



EL DIVORCIO EN COLOMBIA

Tulia Barrozo Osorio
Esperanza Alvarez



UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA

CENTRO DE INVESTIGACIONES

Grupo de Investigación:

Derecho Privado

TULIA BARROZO OSORIO

ESPERANZA ALVAREZ

346.0166

B177d

Barrozo Osorio, Tulia

El divorcio en Colombia / Tulia Barrozo Osorio, Esperanza Álvarez. – Cartagena:
Universidad Libre, 2009.

36 p.

ISBN: 978-958-8621-08-01

Grupo de Investigación: Derecho Privado

Incluye bibliografía

1. Divorcio – Legislación – Colombia. 2. Matrimonio – Legislación – Colombia. I.
Barrozo Osorio, Tulia. II. Álvarez, Esperanza. III. Tít.

©UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA

ISBN: 978-958-8621-08-01

El Divorcio en Colombia

Primera Edición, 2009

América del Sur

Teléfonos: 661147- 6561379

Editorial Universidad Libre Sede Cartagena

Comité editorial

Zilath Romero González

Tatiana Díaz Ricardo

Carlos Cortes Mattos

Adolfo Carbal Herrera

Diagramación: Martha Benítez

Correos electrónicos de contacto:

investigaciones.unilibre@gmail.com

tatiana.diaz@unilibrectg.edu.co

Se permite la reproducción total y parcial por cualquier medio siempre y cuando se citen debidamente la fuente, los autores y las instituciones. La Universidad Libre Sede Cartagena no se hace responsable por los contenidos, posibles errores u omisiones. Los contenidos son responsabilidad exclusiva de sus autores

UNIVERSIDAD LIBRE
DIRECTIVOS NACIONALES 2009

Presidente

Luis Francisco Sierra Reyes

Rector

Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

Censor

Edgar Sandoval Romero

Decano Facultad de Derecho

Jesús Hernando Alvarez Mora

Decano Facultad de Contaduría

Clara Inés Camacho

DIRECTIVOS SECCIONALES 2009

Presidente Delegado Rector

Rafael Ballestas Morales

Vicerrector Académico

Carlos Gustavo Méndez Rodríguez

Secretario General

Luis María Rangel Sepúlveda

Director Administrativo y Financiero

Lucy Castilla Bravo

Directora de la Facultad de Ciencias Económicas, Administrativas y Contables

María Cristina Bustillo Castillejo

Decano de Extensión de Derecho

Narciso Castro Yanes

Decano de Extensión de Contaduría Pública

Gustavo Arrieta Vásquez

Directora Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación

Tulia del Carmen Barrozo Osorio

Coordinadora de Postgrados

Beatriz Tovar Carrasquilla

Directora Centro de Investigaciones

Tatiana Díaz Ricardo

Secretaria Académica

Eline Palomino Riher

La publicación de los artículos está sujeta a los criterios del Comité editorial y la evaluación de los pares científicos. Las opiniones expresadas por los autores son independientes y no comprometen a la Universidad Libre Sede Cartagena. Se respeta la libertad de expresión.

Universidad Libre. Dirección: Pie de la Popa Calle. Real No. 20-177 Cartagena de Indias. Colombia. América del Sur

CONTENIDO

1. EL DIVORCIO EN COLOMBIA	7
1.1 EL ABANDONO O INCUMPLIMIENTO COMO CAUSAL DE DIVORCIO	7
1.2 EL USO HABITUAL DE SUSTANCIAS ALUCINOGENAS O ESTUPEFACIENTES	8
1.3 EMBRIAGUEZ HABITUAL	11
1.4 LA SEPARACION DE CUERPOS	13
1.5 LAS RELACIONES SEXUALES EXTRAMATRIMONIALES	15
1.6 LOS ULTRAJES, TRATO CRUEL Y MALTRATAMIENTO DE OBRA	17
2. LA SOLIDARIDAD CON LOS DISCAPACITADOS MENTALES ENTRE EL ESTADO Y LA FAMILIA	20
2.1 SOLIDARIDAD	21
2.2 HISTORIA DE LA PALABRA SOLIDARIDAD	22
2.3 PROTECCION INTERNACIONAL A LOS ENFERMOS MENTALES.	23
2.4 SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL	24
2.5 SOLIDARIDAD DE LA FAMILIA CON LOS ENFERMOS MENTALES	26
2.6 PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE	32
CONCLUSIÓN	36

1. EL DIVORCIO EN COLOMBIA

1.1 EL ABANDONO O INCUMPLIMIENTO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

Actualmente en la Ley 25/92 se redacta como “El grave e injustificado incumplimiento por parte de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.” La evolución de esta causal data desde la ley Obando donde se refería solo al *absoluto* incumplimiento de tales deberes, y se empecinó la evolución legal a tratar la norma como un problema de género; si el abandono no era absoluto, la causal no encuadraba. Bastaba con que uno de los cónyuges diera asomos disfrazados de bondad, y hasta allí llegaba el asunto. Luego, la causal fue siendo adicionada en el sentido de allegarle ingredientes subjetivos por parte de los sujetos conyugales, como el hecho de que los deberes fuesen graves e injustificados, humanizando la situación, y alejándose más el legislador de lo radical que debía ser la conducta, y finalmente siempre resultaban favorecidos los padres/ maridos.

La redacción actual es la más justa, al agregarle “los deberes que *la ley* les impone”, haciendo de ésta más imparcial, y por ello más parecida a la dignidad humana. Son pues, dos los comportamientos que pueden darse para alegarla,

como son abandono o incumplimiento. Es una causal genérica, porque muchas de las causales de la mencionada ley, independientemente de sí mismas aterrizan en ella. No es necesario que se den todas las conductas, ni que sean varios los actos, como se entendía con la expedición de la Ley 1/76 en la cual se pluralizaron los *deberes* incumplidos, y además, debían poner en peligro la vida del otro cónyuge!; si no se trataba de actos de ésta índole nada prosperaría. Hoy basta con la omisión de uno cualquiera de los deberes de padres/ cónyuges, como las más normales obligaciones que derivan de la familia y del matrimonio, moral, espiritual, y económicamente hablando, que pongan en peligro el socorro, la ayuda mutua, la fidelidad, el deber grave de ser padres, sin exagerar, ya que el abandono o incumplimiento deben ser graves e injustificados. Se entiende por “grave”, el hecho de que se viole lo más elemental de los deberes; y, como “injustificado”, aquello que se hace o deja de hacer, sin motivo alguno que disipe o excuse la omisión.

Ejemplificando estas conductas la violación unilateral de: vivir juntos; del deber de fidelidad que se relaciona con las relaciones sexuales extramatrimoniales; recíproco respeto y ayuda mutua, que se relaciona con el trato cruel; y el incumplimiento de deberes de padres.

1.2 EL USO HABITUAL DE SUSTANCIAS ALUCINOGENAS O ESTUPEFACIENTES

Es la causal quinta de Divorcio, y antes se encontraba redactada de tal forma que quedaba implícita la conducta compulsiva en el consumo de las mismas, de tal

forma que sino era compulsivo el consumo, así causara daños en el matrimonio, era muy fácil desvirtuarla por parte de abogado apoderado del cónyuge culpable. Afortunadamente, la L 25/92 la reformó así: “El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica”. De ello se desprende que basta su *consumo*, toda vez que se discute si es lo mismo *usarla* que *consumirla*. En realidad, la diferencia entre un término y otro no existe, pero sí es discutible el hecho, de que cuando un cónyuge se encuentra fabricando, comercializando o expendiendo droga, la está *usando*; mientras que cuando la utiliza para ingerirla, la está *consumiendo*. Si es entendida la situación como se describe en esta última opción, las consecuencias irían más allá del campo del derecho de Familia. Los resultados jurídicos de fabricarla, comercializarla o expenderla, o sea, usarlas, son tan, sino más graves, que consumirlas. Ello trae consigo sanciones de tipo privativo de la libertad, previstas en el campo del derecho penal, tornándose más dramáticas las relaciones conyugales, y relaciones de familia en general.

Analicemos las expresiones, *compulsivo* y *uso habitual*, entendiendo ésta última como el *consumo habitual*. Gran parte de la doctrina colombiana considera la compulsividad y el uso habitual como conductas que en nada difieren, ya que todo lo compulsivo es habitual y viceversa. En nuestro concepto el uso habitual no pasa de eso; es algo regular, periódico, y por ello de fácil manejo. Lo compulsivo es más periódico, más allá de lo habitual, es crónico, se torna dependiente, y por ello, inmanejable por el simple hecho del ejercicio de la voluntad. Al cercenar la compulsividad de la redacción de la norma, se le dio gran importancia al poco uso

de las drogas entre los cónyuges. Lo que si es necesario para que habitual o compulsivo, produzca o encuadre la causal de divorcio, es que el cónyuge culpable sufra un cambio en su personalidad, al punto que se incite la violencia o peligrosidad, con las consecuencias que ello trae para la comunidad matrimonial, y la sociedad. Sucede también lo contrario, cuando el cónyuge permanece en estado de pasividad excesiva, de déficit físico y mental, que le impide el cumplimiento de sus deberes conyugales y de padre o madre. Pero, hay que aclarar que si la droga ha sido prescrita por necesidad médica, es obvio que no encuadraría causal de divorcio, por el simple hecho de que se encontraría justificada la conducta.

Los alucinógenos son capaces de crear imágenes, sonidos, sensaciones gustativas, táctiles y olfativas, que pueden desencadenar en conductas violentas; mientras que los estupefacientes producen bienestar, euforia, una especie de aletargamiento como fase inicial, pero finalmente, también desencadenan conductas violentas, debido a la dependencia que producen en el individuo que las consume. La prueba de esta causal, indudablemente, se lleva a cabo por medio de dictamen pericial. Presten atención al consumo de drogas que sumen a la persona en estados deplorables tales, que les podrían suceder como al célebre personaje del anecdotario cartagenero, que nos reservamos el nombre, que se fumó el evangelio de San Lucas, al quedar sin droga que consumir, y feliz exclamaba: "San Lucas es un man legal!"

1.3 EMBRIAGUEZ HABITUAL

No siempre fue causal de Divorcio en nuestra legislación. Apareció por primera vez en la ley 84/1873, y establecía: “La embriaguez habitual de uno de los cónyuges”; no sufrió modificación alguna, por lo que en la Ley 25/92 se reguló igual.

Lo anterior quiere decir, que se necesita para su estructuración la Embriaguez propiamente dicha, entendida como la “turbación pasajera de las potencias”, resultado de haber consumido licor en abundancia; y la Habitualidad, que significa consumirlo de manera bastante regular y continua, hasta poderse calificar como consuetudinaria. Con ello se deduce que el consumo moderado, aunque habitual, siempre que no perturbe la normalidad del individuo no evidencia embriaguez, y con la habitualidad se convierte el fenómeno en una carga intolerable en la persona del cónyuge inocente.

Los resultados de la embriaguez habitual suelen ser en su mayoría dañinos para la relación conyugal, toda vez que se traducen en los efectos nocivos para los intereses económicos y hereditarios, falta de paz y sosiego doméstico, ausencia moral del cónyuge amigo, cómplice, amante, padre, y responsable del elemento o rol instrumental del hogar. No siempre tiene la misma incidencia en todos los hogares, ya que hace más daño en el cónyuge inocente, en cuyo seno familiar de origen y manejo de escala de valores personales, no vivió estas conductas, que en aquel cuyo hogar de origen, se prestó para que desde su infancia, se familiarizara con estos comportamientos.

Los comportamientos se deben a que una parte del alcohol consumido es transportado por la corriente sanguínea al cerebro y al sistema nervioso, donde produce efectos hipnóticos parecidos a los producidos por los barbitúricos. Los efectos se producen cuando se ataca el equilibrio normal entre dos fuerzas, como son los impulsos mentales, que le son propios a la personalidad básica de la persona, y una fuerza opuesta, como son las inhibiciones; o sea, las que mantienen al individuo bajo control, ya que son las reguladoras de los impulsos. El hombre prehistórico vivía de impulsos, pero que con el curso de la vida fueron mermando de acuerdo al uso de normas y comportamientos legales, reglas de etiqueta o sociales y personales; los impulsos son propios de las características hereditarias de la persona, y si estos permanecieran sin control, la persona viviría en constante conflicto, y es eso lo que precisamente sucede en la relación conyugal, cuando se toma en forma desmedida, colocando la paz y sosiego doméstico y familiar en general, en peligro. De allí el por qué, se tradujo en causal de divorcio: por los grandes estragos que puede ocasionar.

Por ello, antes de “morder cabuya”, debe tenerse en cuenta el sabio refrán “in vino veritas”, o sea, en el vino está la verdad, y es bien cierto, el vino encierra una gran verdad, porque detrás de los tragos y la farra se devela la verdadera personalidad del individuo. Para evitar problemas en el matrimonio por esta costumbre habitual, bien valdría la pena hacer uso de todo el acopio de la voluntad y disminuir la tentación, en aras de mantener a la familia unida. El aspecto probatorio de esta causal, es de delicada trascendencia, ya que basta probar la habitualidad, más no el alcoholismo como enfermedad, y sin mediar dictamen pericial alguno. Si bien, la

evaluación de esta causal debe ser prudente, medida por parte del juez, fue una causal creada para librar al cónyuge del simple fastidio que ésta produce.

1.4 LA SEPARACION DE CUERPOS

Es una causal de divorcio que operaba en el sentido de que ocurriera una separación judicial de dos años o más; la Ley 25/92 adicionó la “separación de hecho”, transcurrido el mismo tiempo, quedando así: “La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años”.

Antes, aunque la separación judicial hubiese sido contenciosa, bastaba el transcurso del tiempo mencionado para que la causal prosperara, independientemente de que existieran o no cónyuges culpables o inocentes, ya que el culpable de la separación inicial estaba facultado por el art. 156 C.C. a solicitar el “divorcio”, figura distinta de la “separación”, aunque hubiese dado lugar a los hechos que lo motivaron; hoy, todo lo anterior tiene lugar, ya que en esta causal, poco importa cónyuge culpable/inocente, tan solo el transcurso del tiempo. Por lo tanto, esta causal es objetiva.

La doctrina colombiana soluciona el hecho de la configuración de la Separación de Hecho, equiparándola a la *residencia separada de los cónyuges*. Es decir, que los mismos residan en lugares separados con mínimo dos años de anticipación para que proceda. Cuando siguen viviendo juntos y no hay trato conyugal ni “gateadas

nocturnas” entre ellos, la causal a la que debe acudir es a la del Abandono de los Deberes de Cónyuges, en este caso. Pero qué sucede en los casos en que la pareja por razones de cualquier otra índole, no hace vida marital, y, por mutuo acuerdo ha decidido continuar viviendo bajo el mismo techo, sin compartir lecho, mesa y demás; y conformes con ello, tampoco hay culpables o inocentes, como sucede con la causal de separación de hecho, pero no así, para la del Abandono de Deberes, donde si hay culpable o inocente.

En la situación antes mencionada, no se puede acudir a la causal del Abandono para impetrar el divorcio, pero tampoco a la de Separación de Hecho por dos años o más, según interpretación doctrinal. Irse al Mutuo Acuerdo, es una salida, pero no siempre resultaría, si hay asuntos conexos que acordar y que estén en disputa. Con este análisis se llega a la conclusión de que para el caso de la aplicación de esta causal, es válido también contemplar no solo el hecho, de que los cónyuges vivan en residencias separadas por dos años o más, sino que durante el mismo tiempo, se hallen separados dentro del mismo techo, lo que se probaría por declaración de las mismas partes, o sea, de los cónyuges incluso de las demás personas que forman parte del núcleo familiar; y, es porque, cada vez más se hace imposible que los individuos que antes conformaban una pareja y una familia, puedan, con el empobrecimiento que el divorcio ocasiona, costear nuevos hogares, y mal podría el legislador o la doctrina obligar a una pareja en la cual ya nada los une, salvo las necesidades económicas, continuar unidos, si así ya no lo desean, pudiendo hacer uso de la mencionada causal, independientemente de la aplicación que las demás causales que existen para ello, y que encuadren.

En todo caso, esta causal a pesar de haber dado motivo para discusiones jurisprudenciales (C-1495-00), en su redacción no distingue, y es sabido que donde el legislador no distingue, no le es no dable al intérprete hacerlo, por ello poco importa que separados, vivan o no bajo el mismo techo. Para que prospere, debe haber transcurrido el tiempo mencionado; que exista tal separación; que durante esos dos años no haya habido reconciliación; o por acumulación de tiempo de un año de separación de hecho, y un año de separación judicial, por sentencia ejecutoriada.

1.5 LAS RELACIONES SEXUALES EXTRAMATRIMONIALES

Es la primera causal que permite el Divorcio Vincular en Colombia. La causal completa rezaba: “La relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado”. Estudiemos esta causal desde tres puntos de vista: antecedentes; alcance de la expresión “relaciones sexuales”; y, qué se debe entender por haberlas consentido, perdonado o facilitado.

Con anterioridad a la Ley 1/76 la causal se tipificaba exclusivamente con el adulterio de la mujer, y como *contentillo* se complementaba con “el amancebamiento del varón”. Se quería decir con lo anterior, que el simple adulterio de la mujer daba lugar al divorcio, pero en el caso del hombre, no solo se le permitía ser infiel, sino que para que la causal se tipificara, los señores debían vivir amancebados con una amante, para considerársele atentado contra el honor de su mujer. Predicar que el adulterio de la mujer es atentado muy grave contra el

honor del marido, y que no lo era así respecto del marido contra el honor de su mujer, era lo más arcaico y machista del mundo. Por ello esta última expresión fue sabiamente suprimida de la causal.

En cuanto al alcance de la expresión “relaciones sexuales”, redactada en plural, anteriormente, se interpretaba que debían realizarse varios actos sexuales para encuadrarse; hoy, hay claridad en el sentido de que basta una sola relación como requisito para que se dé la causal, libre de ejercicio de violencia sobre la mujer, si fuere el caso; con plena conciencia de que se realiza faltando a la fidelidad con persona distinta del cónyuge; con persona del mismo sexo o sexo diferente, con animales o cadáveres. Preguntémonos, si la mujer que se practique una inseminación artificial sin el consentimiento del marido, incurriría o no en esta causal. Discusiones varias han surgido: la ausencia de cópula sexual indica que no hubo tal infidelidad, así como también por el uso autónomo, que de su cuerpo puede hacer la mujer; pero hay opiniones que afirman que infidelidad moral la hubo, por constituir ello un agravio y menosprecio hacia el marido.

Qué se debe entender por “haberlas consentido, perdonado o facilitado”; La C. Constitucional en sentencia C-660/2000, consideró la expresión inconstitucional. Tal como ésta lo venía expresando: la familia es institución básica de la sociedad, y está asociada a la primacía de los derechos inalienables de la persona humana, y al tiempo estableció como manera posible de crearla “la decisión libre de una hombre y una mujer de contraer matrimonio”, o “ la voluntad responsable de conformarla” (art. 42 de la C.N.); por ello la decisión íntima de perdonarlas no puede producir para quien padece el agravio, la consecuencia de perder el

derecho de intentar restablecer su vida conyugal y familiar manteniendo su vida en común. O sea, perdonarlas, consentirlas o facilitarlas, es cuestión de cada quien, sin dejar de lado el respeto a la dignidad de la persona de los cónyuges.

Preconstituir la prueba es realmente difícil porque el concepto está rodeado de carácter recóndito, tremendamente íntimo, y aportar pruebas fehacientemente violadoras de la intimidad de la situación, no podrían ser tomadas como tales ante un tribunal judicial, ya que sería darle vía a atacar otro derecho fundamental, cual es el de la Intimidad personal; esta causal puede acudir a la utilización de indicios que conduzcan al juzgador a presumirlas con claridad.

1.6 LOS ULTRAJES, TRATO CRUEL Y MALTRATAMIENTO DE OBRA

La Ley 25/92 la define como tercera causal de divorcio así: “los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra”. Redacción bastante acertada, ya que bajo la vigencia de la Ley 1/76 se le agregaba que “hiciesen peligrar la salud, la integridad corporal, o la vida de uno de los cónyuges o sus descendientes, o que hicieran imposibles la paz y el sosiego domésticos”. Ello implicaba que debían demostrarse por parte del cónyuge ofendido, hechos como golpes tan graves que dejaran al otro en estado casi comatoso, o insultos tan graves que fuesen capaces de afectar la psiquis, y que la situación fuera ya tan insoportable, que lo mejor era dar por terminado con el vínculo. Preguntémonos, por la salud física y psicológica de los hijos que se encontraban en medio de las constantes batallas campales; dónde quedaba la dignidad del cónyuge afectado, que debía demostrar casi, que

de lo contrario, sería el perfecto candidato a ser canonizado, en medio de circunstancias en donde la *tolerancia* era equiparada con la *capacidad de aguante en grado infrahumano*, para que prosperara la causal, sin perder de vista que el acervo probatorio, era sometido a cierto grado de discrecionalidad del juzgador.

Repetimos que es una redacción bastante acertada, ya que hoy no es necesario que se llegue a situaciones extremas como que peligre la vida de los cónyuges, hijos, o la paz y sosiego domésticos sean imposibles. Sabemos que el sentido que se le imprime a los ultrajes, trato cruel y maltrato de obra, cambian de un individuo a otro, dependiendo del grado de cultura, educación, sexo, edad, condición, género, e incluso salud psicológica y mental de cada individuo; por lo tanto, el ultraje, trato cruel o maltrato de obra, que para un cónyuge resulta grave, para otro no pasa de ser un pequeño impase vuelto costumbre. Es importante que la persona del cónyuge, no caiga en clichés como dice el canto vallenato: “de entre todas tu eres la reina”; o como por ejemplo: “el me pega, pero vuelve siempre a mí, él me quiere”; o peor, los consejos que da la familia: “con inteligencia y maña, lo cambiarás”. Lo anterior, porque si bien los comportamientos que encuadran la causal están bien definidos por la doctrina colombiana, tampoco debemos propender por una población sin valores, amor propio y autoestima, sentido de dignidad, y valor del compromiso conyugal. Igualmente, tampoco podemos exagerar con el uso de la causal, y caer en abusos por motivos baladíes. Cada pareja en su íntimo saber y entender, y con criterio de madurez, “*sabr*á cómo mata sus propias pulgas”.

Dice la doctrina que *ultraje* comprende hechos, escritos, palabras, señas, actitudes, poses, y todo lo que hiere la justa sensibilidad del cónyuge, que vulnere su honor, buen nombre, dignidad y le cause vejamen. *Trato Cruel*, es el sufrimiento moral o síquico, es causar con comportamiento malintencionado, sufrimiento moral, con sevicia y violencia. *Maltrato de obra*, es toda agresión física, como lesiones personales. (Procedimiento de Familia y del Menor, María Cristina Escudero. Leyer).

Como los comportamientos están redactados en plural, hay claridad en el sentido de que no es necesario que ocurran todos los comportamientos o varios de ellos, para ser tipificada, basta uno solo. Esta es una causal genérica, porque todas las demás encuadran en ella.

2. LA SOLIDARIDAD CON LOS DISCAPACITADOS MENTALES ENTRE EL ESTADO Y LA FAMILIA

Esperanza Lucia Álvarez Mendoza

RESUMEN

El objetivo es hacer una breve reseña y poder entender la obligación de solidaridad que debe tener la familia, cuando dentro del núcleo familiar existe un miembro que sufre discapacidad mental, especialmente cuando estos son adultos mayores, si se tiene en cuenta que estas personas son las que más crean dificultades para el desenvolvimiento de la vida en familia. Es por ello que la familia necesita buscar ayuda y asistencia psicológica externa, para poder seguir apoyando y acogiendo a estas personas discapacitadas en esta ardua labor que no solo corresponde al Estado, es mucho más importante la ayuda familiar para que puedan alcanzar una vida digna.

PALABRAS CLAVES.

Familia, Estado, solidaridad, discapacidad mental, adultos mayores, ayuda.

ABSTRACT

Objective is to do brief review and power to understand obligation of solidarity that must to have family, when within the familiar nucleus a member exists that

undergoes mental discapacidad, specially when these are adult greater, if it considers that these people are those who more create difficulties for the unfolding of the life in family. It is for that reason that the family needs to look for aid and external psychological attendance, to be able to continue supporting and welcoming in these people discapacitadas in this arduous work that not only corresponds to the State, it is much more important the familiar aid so that they can reach a worthy life.

KEY WORDS

Greater family, State, solidarity, discapacidad, adults, aid.

2.1 SOLIDARIDAD

El hombre siempre se ha considerado un ser social por su condición como tal, no puede prescindir el aislarse de las personas para desarrollar sus capacidades de una forma independiente. Con la internacionalización jurídica, producida por la inmigración y los avances tecnológicos, el hombre comienza a darse cuenta que la palabra solidaridad tiene un interés universal y es cuando a través de los tratados internacionales jurídicamente se han protegido muchos derechos por el bien de la humanidad. Podemos imaginar la palabra que nos invita a estar unidos. La actitud, positiva de ayuda que tenemos hacia los demás nos demuestra que somos personas solidarias, estimulada ante el sufrimiento de otras personas. Esta actitud es una decisión libre de ayudar al que más lo necesite y se encuentre en un estado de indefensión y de necesidad. La solidaridad nace del ser humano y se dirige hacia el ser humano.

2.2 HISTORIA DE LA PALABRA SOLIDARIDAD

Si nos remontamos a la historia la palabra solidaridad, esta proviene del latín solidita, haciendo referencia a algo físicamente entero, unido, compacto. La teología cristiana la adoptó enmarcándola desde el punto de vista de la sociedad, ya todos somos iguales, por ser hijos de Dios, aunque todos los hombres somos solidario por naturaleza, por el hecho de no vivir solos. La doctrina de la iglesia

entiende por solidaridad la igualdad de todos los hombres y de todos los pueblos que constituyen una unidad familiar. El tiempo nos ha enseñado que las grandes dificultades por las que ha pasado el ser humano por diferentes motivos, ya sea por las catástrofes naturales o las guerras producidas por el hombre contra el mismo hombre, se ha logrado crear conciencia a nivel internacional que debemos ayudar al prójimo desde el más cercano, empezando por la familia hasta el más distante, es por ello que a través de la globalización se pretende unir a las personas y a los países puestos que todos formamos parte del mundo sin importar donde estemos.

En la parte del derecho, la solidaridad implica responsabilidad compartida, de obligación conjunta. Jurídicamente Colombia es un estado social de derecho desde la adopción de la Constitución Política de 1991 y las obligaciones o responsabilidades tienen que ser compartidas entre el Estado y la sociedad.

2.3 PROTECCION INTERNACIONAL A LOS ENFERMOS MENTALES.

El protocolo adicional a la convención sobre Derechos Económicos Sociales, o Culturales de San Salvador, señala en su art. 9.1 que *“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios y pueda llevar una vida digna y decorosa”* También hace referencia en su ART. 18 a la protección a los minusválidos *“ Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin los*

*Estados partes se comprometen adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo física, mental y emocional de estos.*¹

2.4 SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de 1991 elevó como principio fundamental la solidaridad social como parte principal de un estado social de derecho integrado por el Estado y los particulares. En diferentes artículos como el 1º, 48 y 49 de la Constitución Política, y en varios pronunciamientos de la Corte hace referencia a la solidaridad, y en especial en su artículo 95 *numeral 2, según el cual es deber de todas las personas responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, y cuya primera manifestación, sin lugar a dudas, ha de darse entre los miembros de la familia, en caso de necesidad de uno de sus integrantes*”.²

Este principio ha sido objeto de múltiples pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, de las cuales resulta pertinente exponer estos apartes de algunas sentencias:

“Toda persona tiene el deber constitucional de obrar de conformidad con el principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. (C.N..art..95-

¹ DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES, O CULTURALES DE SAN SALVADOR. Art. 9.1.

² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Art. 95

2). *Las autoridades de la República, a su vez, tienen la función de asegurar de los deberes sociales de los particulares (C.N. art. 2º)... El principio de solidaridad social no sólo se circunscribe a eventos de catástrofes, accidentes, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social, en las cuales la acción del Estado depende de la contribución directa o indirecta de los asociados”.*

“El principio de solidaridad social ha dejado de ser un imperativo ético para convertirse en norma constitucional vinculante para todas las personas que integran la comunidad (C.N. art. 1º). La decisión de elevar a rango constitucional el principio de solidaridad tuvo su origen en el repudio a la injusticia social y en la convicción de que su gradual eliminación compromete a la sociedad entera y al Estado”.

El artículo 48, indica que la Seguridad Social debe ajustarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley.³

Con todos estos pronunciamientos ha quedado claro que es obligación del Estado y de los particulares ayudar y auxiliar a las personas, por ser este el fundamento mismo del Estado Social de Derecho y que se concreta de diferentes formas en los casos de quienes padecen dolencias particularmente gravosas “ *Es claro que el Estado tiene una obligación irrenunciable de favorecer especialmente a las personas que por su condición económica , física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad, tal y como lo consagra el artículo 13 de la Constitución Política y propender por su integridad social, más cuando el reconocimiento de la*

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Art. 48

dignidad humana se refuerza y se integra al garantizar las condiciones mínimas de subsistencia de las personas”⁴

2.5 SOLIDARIDAD DE LA FAMILIA CON LOS ENFERMOS MENTALES

La salud es un derecho fundamental por tener conexidad con el derecho a la vida, todos los individuos sin importar su condición social tenemos derechos a acceder a ella y es deber del Estado protegerla. Pero no solo es al Estado a quien corresponde esta protección, también obligación de la familia ayudar y brindar toda la solidaridad a la persona que en cualquier momento y circunstancia lo necesite.

En relación con los enfermos mentales por su condición psicológica mental, ya que se encuentra afectada, merecen mucha atención por parte del Estado comprometido en la prestación de los servicios de salud proporcionándole el mejor servicio médico científico admisible. Por ello es que las entidades administradoras de salud deben responder asignándole un médico adscrito a su red, quien será el que defina el grado de complejidad, donde debe estar: si en una clínica especializada para estos casos o con su familia de acuerdo a la evolución del tratamiento, partiendo que la salud es un bien jurídico que debe ser protegido por el Estado y por la sociedad. Los familiares de los enfermos mentales pueden contribuir muchísimo en aliviar ese dolor, y por ello es que deben buscar la asesoría e información necesaria que permita la estabilidad del paciente.

⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Art. 13

Los pacientes con enfermedad mental necesitan la comprensión, el cariño de la familia que los ayude a reintegrarse a un ambiente digno y acogedor. Cuando el enfermo mental es una persona adulta, es mucho más difícil para la familia porque tienen que dedicarles más tiempo y casi todo el día viven en función de ellos. Generalmente cuando ocurre esta situación en la familia, lo primero en que piensa es buscarle un sitio donde recluirlo, para poder estar ellos más tranquilos.

Algunos de estos enfermos presentan una patología intermitente hoy están bien pero mañana su comportamiento es extraño, presentado signos de agresividad; la familia está en la obligación de internarlo en una institución psiquiátrica para que le suministren un tratamiento adecuado, pero una vez presente niveles de recuperación, disminuyendo su agresividad, no existe la necesidad de que permanezca internado y el médico inmediatamente debe ordenar dar de alta a este paciente para que sea trasladado a su casa, ya que requiere cuidados intermedios pero no necesariamente bajo la modalidad de hospitalización psiquiátrica

Algunas familiares no aceptan que este enfermo regrese a su casa, prefieren mantenerlos alejados de sus hogares, no han aprendido a manejar esta situación, supuestamente se les estarían amenazando los derechos fundamentales a la salud, a la integridad física, a la vida en condiciones digna y a la paz, no solo la de su hijo enfermo sino a todo el núcleo familiar. Recordemos que la familia es la primera institución social, es anterior a la sociedad y al Estado, entidades que están instituidas en primer lugar para servir al bienestar de la familia, del cual dependen las condiciones de la sociedad y del Estado. Lo más notorio es que casi

siempre este núcleo familiar está compuesto por los padres, (algunas veces por la madre) hijos, nietos, yerno y nuera. Este fenómeno se está presentando en muchas familias en la actualidad, debido a la misma situación económica y social que vive el país, los hogares de los padres después de haber quedado solo en algunos casos, con un hijo que sufre algún problema de salud, en especial con enfermedades mentales, nuevamente se ven llenos, por el regreso de los hijos que alguna vez salieron de su hogar formando sus propios hogares o nunca han salido, sino que organizan su familia dentro del hogar de los padres, generando en estos una situación de incomodidad.

Es deber de la familia que conviven con estos enfermos brindarles un ambiente receptivo, para así poder continuar su tratamiento ambulatorio y convivir dentro del núcleo familiar, como es lógico les traerá alguna incomodidad y carga a todos, sin embargo ello es legítimo y debe ser admitido y aceptado como un deber de solidaridad que inclusive incumbe a toda la comunidad y por supuesto al Estado, pero más directamente a la familia, que así se convierte en un deber más obligante con respecto de las personas discapacitadas física o psíquicamente. El Estado tiene el deber de proporcionarle a la familia una asistencia social permanente tanto para el paciente como para la familia, que debe estar asistida en su circunstancia, labor de ayuda y control de su pariente disminuido. Además esta tarea corresponde principalmente a la madre por el mismo sentimiento maternal que tienen hacia sus hijos, nadie puede remplazar a los padres en el cumplimiento del primer deber ante los hijos, “deber que dicta antes el amor que la obligación”.

Pero sucede que, cuando ese núcleo familiar esta compuesto por los nietos se les hace un poco más dura, ya que tiene que compartir el tiempo entre cuidar a sus nietos y el hijo discapacitado por el hecho de que sus padres salen a trabajar y estos quedan el cuidado de ellos, de esta manera descuidando un poco sus obligaciones como padres ante el incapacitado. Los nietos tienen sus padres que deben encargarse de ellos, solo a falta de estos corresponde a los abuelos. Por ello es que los hijos no deben dejar toda la carga a sus padres o por lo menos hacer dentro de lo posible establecer sus propios hogares o buscar orientación y ayuda psicológica para poder saber sobrellevar la situación por el bien de todos.

Esta claro que la Constitución en su artículo 47 ordena una protección especial a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos porque, entre otras razones esas personas se encuentran es condición de debilidad manifiesta, pero esa protección corresponde **“tanto al Estado como a la familia”**, cumpliendo esta un papel preponderante. El Estado brindando el personal médico, medicamentos y si es el caso la hospitalización, pero la familia debe explorar otras posibilidades terapéuticas involucrando a las personas cercanas al paciente, sin dejar a un lado la continuidad del tratamiento prescrito por el médico para que haya efectividad.⁵

En ocasiones la familia abandona el cuidado y la atención de estos enfermos, influyendo en el proceso de recaída, olvidando que cuando en los hogares hay un enfermo que padece una enfermedad mental, si lo descuidamos en su tratamiento no solo se perjudica al que la padece, sino también a los que se encuentran al lado del enfermo. El cariño, el afecto y el respeto a su espacio físico, como es su

⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Art. 47

habitación y sus cosas personales son fundamentales en la recuperación del paciente. Existen casos en múltiples familias que rechazan a estos enfermos, con la sola indiferencia le dan a entender que son una carga y que es mejor mantenerlos alejados y la única forma es internándolos en una clínica de por vida, e inmediatamente comienza la lucha de manera obligante las EPS y a los médicos para que les autoricen la entrada definitiva a la clínica.

Recordemos que la familia es y debe ser presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes tanto para los niños como los enfermos mentales adultos, por su mismo estado de disminución física, sensorial y psíquica, son personas que se encuentran en una condición de debilidad manifiesta.

La estabilidad del ambiente físico familiar es fundamental para que el comportamiento de estas personas permanezca estable y seguro, en el mundo que los rodea y hacia otros seres humanos. Como también es sabido el Estado en estos casos cumple una función manifiestamente supletoria en cuanto al tratamiento médico, los medicamentos y la hospitalización, que son indispensables para que puedan llevar una vida plena y digna, consagrada en los tratados internacionales y en la Constitución Política.

Es notorio en nuestra sociedad que el representante legal del discapacitado mental cuando detecta que su familia llega a un estado de desesperación por el mismo entorno social y económico familiar en que se encuentra, ejercita mediante la acción de tutela contra la clínica y el médico tratante del paciente la presunta violación de sus derechos a la vida, la salud, la seguridad social y la dignidad

humana, de su hijo y su familia, para que este dictamine internar de por vida al enfermo mental. Entendemos que los médicos psiquiatras se encuentran regulados por la Asociación Colombiana Siquiatría, y los Principios Éticos y el Código Deontológico, y en consecuencia estos principios están enunciados de la siguiente manera: *“Como profesionales de la medicina, los siquiátras deben ser conscientes de las implicaciones éticas que se derivan del ejercicio de su profesión y de las exigencias éticas específicas de la especialidad de siquiatria. Como miembros de la sociedad, los siquiátras deben luchar por un tratamiento justo y equitativo de los enfermos mentales, en aras de una justicia social igual para todos.*

1. La siquiatria es una disciplina médica orientada a proporcionar el mejor tratamiento posible a los trastornos mentales, a la rehabilitación de individuos que sufren de enfermedad mental y a la promoción de la salud mental. Los psiquiatras atienden a sus pacientes proporcionándoles el mejor tratamiento posible, en concordancia con los conocimientos científicos aceptados y de acuerdo con unos principios éticos. Los siquiátras deben seleccionar intervenciones terapéuticas mínimamente restrictivas para la libertad del paciente, buscando asesoramiento en áreas de su trabajo en las que no tuvieran la experiencia necesaria. Además, los siquiátras deben ser conscientes y preocuparse de una distribución equitativa de los recursos sanitarios.

4. Cuando el paciente esté incapacitado o no pueda ejercer un juicio adecuado a causa de un trastorno mental, el siquiátra deberá consultar con su familia y, si fuera necesario, buscar consejo jurídico, con el objeto de salvaguardar la dignidad

humana y los derechos legales del paciente. No se debe llevar a cabo ningún tratamiento en contra de la voluntad del paciente, salvo que el no hacerlo ponga en peligro la vida del paciente o de aquéllos que lo rodean. El tratamiento debe guiarse siempre por el mejor interés del paciente. (Revista Colombiana de siquiatría)

Es por ello que los médicos siquiatras especialistas en los casos de enfermedades mentales después de atender el paciente y corroborar la efectividad de los medicamentos mediante su recuperación, pueden dictaminar el tipo de tratamiento a seguir el paciente, si continuar hospitalizado o en un tratamiento ambulatorio, no es competencia de los jueces intervenir en los conceptos de los especialistas. Mal harían los médicos si dictaminan la internación de por vida de un paciente que presenta una mejoría en su enfermedad mental, estarían violando el código de ética médica, donde se regulan las normas para la práctica de la psiquiatría acogida por la Asociación Mundial de Psiquiatría aprobada por la Declaración de Hawai.⁶

2.7 PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la obligación de solidaridad que debe existir entre el Estado y la familia en relación con la atención y recuperación de los enfermos mentales. La sentencia 209 de 1999 hace unos pronunciamientos al respecto:

⁶ ASOCIACIÓN COLOMBIANA SIQUIATRÍA

Cierto es que en principio, la atención y protección de los enfermos son responsabilidades que emanan del principio de autoconservación y se atribuyen en primer término al propio afectado. Si esto no acontece, se esperarí­a que por su naturaleza estos deberes surgieran de manera espontánea en el seno del núcleo familiar, respaldados siempre en los lazos de afecto que unen a sus miembros. Pero de no ser así, y con el propósito de guardar la integridad del ordenamiento jurídico y social, es posible recurrir al poder estatal. Pero, no puede pensarse que se procura establecer una obligación absoluta y desconsiderada. La asistencia que se predica de la familia respecto de sus miembros enfermos, debe ser establecida de cara a la naturaleza de la enfermedad que se enfrenta y teniendo en cuenta los recursos económicos y logísticos de que se disponga. De este modo, ya sea que se trate de un paciente hospitalizado o de alguien que puede permanecer en su hogar, han de buscarse los medios adecuados para que, juntos con la terapia médica convencional, los familiares puedan contribuir al proceso de alivio. Será entonces necesaria la coordinación de esfuerzos para que los particulares cuenten con la asesoría e información necesarias que permitan contribuir eficazmente a la mejora o estabilidad del enfermo. La familia goza de ciertos derechos por los cuales también ha de velarse. Se trata aquí de una armonización de intereses.

No es posible decir entonces, que la familia no está involucrada en el proceso de tratamiento de la enfermedad que sufre uno de sus integrantes; poderosas razones que como hemos visto, se sustentan en la definición del derecho a la salud, en el respeto de la dignidad humana y en el ejercicio del principio de

solidaridad, impiden que se eluda la responsabilidad de este organismo social frente a la atención y protección de los enfermos.

En cuanto a la atención de la salud, la Corte ha señalado que se trata de un deber que se predica en primer lugar del aquejado (art. 49 C.P., inc. final). "Subsidiariamente le corresponderá atenderlo a la familia, pero solo cuando hay una palpable indefensión para el enfermo, y, con fundamento en el artículo 5º de la C. P., a falta de ésta, será el Estado y la sociedad quienes acudirán en defensa del impedido".⁷

Cierto es que en principio, la atención y protección de los enfermos son responsabilidades que emanan del principio de autoconservación y se atribuyen en primer término al propio afectado. Si esto no acontece, se esperaría que por su naturaleza estos deberes surgieran de manera espontánea en el seno del núcleo familiar, respaldados siempre en los lazos de afecto que unen a sus miembros. Pero de no ser así, y con el propósito de guardar la integridad del ordenamiento jurídico y social, es posible recurrir al poder estatal. La Corte ha dicho que "la defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir - dentro del marco institucional-, para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud".⁸

Por todos estos pronunciamientos de la Corte Constitucional y por el principio de solidaridad enmarcado en la Constitución Política el Estado tiene la obligación de

⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Art. 5.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA 209 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz

brindar a los enfermos mentales el tratamiento médico dictaminado por el especialista en la materia hasta la estabilización del paciente, pero es mucho más importante el cariño, comprensión y afecto por parte de la familia para una efectiva recuperación y pueda llevar una vida digna, con el apoyo del Estado partiendo del principio de la solidaridad entre el Estado y la Familia

CONCLUSIÓN

La solidaridad Estado y Familia, ha sido uno de los principios fundamentales para la efectividad en la recuperación de los enfermos mentales, el Estado suministrando los medicamentos y todo el equipo técnico científico, como es el caso de los siquiátras, estos siempre conservando su ética médica en los dictámenes a seguir en los tratamientos médicos ya sean hospitalarios o intrahospitalarios.

Pero no solo la recuperación de los enfermos mentales corresponde al Estado es mucho más importante la aceptación y comprensión de la familia, por ser esta anterior a la sociedad y al Estado. A través de la demostración de cariño, afecto, cumpliendo con el deber y la obligación de que ellos continúen con su tratamiento, y en muchos casos respetándole su espacio, contribuyen para que puedan seguir llevando una vida digna tanto el enfermo como su núcleo familiar. Comprensión y aceptación que debe tener orientación y ayuda por parte del Estado, por lo que no es fácil manejar el comportamiento de un enfermo que padece trastornos mentales, con mucha más razón cuando son personas adultas. Es por ello que el Estado y la Familia deben estar unidos solidariamente.

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, República de Colombia. Ministerio de justicia y del Derecho. Art. 1ª, 48, 49, 95 Imprenta Nacional. 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA. 209 de 1999 M.P Carlos Gaviria Díaz.

Derechos Económicos Sociales, o Culturales de San Salvador, Art. 9.1, 18

LEY 100 DE 1993. Seguridad Social Integral .Congreso de la República de Colombia.

REVISTA COLOMBIANA DE PSIQUIATRÍA v.3 n.3 Bogotá/ Julio de 2006.