, se puede apreciar el carácter estructural de la violencia contra la mujer, en su modalidad doméstica, el derecho de familia colombiano de no reconocer la desigualdad estructural existente en las relaciones de pareja heterosexual, ya que dada su estrecha conexión con principios inherentes al derecho civil, se pretende generar neutralidad e igualdad de armas de las partes ante la justicia, sumado al excesivo ritualismo del sistema probatorio, prefiriendo muchas veces la verdad procesal frente a la realidad material donde se hacen evidentes las desigualdades que afectan al género femenino, como:

Los recursos económicos, la vergüenza, las amenazas, las intimidaciones, las distancias físicas o geográficas, la falta de orientación, la invisibilización, los estereotipos de género presentes en los operadores jurídicos, entre otras situaciones, son factores que permiten concluir que bajo una perspectiva de género una víctima de violencia en Colombia no llega en igualdad de armas procesales a un proceso civil o de familia (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-967,2014: consideración jurídica 48).

En este orden de ideas, la razón fundante de la violencia de género estriba en concebir a la mujer como un sujeto social inferior, por tanto, es indispensable un tratamiento institucional que armonice y descontamine la mentalidad patriarcal para

17. Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz, en Sentencia T-967/14, disponible en bit.ly/33yMgEE.

generar un cambio cultural hacia la visibilización de la violencia doméstica y su trato inequitativo.

En idéntico sentido, la citada sentencia T-735 de 2017 del mismo tribunal evidenció que las autoridades administrativas de familia deben reconocer que las expresiones de violencia contra la mujer en el marco de la familia pueden tomar diferentes formas e incluso potenciarse con la tecnología y las redes sociales, como fue el caso de mensajes de texto remitidos vía Twitter y Facebook por parte del agresor, acciones que fueron minimizadas, invisibilizando la violencia masculina al trasladarle corresponsabilidad de las conductas agresivas a la accionante en su calidad de psicóloga y haber omitido utilizar las herramientas académicas que disponía para solucionar su problema en un claro ejemplo de revictimización institucional y simbólica (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-735, 2017: consideración jurídica 4.5.; 5.2).

Luego, como se evidenció en este caso, y según los mandatos de la Ley 1257 de 2008 armónicos con la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y la Convención de Belém do Pará, instrumentos internacionales integrantes del bloque de constitucionalidad que tipifican que el Estado o sus agentes también son sujetos activos de la violencia de género, a través de las faltas de los funcionarios administrativos y judiciales de familia al desconocer el deber de aplicar una justicia diligente, material y efectiva, se demostró que el actuar de la autoridad estatal fue constitutivo de actos de violencia institucional contra la accionante.

De otro lado, la sentencia T-338 de la Corte Constitucional de Colombia del 22 de agosto de 2018¹⁸ realizó un monitoreo de coherencia (López, 2016) para corregir la excesiva actuación de un juzgado de familia accionado, ya que, en sala jurisdiccional de consulta remitida por una Comisaría de Familia, decidió un trámite incidental de desacato contra un agresor de violencia intrafamiliar ante el no pago de una multa convertible en arresto al ser declarado responsable de violencia intrafamiliar. En este caso, se decidió, en forma oficiosa, extender los efectos de la sanción a la mujer accionante. Esta salida en falso del juez accionado motivó que la Corte Constitucional reprochase la aplicación de criterios de interpretación diferenciados cuando colisionen los derechos de un agresor y una víctima de violencia doméstica, en un proceso de naturaleza civil o de familia. En efecto, cualquier interpretación judicial en la que la ponderación probatoria se inclina en favor del agresor, porque no son creíbles las pruebas aportadas al hacer parte de la esfera privada de la pareja, y su dilema público-privado, resulta contraria a la Constitución Política y a los tratados internacionales sobre la protección de las mujeres.

Ahora bien, en relación con la integración de los dispositivos normativos de orden internacional en materia de la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, se tiene que el bloque de constitucionalidad, referenciado a partir del artículo 93 Superior, destaca la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Violencia contra la Mujer, la cual apunta a que la violencia de género obstaculiza el

18. Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz, en Sentencia T-338/18, disponible en bit.ly/36yLolo.

desarrollo femenino en términos de dignidad, y se convierte en óbice para incrementar el bienestar de la sociedad y de la familia, siendo indispensable cambiar la visión conservadora de los roles de género a nivel familiar y social. A su vez, la Convención Interamericana de Belém do Pará evidencia la violencia de género como una afectación de las prerrogativas fundamentales y humanas femeninas en la realización efectiva del trato igualitario que busca equilibrar las tradicionales relaciones de poder sustentadas en la desigualdad masculina y femenina; agresiones que son evidentes en todas las capas sociales, sin importancia de las dimensiones raciales, religiosas, del nivel educacional, entre otras (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-093, 2019: consideración 107).

Análisis estático de la sentencia SU-080 de 2020

Síntesis fáctica

Como hechos relevantes del caso, se tiene que la actora presentó demanda de divorcio por las causales segunda, tercera y octava del artículo 154 del Código Civil el 15 mayo de 2013, pidiendo condena alimentaria a cargo de su marido. Por su parte, el Juzgado 11 de Familia de Bogotá, en sentencia del 16 septiembre de 2016, concedió lo pedido, mas no consideró la causal tercera, negando la sanción alimentaria en atención a la falta de necesidad de la accionante que, para la época, en su cargo de consejera de Estado percibía ingresos mensuales de 27 millones de pesos.

Esta decisión fue apelada para incluir la causal tercera y, de otro lado, pedir la reparación de los daños causados con la violencia doméstica a la cónyuge inocente bajo la modalidad de alimentos periódicos, ya que, de lo contrario, se estaría premiando la conducta violenta y trasgresora del marido. Por su parte, la Sala de Familia del Tribunal Superior bogotano adicionó la sentencia recurrida mediante fallo fechado el 14 de febrero de 2017, precisando la inclusión de la causal tercera, ya que el testimonio de los hijos comunes y el dictamen de Medicina Legal fueron pruebas contundentes para acreditar las episódicas agresiones verbales de las que fue víctima la accionante; constitutivas de violencia psicológica y trato discriminatorio de género hacia la mujer. Confirmó la no fijación de alimentos habida cuenta de la potente capacidad económica de la accionante, incluso superior a la pensión que percibe el demandado.

Así las cosas, se interpuso acción de tutela contra la sentencia del tribunal para amparar los derechos fundamentales a la no discriminación por razones de género frente a las víctimas de violencia doméstica y ser resarcida en las afectaciones recibidas conforme la Convención de Belém do Pará. Fueron denunciadas como vías de hecho el *defecto sustantivo* al discriminar a la accionante por ser una mujer exitosa y solvente en términos económicos, y el *defecto fáctico* al prescindir de una efectiva valoración probatoria, constituyendo una revictimización de la accionante a manos del aparato judicial.

En este sentido, fueron protegidas las garantías invocadas el 25 de julio de 2017 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia toda vez que, desde el pa-

radigma del enfoque de género, el accionado omitió su deber de valorar los graves hechos de maltratos y abusos probados en el proceso, los cuales son indispensables para efectos de calcular la reparación económica. Además, la solvencia económica de la accionante no es óbice para garantizar su reparación en condición de víctima, ya que la fuente de dicha obligación parte del daño, luego, la prestación que se deriva es una indemnización. Por tanto, se debe acudir al campo de la responsabilidad civil para que los maltratos de obra, ultrajes y tratos crueles constitutivos de divorcio sean tasados en términos resarcitorios.

Pero esta sentencia fue revocada por la Sala de Casación Laboral mediante el fallo del 27 de septiembre del mismo año a raíz de la impugnación presentada por el agresor. En primer lugar, la acción de tutela responde al principio de subsidiariedad y, en este caso, la decisión atacada es razonable de acuerdo con la normativa que regula el derecho alimentario vigente. Sumado a ello, en ninguna etapa procesal la demandante pidió ante el juez natural la indemnización como consecuencia de los perjuicios sufridos. Existe una obligación del juzgador de dictar su decisión conforme a lo probado en juicio, garantizando el derecho a la defensa y el debido proceso. Luego, en sede de tutela, no es viable atender una solicitud que en el transcurso del procedimiento ordinario no fue discutida; y remitir a la accionante a la jurisdicción ordinaria para ese efecto no la desconoce como víctima, ni le resta eficacia a la regulación internacional sobre la materia. En sentido contrario afirmó, al ser el matrimonio un contrato familiar reglado y el divorcio una figura jurídica especial y taxativa, que no es viable aplicar normas civiles que rigen la reparación de los perjuicios recibidos según las convenciones. La aplicación de normas internacionales es una invasión del fuero de los jueces naturales, siendo prevalente el derecho interno.

Problema jurídico

El problema jurídico estriba en que si bien en la legislación colombiana no existe una sanción explícita, debería pronunciarse el juez de familia que conoce de un divorcio por violencia intrafamiliar de género para efectos de reconocer reparación efectiva patrimonial frente a los daños causados por el cónyuge agresor, según el artículo 7, literal g., de la Convención de Belém do Pará, en armonía con los artículos 13, 42 y 93 Superiores.

Extracción de la ratio decidendi

Como argumentos de fondo que resuelven el problema jurídico planteado, y se armonizan con los criterios sustanciales estudiados para este artículo, en el que se muestra de qué manera tiene lugar la corrección constitucional en el interior del orden jurídico familiar, en materia de divorcio, cuando se ha probado la violencia doméstica de género, se encuentra que la Corte Constitucional concedió la tutela contra sentencia luego de encontrar configurados los requisitos de procedibilidad (Moreno y Restrepo, 2020), y destacando como punto especial el *defecto sustantivo*. Este tipo de afectación significa

una indebida interpretación de las normas que garantizan las prerrogativas de la accionante dentro del juicio.

En el sentir de la Corte, si bien es cierto que existe un déficit legislativo en materia de violencia doméstica que ampare a las mujeres, en términos de otorgarles decisiones oportunas y de reparación integral, no es menos cierto que la autoridad judicial accionada debió realizar una interpretación acorde con la especialidad de caso. Es aquí donde se ve reflejada la corrección constitucional del derecho familiar, ya que, según la Corte, el juez ordinario debe integrar en la administración de justicia cotidiana los dispositivos principialísticos, tanto constitucionales como internacionales, sistematizando así el derecho de las víctimas de violencia intrafamiliar psicológica a ser reparadas integralmente y permitir que esta acción indemnizatoria tenga lugar durante el proceso de divorcio una vez evidenciada la responsabilidad del marido. Dicho *defecto sustantivo* en que incurrió el accionado judicial, desconoce el bloque de constitucionalidad, el artículo 42 Superior y normas de derecho interno, según las cuales se debe garantizar el derecho humano de las mujeres víctimas de violencia doméstica a no ser discriminadas y acceder en forma efectiva al resarcimiento del daño padecido en plazos razonables y justos.

Este tipo de violencia, al ser subrepticia y estar mimetizada por la disfunción afectiva, puede llegar a configurar tratos crueles e incluso verdaderas torturas, como en el caso de su dimensión psicológica cuando se produce intimidación, desprecio, chantaje, humillación o amenazas. Como prueba de ello, la Corte Constitucional destaca los siguientes hechos narrados en el testimonio de los hijos comunes:

En lo que se refiere a mi mamá, la ha llamado mentirosa, le ha dicho rata, ladrona y en una ocasión le dijo que parecía un inodoro público”; “de mi niñez el primer hecho que me acuerdo es una ocasión que llegamos a la casa, estábamos con mi mamá, mis hermanos y mi papá se puso bravo por algún motivo, y decidió dejarnos por fuera de la casa durante varias horas en la noche. Mi hermano era un bebé. Esa noche nos dejó por fuera de la casa, luego vino al carro, lo recogió porque era bebé, pero a mí, mi hermana y mamá nos dejó pasando la noche en el carro”; “luego, en el 2007-2008, en diciembre, en vacaciones en Cartagena, viajamos con mi papá y mis hermanos a Cartagena [...] y un día en la playa él consideró que el vestido de baño de mi mamá no era adecuado y le dijo que era un vestido de prostituta. Todas esas agresiones fueron verbales. Nos devolvimos todos, él decidió el viaje en un solo recorrido sin paradas y eso determinó la ruptura de la relación entre mis padres. Mi mamá, cuando llego a Bogotá, decidió cambiarse de cuarto y mi papá mandó a imprimir las fotos de mi mamá en ropa de baño para mostrarnos a nosotros y decir que era una prostituta (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia SU-080, 2020: consideración jurídica 71).

Igualmente, se destaca la *ratio decidendi* relacionada con la integración sistemática de las normas sustantivas y procesales ante el déficit legal en materia de reparación de daños en los procesos de divorcio, cuando se ha demostrado la existencia de violencia doméstica de género. En este sentido, la Corte Constitucional resalta el artículo 281 del Código General del Proceso, contentivo del principio de congruencia, según el cual el

juez de familia está facultado para fallar por fuera y más allá de lo pretendido en la demanda en aras de proteger a los sujetos en situación de vulnerabilidad. Esto, articulado con el imperativo del literal g del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, obliga el pronunciamiento judicial sobre la reparación integral civil de la víctima según las voces del artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Ahora bien, la Corte Constitucional considera que esta reparación integral económica debe adelantarse mediante un trámite incidental para tasar y especificar los daños sufridos por la víctima, a continuación del proceso de divorcio, habida cuenta de que obligar a la accionante a acudir a otro proceso distinto de responsabilidad civil constituiría una revictimización del aparato estatal (Corte Constitucional, 2020). La motivación que lleva a la Corte a realizar este tipo de reconocimiento estriba en que:

- El daño causado dolosamente, a partir de injurias y malos tratos durante el matrimonio, no puede quedar impune ni ser gratuito.
- Las reparaciones pecuniarias a que haya lugar deben ser otorgadas en el marco de los principios generales de la responsabilidad civil vigente.

En consecuencia, la capacidad económica de la accionante, en este caso concreto, es irrelevante en tanto su condición víctima. Por esta última razón, no se tiene en cuenta la configuración del *defecto fáctico*, pero el *defecto sustantivo* del ente judicial accionado es crasamente resaltado, como fue indicando anteriormente.

Dada la novedad de las órdenes emitidas por la Corte Constitucional en este fallo, se hace relevante que se exhorta al Congreso para que regule ampliamente el derecho fundamental a acceder a una reparación integral en los casos de violencia doméstica de género, prohibiendo la revictimización; y se exhorta al Consejo Superior de la Judicatura para que capacite a los jueces de familia en la aplicación del principio constitucional del bloque de constitucionalidad como criterio hermenéutico en la resolución de los asuntos de su competencia, de manera que se ponga en evidencia fáctica que los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de un orden jurídico constitucionalizado y garante de las condiciones básicas que provea a todos los asociados de una vida más ajustada a las máximas más elevadas y razonables de dignidad, de supervivencia y de autodeterminación.

Conclusión

Las mujeres han tenido obstáculos de distintos tipos para acceder a la justicia derivados de la discriminación a la que han sido sometidas históricamente. Estos constructos culturales sobre el género facilitan la reproducción de un imaginario social con múltiples estereotipos patriarcales que justifican y legitiman actitudes discriminatorias. A pesar de los múltiples fallos dictados con perspectiva de género en materia de divorcio en los que fue probada la violencia intrafamiliar, las pautas y criterios hermenéuticos de corrección constitucional siguen siendo invisibilizados, inaplicados o ignorados por las autoridades familiares en la cotidianidad.

Lo anterior requiere mirar el mundo normativo con otra lógica, una cosmovisión diferente y abierta a reconocer las diversas manifestaciones de la casuística derivada de los choques entre principios y las ponderaciones de derechos de sujetos en situación de vulnerabilidad. Estos precedentes establecen subreglas y pautas de interpretación constitucional de orden diferencial en atención al género femenino para prevenir, sancionar y erradicar no solo la violencia doméstica de tipo directa, sino también la ejercida por los agentes públicos que representan al Estado en el marco de la violencia estructural y simbólica que naturaliza y desconoce la violencia contra las mujeres, especialmente en su modalidad psicológica.

En gran medida, esta visión del rol de la mujer en la familia ha permanecido durante el siglo XX y lo transcurrido del XXI a pesar de las transformaciones socioculturales y tecnológicas que afectan las formas de asociación familiar contemporánea, siendo la Corte Constitucional el órgano estatal que confronta las tensiones de la tradición patriarcal, religiosa y conservadora resistente al cambio versus los principios de tolerancia, inclusión y respeto por la diferencia que nutren el núcleo central de dignidad sobre la que se asienta el Estado social de derecho.

Uno de los puntos críticos donde opera la corrección constitucional se advierte cuando el juez constitucional interpreta el querer y la necesidad del sujeto vulnerable, más allá de las formas rígidas en las que quedaron condensadas sus pretensiones. Esta hermenéutica dinámica y antiformal rompe con el arquetipo autoritario de inflexibilidad normativa, que tiene sus raíces en el sistema patriarcal.

El caso *Conto* pone en evidencia que incluso una mujer adinerada y públicamente influyente puede ser discriminada por la institucionalidad, ya que la exhibición de las heridas y cicatrices ocasionadas por los ultrajes sufridos debería quedar olvidada por el transcurso del tiempo y la privacidad de su acontecimiento doméstico. Pero contrario a eso, la aplicación del bloque de constitucionalidad, los postulados y valores superiores armónicos con la perspectiva de género, reclaman una judicatura ordinaria garante del principio *pro femina*, capaz de realizar abordajes multinivel del complejo escenario familiar donde campea la impunidad de los maridos agresores gracias a los modelos institucionales que reproducen el estereotipo de la autoridad masculina.

La corrección constitucional aludida se evidenció en dos dimensiones. En un primer momento, frente al caso concreto al permitir a la accionante Conto la reparación integral de sus daños como víctima sin tener que acudir a otro proceso civil. Con respecto a esto, nótese que la Corte Constitucional reconstruyó, en esencia, el pedido de la accionante para formular su problema jurídico, aplicando el principio *pro femina*; es decir, interpretó el sentido del querer de la señora Conto, tanto en su calidad de recurrente en instancia de apelación como en su condición de accionante con el escrito de tutela. Esta clave de análisis antiformal aproxima y traduce la expresión «sanción alimentaria» por un sentido más amplio y garantista como «resarcimiento, reparación y/o compensación». Este mandato superior rompe con la frialdad y rigidez que caracteriza el derecho familiar en materia de divorcio, para sistematizarlo con los principios axiológicos reconocidos en el bloque de constitucionalidad.

En segunda instancia, con respecto a la institucionalidad, con exhortación realizada al poder legislativo para reglamentar ampliamente los derechos humanos y fundamentales femeninos y así superar el déficit legal que promueve estereotipos de jerarquía heteronormativa, lo que le permite reconstruir la credibilidad del sistema judicial. Igualmente, con orden al Consejo Superior de la Judicatura para difundir este fallo y capacitar a la judicatura familiar en una hermenéutica garantista con perspectiva de género.

La corrección constitucional aplicada al derecho familiar en materia de divorcio, cuando se demuestra violencia doméstica de género, se ha trazado de manera categórica a través de la sentencia SU-080 de 2020. Conceder las pretensiones de la accionante es un acto pleno de justicia material, razonabilidad procesal y erradicación mínima de las fronteras socioculturales de exclusión a la que se ha sometido la mujer en el interior de nuestra cultura. Negar sus pretensiones sería configurar un espacio de impunidad en la familia, donde el interés colectivo primaría sobre los derechos humanos de los individuos que la integran o, lo que es igual, mantener un culto al modelo patriarcal, donde la subordinación y respeto irreflexivo a la legalidad se arropan de seguridad jurídica.

La corrección constitucional que hace la Corte Constitucional según lo analizado y descrito en el análisis estático de la sentencia visibiliza, denuncia, rechaza y sanciona la violencia psicológica en el hogar sin que sea necesario acudir a la acción penal o de responsabilidad civil, ya que será en el divorcio donde se discuta la fuente del daño provocado por el marido agresor. La aplicación de la corrección constitucional en el uso del principio *pro femina* ductibiliza la materialización de los fines de equidad, justicia social y dignidad humana al flexibilizar criterios procesales como la congruencia sin limitarse al recurso de apelación, por ejemplo. La finalidad teleológica es armonizar las medidas y órdenes judiciales a las pruebas acreditadas en el curso del proceso de divorcio, hayan o no sido propuestas en la demanda.

Según esta visión corregida constitucional del divorcio, cuando se pretenda la reparación integral de los daños, vía incidental, no sería aplicable la figura legal de la caducidad de la acción consagrada en el artículo 156 del Código Civil, según fue explicada antes en el análisis de la sentencia C-985 de 2010 por dos razones:

- Esta caducidad está articulada al numeral 4 del artículo 411 de la misma obra. Esto es, la sanción alimentaria. Y como ha reiterado la Corte Constitucional, la fuente jurídica obligacional de la cual emana la indemnización económica es el daño y no la necesidad alimentaria, ni la capacidad económica del alimentante. Además, este soporte normativo encuentra respaldo en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en armonía con el artículo 42 Superior y el literal g del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.
- Los hechos de violencia doméstica atentan contra los derechos humanos femeninos. Una norma de inferior jerarquía como la caducidad se constituiría en un referente de impunidad e indiferencia, que tolera y naturaliza de manera simbólica y estructural la violencia contra las mujeres. Luego, cabría la excepción de

inaplicación por inconstitucional de esta norma conforme las voces del artículo 4 Superior.

En el caso *Conto*, la Corte Constitucional precisó que los hechos narrados por la accionante al momento de presentar la demanda de divorcio, en 2013, ocurrieron en fechas pretéritas cercanas a su matrimonio; es decir, en 1978 y en 2009, sin que existiera elemento de análisis suficiente para evidenciar la fecha exacta de su acaecimiento. Si esto es así, una institución como la caducidad puede ser utilizada como burladero jurídico para esconder la impunidad del agresor doméstico. Es deber del Estado y sus autoridades judiciales y administrativas tomar en serio la violencia de género.

Muchos jueces y magistrados de familia consideran que existe una barrera temporal para analizar asuntos ocurridos en las relaciones conyugales, pero la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en evidenciar que la perspectiva de género aplicada al derecho familiar implica comprender que el operador jurídico no puede constituirse en un obstáculo más a vencer en la búsqueda del amparo de sus derechos básicos. El grado de dificultad probatoria inherente a la violencia intrafamiliar, al ocurrir en la privacidad, permite al agresor burlar las garantías del sistema infraconstitucional familiar. De ahí que los criterios convencionales de género flexibilicen los dispositivos jurídicos de orden sustantivo y procesal, para reconocer el daño causado por el agresor.

El derecho familiar corregido constitucionalmente debe partir de los fines que persigue, más allá de privilegiar la seguridad jurídica en términos del positivismo legalista, donde la rigidez y la frialdad de las normas prevalece frente al cálido reclamo de justicia social al que tiene derecho todo sujeto que exige para sí y para los demás una condición más plena de la salvaguarda de sus derechos, sin excusas ni cortapisas legales.

Referencias

- ARAÚJO, Jaime (2015). *Filosofía o teoría del derecho constitucional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- AZZOLINI, Alicia (2017). *Los derechos de la infancia*. México: Porrúa.
- BUTLER, Judith (2017). *Cuerpos aliados y lucha política: Hacia una teoría performativa de la asamblea*. Barcelona: Paidós.
- . (2011). *El género en disputa: El feminismo y la subversión de la identidad*. Madrid: Paidós Ibérica.
- . (2009). *Lenguaje, poder e identidad*. Madrid: Síntesis.
- CAPELLA, Juan-Ramón (2008). *Fruta prohibida*. Madrid: Trotta.
- CHÁVEZ, Raúl (2019). *Derecho de familia y sucesorio*. México: Porrúa.
- CHINCHILLA, Tulio (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.
- CRUZ, Carles, Carolina Fernández y Jordi Ferrer (2015). *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*. Madrid: Marcial Pons.
- DELGADO, Luis y Rebeca Madriz (2014). «Colonialidad del poder, patriarcado y hete-

- ronormatividad en América Latina». *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 19 (42): 95-110. Disponible en bit.ly/3lgC9dA.
- DUCYZNSKI, Karla, Christina Lehmann, Franziska Piedmont y Lisa Tillack (2017). «La fuerza del orden masculino». En Nina Lawrenz, Kristina Dietz y Martha Zapata (editoras), *Colombia en el post-conflicto: Saberes, recursos y desigualdades desde una mirada decolonial*. Berlín: Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Freie Universität Berlin.
- ESPINO, Diana y Rafael Aguilera (2011). *Democracia, derechos humanos y violencia de género*. México: Fontamara.
- FERRAJOLI, Luigi (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia*. Tomo 2. Madrid: Trotta.
- . (2014). *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- FRASER, Nancy (2009). “Reframing justice in a globalizing world”. *Lua Nova*, 77: 11-39. DOI: [10.1590/s0102-644520090000200001](https://doi.org/10.1590/s0102-644520090000200001).
- GARCÍA DE LEÓN, María Antonia (2011). *Cabeza moderna/Corazón patriarcal: Un diagnóstico social de género*. Barcelona: Anthropos.
- GIL, Ricardo (2017). *Las fuentes del derecho en Colombia y criterios auxiliares de la actividad judicial*. Medellín: Universidad de Medellín.
- GÓMEZ, Martha y Dora Saldarriaga (2018). «Teorías feministas, abolicionismo y decolonialidad: Teorías críticas que cuestionan la efectividad de los derechos de las mujeres». *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21 (41): 43-60. Disponible en bit.ly/3nnW1Ns.
- GUASTINI, Ricardo (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- GUTIÉRREZ, Carlos Enrique (2016). *Manual de procesos de familia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HÄBERLE, Peter (2001). *El estado constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- HINCAPIÉ, Mary Luz (2015). *Responsabilidad civil por perjuicios causados con ocasión de relaciones de familia*. Medellín: Universidad de Medellín.
- JARAMILLO, Isabel Cristina (2013). *Derecho de familia en Colombia: Historias de raza, género y propiedad*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- KELSEN, Hans (2002). *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- LAFONT-PIANETA, Pedro (2018). *Derecho de familia*. Bogotá: Ediciones del Profesional.
- LIPOVETSKY, Gilles (2007). *La tercera mujer*. Barcelona: Anagrama.
- LÓPEZ, Diego. (2016). *Eslabones del derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*. Bogotá: Legis.
- . (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- MACKINNON, Catherine (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra.
- MENDOZA, Jesús Alejandro (2018). *Derecho familiar: Su emancipación del derecho civil*. México: Porrúa.

- MONTESQUIEU (1996). *El espíritu de las leyes*. Barcelona: Altaya.
- MORENO, Víctor Julián, David Alberto Londoño y Juan Edilberto Rendón (2015). “Matrimonio, familia y unitarismo: condicionantes sociopolíticos del papel de la iglesia católica en la construcción de la identidad política y jurídica familiar en Colombia”. *Civilizar*, 15 (29): 73-92. Disponible en bit.ly/33wmAbu.
- MORENO, Víctor Julián, Juan Diego Restrepo, Andrés Roncancio y Santiago Carvajal. (2016). “Línea jurisprudencial constitucional sobre el cambio de modelo jurídico-político familiar en Colombia (1996-2016)”. En Rafael Betancourt, Juan Diego Restrepo y Víctor Julián Moreno (editores), *Auditorio Constitucional: Discusiones y reflexiones sobre algunos temas de investigación jurídica*. Envigado: Institución Universitaria de Envigado.
- MORENO, Víctor Julián y John Fernando Restrepo (2020). «La tutela contra providencia judicial. Análisis estático de la sentencia T-125 de 2012». *Razón Crítica*, 8: 113-137. DOI: [10.21789/25007807.1565](https://doi.org/10.21789/25007807.1565).
- OBSERVATORIO COLOMBIANO DE GÉNERO (2020). *Indicadores de violencia intrafamiliar*. Bogotá: Vicepresidencia de la República de Colombia.
- PABÓN, Ana Patricia (2018). «La Perspectiva de Género en las decisiones judiciales: Una cuestión de justicia y ética». *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 367: 135-148. Disponible en bit.ly/3lhJfOY.
- PARRA, Jorge (2018). *Derecho de familia*. Bogotá: Temis.
- RESTREPO TAMAYO, John Fernando (2015). «Aproximación al pensamiento jurídico y político de Hans Kelsen». *Revista Jurídicas*, 12 (1): 43-58. Disponible en bit.ly/3iwRV23.
- . (2018). *Estructura constitucional del Estado colombiano*. Medellín: Universidad de Medellín.
- SÁNCHEZ, Alberto (2016). *Violencia intrafamiliar (Familia disfuncional, violencia familiar y equidad de género, su legislación)*. México: Porrúa.
- SUÁREZ, Roberto (2017). *Derecho de familia: Régimen de las personas*. Tomo I. Bogotá: Temis.
- VIDAL, Jaime (2010). *Historia constitucional de Colombia: Análisis temáticos*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Sobre los autores

VÍCTOR JULIÁN MORENO MOSQUERA es abogado de la Institución Universitaria de Envigado de Colombia, especialista en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín y magíster en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Actualmente, es docente investigador a jornada completa de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Jurídicas de la Institución Universitaria de Envigado. Su correo electrónico es victorjuliancol@hotmail.com.  <https://orcid.org/0000-0002-4645-3553>.

JOHN FERNANDO RESTREPO TAMAYO es abogado de la Universidad de Antioquia de Medellín y politólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Es magíster en Filosofía por la Universidad de Antioquia y doctor en Derecho de la Universidad de Medellín. Actualmente, ejerce como decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín. Su correo electrónico es jfrestrepo@udem.edu.co.

 <https://orcid.org/0000-0002-4561-3041>.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

fperoti@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

revistaderechopublico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

publico@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

www.tipografica.io