

SOBRE LA PERSONA Y LA FAMILIA

A PROPÓSITO DE UNA *TEORÍA GENERAL DE NIÑEZ*

Y ADOLESCENCIA

TEJERO LÓPEZ, CARLOS ENRIQUE

Cátedra por la Niñez de Colombia
Ciro Angarita, UNICEF Colombia,
Fundación Restrepo Barco, Fundación FES,
Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes,
Santafé de Bogotá, 1998,
239 páginas.

A MANERA DE PRESENTACIÓN

Los días de descanso –tan necesarios en la vida intelectual, porque regocijan el alma– son una oportunidad, como pocas, para dedicarse a actividades que no siempre son posibles en la tensión de la vida diaria. Son días propicios para el enriquecimiento interior, el silencio, el encuentro con la familia, el diálogo con los amigos, la lectura de libros sugerentes, la reflexión y la contemplación. En estos días de reconfortante sosiego físico y espiritual –después de mi retiro de la dirección del Instituto de Humanidades de la Universidad de La Sabana– he leído, de manera sosegada, el libro *Teoría general de niñez y adolescencia* de Carlos Enrique Tejeiro López. Por deferencia del profesor Tejeiro –quien en 1995 integró la Comisión Asesora del Gobierno Nacional para la Revisión y Reforma del Código del Menor, época en la cual

yo era Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana– conocí los trabajos que presentó a la mencionada Comisión y que hoy se recogen, de manera articulada, en su primer libro. Recuerdo, con alegría, esos enriquecedores diálogos –«tertulias académicas» los denominamos–, en los que, además de comentar los desarrollos de los programas de las asignaturas que en esa época impartíamos, conversábamos largamente sobre los escritos que cada uno presentaba a la criba del otro. Esos coloquios intelectuales, en estos años, han continuado y nos han permitido, a cada uno, adentrarnos en el área del conocimiento del otro; pero en ellos lo más importante ha sido –ése es mi parecer– el haber hecho real la condición dialógica del ser humano, el ser conscientes de que no hay, ni puede haber, autosuficiencia con los amigos, porque la capacidad de darse, ese disponer de la propia interioridad y entregársela a otro, es, entre los amigos, inagotable.

Las reflexiones que hoy presento no son, por tanto, las primeras impresiones de un texto que recién se lee; son, por el contrario, el fruto de una relectura, de una lectura pausada, pensada y dialogada varias veces con el autor. Han sido tan sugerentes las ideas que me ha suscitado este libro, lo que de por sí lo convierte en una obra recomendable, que este escrito no puede considerarse como un simple comentario de texto, porque si bien las ideas expuestas se han alimentado y ordenado a partir de la obra de Tejeiro, su alcance es mayor, en el sentido de que aborda cuestiones no desarrolladas en la *Teoría general de niñez y adolescencia*. Por ello, más que identificar los temas en los que tengo con el profesor Tejeiro total convergencia –que no son meramente aparentes–, intentaré señalar en este escrito, de manera crítica, algunas cuestiones en las que, a mi juicio, se puede complementar la concepción del mencionado autor. Lo común aparecerá, por tanto, a través de las diferencias, porque lo común es aquello que guarda relación con lo que uno tiene; es *como uno*, aunque no es uno, sino diferente. Lo que pretendo, a partir de la obra de Tejeiro, es *recoger de abajo hacia arriba*, pero también *hacia adentro*: movimientos, todos ellos, base del conocer humano. En definitiva: volver a realidad misma. En este caso, reflexionar sobre la persona y la familia.

Doy por supuesto –considero importante decirlo– que la búsqueda de la verdad es inagotable; por ende, estas reflexiones, más que un punto de llegada, son un punto de partida para un diálogo que con tanta insistencia el autor, en su obra, reclama. No se piense, por tanto, que las cuestiones que planteo están desarrolladas de manera definitiva. En estas páginas sólo se ofrece un camino con el que se intenta precisar algunas cuestiones esenciales para una filosofía jurídica de la persona y de la familia.

Carlos Enrique Tejeiro López es abogado de la Universidad de Los Andes, profesor en esa misma institución educativa, Magíster en De-

recho Comparado de la Universidad Johannes Gutenberg, de Mainz, Alemania, y actualmente doctorando de esa misma Universidad. Fue miembro del Grupo de Reflexión por la Infancia, convocado en 1996 por el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, las Fundaciones FES y Restrepo Barco, así como por la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Entidades que crearon, en noviembre de 1997, la Cátedra Ciro Angarita por la Infancia –de la que fue fundador– y que publicaron, en una coedición muy bien lograda, el libro *Teoría general de niñez y adolescencia*.

La presentación de la obra la realiza el representante de UNICEF para Colombia y Venezuela, Carel de Rooy, quien resalta, del libro de Tejeiro «el valor de la perspectiva de derechos y la Doctrina de la Protección Integral como bases fundamentales para la construcción y consideración de la democracia» (pág. 11). En el Prólogo, Emilio García Méndez afirma que éste es «un texto clave en y para la transición de la consideración socio-jurídica de la infancia en Colombia» (pág. 15). A juicio de este autor, el aporte de la obra es doble: por una parte, es un estudio que contribuye a «cerrar la brecha técnico-jurídica y político-cultural entre el derecho de familia y el derecho de menores» (pág. 16); por otra, es un libro fundamental «para el proceso de reforma legislativa que, tarde o temprano, colocará a Colombia en la órbita de la Doctrina de la Protección Integral» (ibídem).

El objetivo de la *Teoría general de niñez y adolescencia* –así lo dice su autor–, es presentar «un esfuerzo de adecuación, de constitucionalización del sistema positivo para hacer cierto un espacio jurídico de la infancia» (pág. 18). Objetivo que cumple ampliamente. La obra está dividida en siete capítulos, de muy desigual extensión, y tiene doscientas setenta y cuatro notas de pie de página y doscientas treinta y nueve páginas, en las que se incluye como anexo la Convención Internacional de los Derechos del

Niño. El primer capítulo, «De la doctrina de la situación irregular hacia las nuevas formas interdisciplinarias del concepto de niñez. El caso colombiano» (págs. 29 a 60), es una buena síntesis del tránsito de la concepción de la situación irregular del menor a la protección integral del niño, que se complementa con el capítulo segundo, «De las medidas de protección y las causales para su aplicación, a la luz de la doctrina de la protección integral» (págs. 61 a 72). En el capítulo tercero, «De las concepciones y los mitos» (págs. 73 a 96), el autor inicia el estudio de los conceptos de niñez, adolescencia, familia y persona, que son ampliados en los capítulos cuarto y quinto, los cuales llevan por título «Familia y comunidad: consideraciones alrededor de la ética convencional y su relación con la ley escrita» (págs. 97 a 122) y «Hacia la adecuación legislativa en Colombia: el concepto de interés superior del niño» (págs. 123 a 161). El capítulo más corto es el sexto, «Algunas consideraciones alrededor de la edad mínima de la inimputabilidad penal del niño» (págs. 153 a 161), con nueve páginas y sin ninguna nota de pie de página; el más extenso es el séptimo, «Comentarios a la Reforma del Código del Menor. El caso colombiano» (págs. 163 a 206), con cuarenta y cuatro páginas y cuarenta y cinco notas de pie de página.

No se trata de una obra de simple técnica jurídica, aunque ella desarrolle de manera amplia cuestiones puntuales sobre la situación de la legislación del menor en Colombia; su pretensión, como ya he dicho, es mayor, porque intenta delimitar las cuestiones esenciales para formular una *Teoría general de niñez y adolescencia*: de ahí que el título de la obra corresponda con lo desarrollado en el texto.

DE LA NECESIDAD DE UN ENFOQUE INTERDISCIPLINARIO

Desde la Introducción de su obra, Tejeiro da cuenta de su preocupación –existente en él

desde la década de los setenta– de que lo jurídico se debe interpretar y aplicar a partir de las realidades sociales. Es, a su juicio, la Sociología del Derecho –que entiende como la «ciencia que estudia la naturaleza social de la ley y visualiza los cuerpos legislativos desde las contradicciones mismas de las sociedades que tratan de regular» (pág. 45)– la ciencia adecuada para articular una visión interdisciplinaria del menor y la familia. De ahí que lo que el autor denomina «la cuestión del menor» no sea una temática «privativa del derecho como ciencia abstracta y de la ley como mecanismo concreto de regulación legal» (pág. 46), sino «materia especialmente intrincada que le compete a todo el quehacer académico de las sociedades contemporáneas» (ibídem). El derecho –que el autor, siguiendo a Radbruch, cualifica como social– adquiere plena vigencia a partir de la implementación de la Convención de los Derechos del Niño, de la promulgación de la Constitución Política de Colombia y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

No creo que sea objeto de discusión alguna –por el contrario: en ello hay una concepción apoyada por un sector mayoritario de la doctrina– que el estudio de lo humano, más en el estado actual de la ciencia, requiera de la interdisciplinariedad o diálogo entre especialistas de distintas ciencias, para que ellos presenten, desde su propio saber, su especial aporte al conocimiento de la realidad. La visión interdisciplinaria exige reivindicar las ciencias, aceptar que cada una debe proceder según su objeto, sus principios, métodos y reglas; reconocer su autonomía, pero también admitir la complementariedad y la jerarquía entre los saberes. Ello implica, en consecuencia, reconocer que hay saberes que se caracterizan por trabajar con verdades universales, que no es lo mismo que decir verdades absolutas y, mucho menos, dogmáticas. La verdad –considero oportuno decirlo desde ya– no es dogmática: es abierta, se enriquece a lo largo de la historia, reclama

la libertad y la vivencia personal. Decir que la verdad es universal significa que el ejercicio de la razón puede ser reiterado, que la verdad puede pertenecer a todos, que no es meramente histórica ni propia de cada época, aunque se dé en la historia. Esa reivindicación de las verdades universales comprende, de manera primordial, a la teología y a la filosofía.

Las ciencias, frente a estos saberes universales, son saberes desde una propia perspectiva. Lo que distingue y hace específica a cada ciencia no es la realidad u objeto material, sino las perspectivas formales de conceptualización u objeto formal. Los conceptos que elaboran no son absolutos, sino que representan la realidad que es abordada desde diversos modos de conceptualización. De ahí que las ciencias, aunque sean autónomas, no forman compartimientos estancos, porque el saber es interdependiente y complementario.

Es legítimo, por tanto, que se aborde el estudio de la persona y de la familia desde el modo de conceptualización de la sociología; lo que, a mi juicio, no sería legítimo es pretender que la perspectiva sociológica sea la única habilitada para conocer lo que en la realidad son la persona y la familia, indagar sobre sus fines, principios, derechos, en cualquier sociedad o época histórica; porque, para ello —ése es mi criterio—, la perspectiva sociológica resulta insuficiente. Pero hay algo más. En ese intento por elaborar una teoría sobre la familia, el conocimiento de los hechos, de lo meramente puntual o fáctico, impediría —en su sentido estricto— la elaboración de una teoría, sea ésta de la niñez y adolescencia, o de la persona y la familia, porque, por una parte, los hechos en sí mismos no permiten la conceptualización de ninguna realidad, y, por otra, porque los datos dejarían de tener tal carácter para pasar a ser datos leídos desde un especial modo de conceptualización. La teoría —así se advierte desde su propia etimología— tie-

ne que ver con la visión de la realidad, con las ideas, y trabaja con conceptos que son universales y que no tienen la peculiaridad de la existencia singular. Es por ello que para adentrarse en el estudio de la familia se deben tener en cuenta los datos empíricos. Pero ello solo no basta; es necesario trascenderlos, lo que, en definitiva, implica realizar el paso del fenómeno al fundamento.

No se piense, sin embargo, que esa tarea de la búsqueda del fundamento le es ajena al jurista; por el contrario, a él le corresponde conocer la dimensión jurídica de la realidad, lo que es tanto como decir que debe determinar la razón jurídica de las cosas mismas. Se trata, sin duda alguna, de una reflexión filosófica *sobre las cosas*. Es cierto que el jurista, al ejercitarse en el pensamiento iusfilosófico de esta forma, obra sin límites de fronteras, pero al hacerlo expresa una sola de sus significaciones: la jurídica. La juridicidad es, por tanto, la dimensión especialísima de la realidad humana que no se reduce a la normatividad, pues está orientada a la acción de darle a cada quien lo suyo, esto es, a hacer efectiva la justicia. Derecho y realidad son interdependientes, porque lo jurídico es una dimensión de lo real. Y la juridicidad personal y familiar es lo que este escrito quiere abordar.

La actividad del jurista no se reduce, por tanto, a la interpretación y aplicación de las leyes; a él le corresponde, de manera especial, indagar en las estructuras ontológicas de lo *humanum*, en las que el derecho tiene su razón de ser. Por ello es aconsejable que el jurista, en el estudio de cualquier institución, evite ser víctima de lo inmediato y procure adoptar una actitud prudente, que le permita abstenerse, en el intento de buscar el fundamento, de hacer exclusivamente afirmaciones contingentes, culturales o históricas, sobre la institución que estudia. Lo primario, también para el jurista, es partir de la realidad: no desconocerla ni distorsionarla ni traicionarla ni ocultarla.

DE LA NECESIDAD DE UN CAMBIO DE PARADIGMA

Tejeiro también afirma que el estudio del menor, del adolescente y de la familia debe abandonar el marco iuspositivista clásico, en el que predominan las relaciones dogmático-jurídicas, y adentrarse en una concepción interdisciplinaria que tenga presente la realidad social cambiante, esto es, que determine las relaciones empírico-causales relevantes para el derecho positivo. El autor sintetiza lo que pretende en la siguiente afirmación: «pasar de la formulación del 'deber-ser' al 'ser'» (pág. 55); esto es lo que denomina «cambio de paradigma o perspectiva» (págs. 90, 91, 93 y 99), para, de esta forma, elaborar un nuevo marco metodológico y conceptual que permita, a partir de los hechos mismos y de los preceptos ético-jurídicos pactados a nivel internacional, el estudio del menor y del adolescente. Este nuevo paradigma, que supone un cambio de mentalidad, tendría un carácter consensual. Desde esta perspectiva, la ley sería expresión de consenso, no ajena a consideraciones éticas, porque en la ley se aceptan unos presupuestos éticos que subyacen a lo regulado (págs. 107 y 144). De esta forma, la *regla social* transformaría las conductas individual y social (pág. 56, nota 48).

Puede ser comprensible, en el caso de Tejeiro, que su preocupación por el enfoque sociológico se explique –así me parece advertirlo en algunos apartes de su libro– por su deseo de criticar el formalismo jurídico, que ha imperado durante gran parte del siglo XX. Pero no podría afirmar que el cambio de paradigma que él propone sea suficiente para superar el formalismo jurídico que él también critica, porque, a mi juicio, su reflexión parecería estar orientada a superar el «deber-ser» y a centrarse en «el ser», que reduciría a los simples hechos. Afirmar que los deberes se fundan en el querer del sujeto o en el consenso llevaría a no aceptar una funda-

mentación de carácter objetivo del derecho y, por ende, a rechazar cualquier intento de fundar los contenidos morales y jurídicos a partir del mismo ser del hombre y de la sociedad. Soy más de la idea de que un *auténtico cambio de paradigma* debe partir –lo reitero– de las cosas mismas, es decir, se debe estudiar lo jurídico a partir de la realidad de lo humano. Ese cambio de paradigma, ese volver a las cosas, exige arraigar la normatividad práctica –tanto moral como jurídica– en el *ser*, no en los hechos, porque la ciencia jurídica no es ciencia de hechos, sino saber práctico de lo que debe obrarse.

Ese cambio de paradigma, a mi juicio, no puede abandonar ni el *ser* ni el *deber-ser*, porque sin el uno y el otro no podría entenderse en su última radicalidad lo que es el derecho. El enfoque de Tejeiro corre el peligro de hacer caer a quien lo siga en una falacia naturalista, por la que, por ejemplo, a una pauta sociológica dominante se le da el carácter de regla jurídica. De esta forma, el nuevo paradigma –para hacer uso de la terminología de Tejeiro– estaría en el hombre mismo, siempre evitando incurrir en el paso indebido del hecho a la prescripción. De ahí que le corresponda al jurista determinar qué se entiende, en sentido jurídico, por persona.

Hay que reconocer que, a pesar de la abundante producción científica sobre el concepto jurídico de persona –estudios elaborados especialmente desde la perspectiva civilista–, esta cuestión aparece rodeada de equívocos y vacilaciones. Los estudios jurídicos sobre la persona se acrecentaron después de la Segunda Guerra Mundial, reelaboración que, entre otras razones, se ha justificado por la forma como el pensamiento jurídico contemporáneo ha abordado el tema de los derechos humanos, porque el intento de determinar qué sean estos derechos replantea las mismas nociones de derecho y de persona.

Sobre la forma como se entiende la relación entre el concepto filosófico y el concepto jurídi-

co de persona pueden plantearse dos diferentes posturas. La primera, defendida por el normativismo jurídico, según la cual hay una clara desvinculación entre uno y otro concepto. Se trata de realidades distintas, que no tienen nada en común. Desde otra perspectiva, propia del realismo metafísico o clásico, el concepto filosófico y el concepto jurídico de persona tienen notas distintas, pero se refieren, cada uno desde el modo de conceptualización propio de su ciencia, a una misma realidad.

Tejeiro hace eco de la primera postura: con Recaséns Siches, afirma que el concepto de persona «significa, no la auténtica realidad de lo humano, sino una categoría abstracta y genérica», que «deviene en la fuente de derechos materiales y de la personalidad» (pág. 95). Es clara, en esta concepción, la influencia del pensamiento kelseniano, según el cual el concepto jurídico –también el de persona– es mera descripción de formas puras. De ahí que el autor de la *Teoría pura del derecho* distinga –distinción que acepta Tejeiro– entre el concepto de hombre y el de persona. Se trata de conceptos heterogéneos, que surgen de un diverso modo de conceptualización.

Para la otra postura, en la que yo me ubico, el concepto filosófico y el concepto jurídico de persona son una forma de aprehender la realidad humana, de captar, cada ciencia en su propio modo de conceptualización, las propiedades inteligibles del ser humano. De esta forma, el concepto jurídico, como todo concepto, es un proceso de abstracción y universalización que prescinde de las notas individuales de la realidad que se conoce, pero que parte de ella. Resulta paradójico, si he entendido bien al autor, que Tejeiro insista en una concepción formalista del concepto de persona, cuando él mismo considera que el saber jurídico debe estar centrado en los hechos. Es claro, por tanto, que el concepto jurídico no es una descripción de formas puras. Y no lo es –ése es mi criterio–,

porque el objeto material de la ciencia del derecho no radica en las ideas ni en las interpretaciones que los juristas han hecho de los diversos y variados problemas de este saber; la ciencia jurídica tiene como objeto propio e inmediato –insisto una vez más en esta idea– las relaciones sociales realmente existentes y está orientada a establecer los límites entre lo justo y lo injusto. El objeto formal, o la perspectiva desde la cual se resalta el aspecto jurídico de una relación social, no es la mera proyección de categorías subjetivas, sino que el jurista atiende a la apelación de inteligibilidad que brota de la misma realidad. Esto supone partir de la realidad de las cosas, volver al ser, porque en la base de toda realidad está, como substrato último e irreductible, el ser. En el caso del concepto jurídico de persona, este ser corresponde al hombre mismo.

Se entiende, desde esta consideración, que la naturaleza jurídica no sea autónoma ni autosuficiente ni tampoco sustancial, sino que sea la entidad de lo realizable, por estar referida, precisamente, al ámbito del ser personal, del que el saber jurídico, como conocimiento práctico, extrae aquello que debe hacerse, esto es, el ser en cuanto realizable. Entre el *ser* y el *deber-ser* no hay, por tanto, ruptura: son realidades análogas. El derecho supone la correspondencia entre ser y deber-ser. Esto significa, entre otras cosas, que el derecho no tiene un carácter sustancial, sino relacional: la totalidad del derecho no es unidad de normas, es *unidad de relaciones*. De esta forma, el sentido de lo jurídico debe referirse simultáneamente al mundo del ser y del deber-ser.

La idea central puede ser presentada de manera distinta: el ser del hombre no es estático sino dinámico. El hombre es, pero su ser le exige ser mejor. Esta exigencia es de carácter ontológico y se expresa en forma de deber-ser. El ser, por tanto, no se confunde con el deber-ser: lo fundamenta. Sin el ser no existiría el

ámbito de lo realizable, de lo que debe hacerse. Sin el ser no podrían plantearse ni la moralidad ni la juridicidad, que, desde esta consideración, tienen un carácter ontológico y, por ende, natural.

Reconocer, por tanto, una dimensión jurídica natural en el hombre no es incurrir en una falacia naturalista ni hacer un tránsito indebido entre el ser y el deber-ser. Es, por el contrario, evitar caer en una falacia normativista o partir de reflexiones exclusivamente normativas para inferir –según escribe Höffe– obligaciones específicas o concretas de la vida y la convivencia humanas. Debe recordarse que no todo tránsito entre el ser y el deber-ser es falaz. Hay un paso real y necesario del ser al deber-ser –así lo han puesto de relieve, entre otros, Höffe y Kaufmann– que se explica por la dinamicidad que de suyo tiene el ser personal.

SOBRE EL INDIVIDUO Y LA PERSONA

Según Tejeiro, el Código Civil colombiano ha determinado el concepto jurídico de persona con base en la noción jurídica de capacidad, lo que explica que se considere al «niño como menor (no capaz)» (pág. 34). Como he demostrado en diversos trabajos, la definición de persona con base en la noción de capacidad parece haber sido una contribución de la pandectística alemana, teoría que no ha sido, a pesar de lo que afirme la doctrina civilista, incorporada en la legislación civil colombiana.

Tejeiro, al interpretar los artículos 73 y 74 de ese mismo Estatuto –para los que «Las personas son naturales o jurídicas» y «Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición»–, considera, por una parte, que el Código Civil acepta el dualismo metódico que entiende al *ser* y al *deber-ser* como diferentes; por otra, que el concepto de individuo es la base para

conceptualizar la persona: uno y otro concepto tendrían «relación de especie a componente o subespecie, de lo cual podría deducirse que el uno no existiría sin la presencia del otro» (pág. 94). Esta concepción implica aceptar –así lo afirma Tejeiro– «el postulado positivista de visualizar la relación individuo-Estado como aspecto predominante en la disertación acerca de la naturaleza de éste: quiere decir, el Estado se coloca en el extremo del individuo y le otorga reconocimiento a través del derecho» (ibídem).

Debo recordar que definir es situar lo definido en un concepto más amplio y determinar específicamente su diferencia. Se definen las cosas, las especies, pero no las personas. En este sentido, como afirma Tejeiro, considerar a la persona como *individuo de la especie humana* podría llevar a afirmar que, en esa definición, el género sea la especie humana, y la diferencia específica, el ser individuo de naturaleza racional. Sin embargo, porque la persona humana es más que la naturaleza individuada, al ser superior a la especie humana: realidad humana singular e irrepetible, no puede ser, en estricto sentido, definida. El que el Código Civil colombiano intente una aproximación a la noción jurídica de persona es una forma de resaltar la unidad real entre el hombre y la persona y de hacer uso de una terminología más propia del lenguaje corriente que del saber filosófico o jurídico. Es importante resaltar que la definición que trae el Código Civil colombiano es la misma del Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

Creo advertir en la crítica que Tejeiro hace a la noción de individuo una influencia de la concepción de Radbruch sobre el hombre y la persona. A mi juicio, lo que quiere darse a entender con la palabra «individuo» es la existencia de una realidad singular y no meramente universal. Así pues, el término persona designa a cada hombre en su singularidad existencial: al individuo humano.

La individualidad de cada ser humano radica en la *incomunicabilidad* del ser personal, que lo hace enteramente otro respecto de los demás seres. La persona no es simple parte de un todo: es enteramente ella misma; esto es lo que la hace no dominable, no aprehensible, no esclava de nadie. Que sea individuo –ser singular y concreto– en nada se opone a que el hombre tenga de manera constitutiva una dimensión relacional, que lo abre al mundo y a las demás personas.

De esta forma, la preocupación de Tejeiro en el sentido de que la individualidad excluye la relación está superada y fundamentada, porque sin que el hombre singular y concreto sea enteramente otro no puede darse relación de ninguna índole. Debo insistir en esta idea. La persona, además de subsistir, coexiste, porque su ser, constitutivamente, es dialógico, está abierto a crecer siempre más. En este sentido, puede decirse que la persona es capaz de dar, y lo es, precisamente, porque su ser es *donal*. Quien da se enriquece, se abre más a los demás y al hacerlo no sólo se acepta a sí mismo, sino que acepta a los demás en su ser. Esa apertura radical lo hace *cognoscente*, abierto a la verdad, y *amante*, abierto al amor. La persona crece incesantemente conociendo y amando.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONCEPTO PERSONA

El énfasis que el ordenamiento jurídico colombiano ha dado a la concepción civilista de persona es, según Tejeiro, un caso concreto de «desconstitucionalización», en el entendido de que la «constitucionalización» hace «referencia a la necesidad de adecuar las leyes, decretos, etc., a los postulados de la Constitución Política, en lo que tiene que ver con los criterios de prevalencia de los derechos de los niños, el concepto de dignidad de la persona, la pluriculturalidad, tolerancia, etc., como principios rectores de la

Carta que requieren tratamiento detallado en las leyes» (pág. 96, nota 127). Y es que la Constitución de 1991 –así lo reconoce Tejeiro– introduce principios y postulados de diversas corrientes del pensamiento; en especial, la Carta Política insiste «en el concepto de ‘persona’ y en la búsqueda de su dignidad» (pág. 79). Es tarea de todo el ordenamiento jurídico procurar que se realice el último fin de lo social: permitir la potencialidad de la persona; que ella pueda acceder a lo que debería ser, como construcción social y como valor individual (pág. 101).

Es cierto que el actual Estatuto Superior de Colombia constitucionaliza el concepto de persona, pero no para escindir el concepto de hombre del concepto de persona sino, por el contrario, para resaltar esa unidad. La Carta Política establece, en su artículo primero, como principio del ordenamiento jurídico, el «respeto a la dignidad humana», que se predica de todo ser humano, quien tiene, a su vez, derecho, de conformidad con el artículo 14 constitucional, al «reconocimiento de su personalidad jurídica», la cual consiste en la titularidad de derechos, que el propio Estatuto Superior cualifica como «inalienables de la persona» (artículo 5 *ibídem*) o «inherentes a la persona humana» (artículo 94 *ibídem*).

La Carta Política, en igual forma, constitucionaliza la distinción del Código Civil colombiano entre persona natural y persona jurídica (artículos 92, 136.5, 137, 180.4, 355). Mal podría, por tanto, afirmarse que considerar a la persona como *individuo de la especie humana* es un caso concreto de desconstitucionalización, porque es la misma Constitución la que admite, como lo hace el Código Civil, que hay personas naturales y personas jurídicas. La persona natural es el hombre singular y concreto, el individuo de la especie humana, al que la Corte Constitucional le ha reconocido su condición de sujeto de derecho y de sujeto moral. Esta dimensión moral, que para el Alto Tribunal hace

ma hay una estrecha relación: la familia está conformada por personas, seres humanos únicos e irrepetibles que tienen el derecho a ser concebidos, a nacer, a crecer y a morir en el seno mismo de la familia, que, en este sentido, puede ser entendida –según palabras de Viladrich– como «hábitat personal primario», el lugar donde los seres humanos descubren el significado de la dignidad de la persona, porque lo digno del hombre es que sea tratado conforme a su ser. Sin persona no hay familia y sin familia no existe sociedad. Familia y persona se copertenecen, porque la persona es un ser familiar y la familia una comunidad de personas. Afirmar a la persona es afirmar a la familia, así como afirmar a la familia es afirmar a la persona. La persona es familia porque coexiste familiarmente con los demás y en la medida en que es un ser familiar, es social.

Así como la persona es sujeto titular natural de derechos, en igual forma, la familia es una comunidad jurídica natural. Se trata, en efecto, de una comunidad de personas, que se hace posible por la unión que existe entre quienes la conforman. Comunidad de vida, en su sentido estricto de ser el lugar propio y primario de la *generación de la persona*. Aquél en el que es posible una comunión basada en el respeto absoluto al ser humano, quien es reconocido y aceptado por lo que es en sí mismo y no únicamente por su tener. En la familia, se es ante otro, y si me relaciono con alguien, es porque me distingo de él. Sólo en la familia se destaca plenamente la personalidad de cada quien, la singularidad de los hombres y mujeres con nombre y con rostro. La familia no es el mero agregado de individuos que la conforman y establecen relaciones externas; es una comunidad que requiere, como toda comunidad, un principio de unidad vital que permita la interrelación de las personas que la integran.

Ese principio vital es el amor, la dinámica de apertura y de comunicación más propia del

ser personal, que hace posible que la familia se constituya como una *communio personarum* a través de la donación y aceptación amorosa del otro, que suponen la libre aceptación y donación de sí mismos. Aquella que reconoce y aprueba de manera incondicional nuestro propio ser, y por la que salgo del anonimato de la nada al aceptarme otro como un alguien dotado de autonomía propia y encaminado a conquistarse a mí mismo y a abrirse a los demás. Se trata de un movimiento bidireccional: quien ama quiere ser correspondido, quiere acrecentar en otro su amor hacia sí mismo y hacia aquellos que lo aman. El principio vital que une la familia no se reduce a la simple afectividad, aunque no puede negarse que entre los seres que se aman se establece un afecto común que, en cierto sentido, constituye una unidad, que va más allá de los sentimientos, de aquello que se siente y que me afecta; porque también abarca la búsqueda querida y consentida del bien del otro en cuanto otro, pero ante todo la aceptación del otro como don. Amar no es apropiarse del ser amado –eso sería dominarlo– sino salir de sí para entregarse como ser personal. Porque el amor une, crea, en quienes se aman, *unión afectiva*, en la que se da la *unio affectus* que no sólo explica que la familia sea *communitas vitae et amoris* sino también *communitas iustitiae*, en la que, además de dar a cada uno lo suyo, debe darse, a cada quien, amor. De esta manera, la familia es también, desde una consideración jurídica, un vínculo jurídico en el que los familiares se deben mutuamente el respeto a su dignidad, que les exige ser tratados como sujetos de amor.

Desde esta perspectiva, no resulta extraño que el artículo 44 de la Constitución Política reconozca, como uno de los derechos fundamentales de los niños, el derecho al amor. El amor entre los familiares se debe, porque la familia es la relación personal primaria, en la que el ser humano *forma* su personalidad y se abre a los seres que le son más próximos. La familia no es, por tanto, la simple sumatoria de las relacio-

nes que se establecen entre quienes la conforman: es manifestación del ser coexistencial de la persona humana.

Es comprensible, por tanto, que la Constitución Política, en su artículo 42, reconozca que «La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables», y lo es porque a la familia, como comunidad de personas, le corresponde una dignidad, una honra y una intimidad propias. Dignidad, porque la familia tiene una excelencia que le viene dada por ser comunidad de personas en la que se aprende que el amor *es don de sí para el otro*. Honra, porque la familia es el ámbito en el que se reconoce al otro en su ser y porque la honra converge con el amor: *entrega sincera de la persona a la persona*. Intimidad, porque cada familia tiene su propio *mundo interior*, en el que se configura la comunidad de vida, la convivencia habitual, que puede hacerse visible si se vierte hacia fuera, esto es, si se exterioriza. Una forma de expresar la intimidad de la familia es el *hogar*, el ámbito –según palabras de Yepes– donde se mora y se *expande la intimidad*.

También desde esta consideración, que podría llamarse personalista, la Carta Política establece, en el artículo precitado, que «Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad», porque la afecta en su misma radicalidad. Violencia, en sentido estricto, es una forma de desprecio por el otro, que ocasiona un desorden en las relaciones humanas e imposibilita la comunicación personal, y, por tanto, desconoce la dignidad humana y también la dignidad de la familia. La violencia, además de ir contra la persona, niega el derecho, que mide y regula el obrar humano, porque todo acto violento desconoce la medida y la regularidad de lo jurídico.

LA FAMILIA: VÍNCULO JURÍDICO

La familia se constituye –así lo reconoce el artículo 42 de la Carta Política– por «vínculos

naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla». La distinción que la Constitución acepta entre la existencia de vínculos naturales y jurídicos no puede hacer pensar al intérprete que se trata de vínculos excluyentes entre sí, porque en toda familia existe un vínculo que tiene tanto un carácter natural como un carácter jurídico. La Corte Constitucional, por su parte, parece también, a mi juicio, haber insistido en la existencia de dos vínculos enteramente distintos.

Tejeiro, al interpretar el artículo 42 de la Carta Política, considera que los vínculos naturales y jurídicos son equivalentes, «pues los dos inducen a la necesidad de abandonar el sistema contractualista del derecho positivo consagrado en el artículo 113 del Código Civil colombiano» (pág. 89). Sin embargo, en mi entender, el autor, a pesar de esta afirmación, acepta la distinción entre esos vínculos. El plano del vínculo natural lo reduce al vínculo de consanguinidad, «derivado de la mera naturalidad de la sangre» (pág. 80), hecho anterior al mismo derecho, «como quiera que la sangre es un hecho derivado de la naturaleza» (ibídem). El vínculo jurídico, «a diferencia del plano estrictamente natural, que es el que rige [sic] las relaciones de los hijos entre sí y de los hijos para con los padres» (pág. 81), es la relación jurídica matrimonial, «que es el sistema jurídico que rige [sic] las relaciones entre los cónyuges» (ibídem). Trataré, de manera por lo demás breve, de explicar en qué sentido entiendo que se trata de vínculos complementarios y lo haré a partir de la familia que tiene su origen matrimonial, no porque niegue que puedan darse relaciones familiares no matrimoniales, sino porque considero –en esto también sigo a D'Agostino– que sólo la familia matrimonial ofrece un fundamento de compromiso total a los esposos y a sus descendientes. Tesis ésta que contrasta con la defensa que hace Tejeiro de la unión marital de hecho, unión que en el marco constitucional colombia-

no no puede desconocerse, pero que tampoco puede ser presentada como el prototipo de la unión de hombre y mujer que la sociedad promueve y tutela.

La tesis que pretendo defender es la siguiente: la relación matrimonial es de suyo una relación familiar y lo es desde el momento en que hombre y mujer expresan su consentimiento mutuo para contraer matrimonio y adquirir la condición de esposos. Sobre esta relación insistiré en dos ideas. La primera, relativa a la distinción sexual. La segunda dice relación al parentesco.

a) La relación familiar se da en el matrimonio y exige la distinción sexual entre los contratantes. El matrimonio no es el vínculo jurídico que se da entre personas sin más, sino entre la persona varón y la persona mujer; esto significa que el objeto específico del amor conyugal es amar a la persona del otro, hombre o mujer, en cuanto sexualmente distinto y complementario. Esta unión en lo conyugal es, a su vez, una unidad generativa, esto es, abierta a la vida, lo que se advierte claramente en la procreación, que no sólo crea vínculos biológicos o naturales, sino que también da origen a relaciones jurídicas. La relación entre los esposos no tiene un carácter funcional: es una relación interpersonal que crea entre ellos una comunidad de vida y amor, que es posible porque uno y otra son capaces de entretenerse y aceptarse recíprocamente como *don*.

El aspecto familiar del matrimonio se establece por el querer de los esposos de crear un vínculo jurídico en el que el amor se debe en justicia. En este sentido, puede decirse que la alianza entre el matrimonio y la familia es la exigencia de amor total e incondicionado. Desde esta misma consideración, es entendible que la procreación, que tiene una base natural en la tendencia u ordenación a fecundar, es fruto de la alianza de amor indisolublemente fiel y fecundo de los padres, precisamente porque la

familia comienza en la alianza matrimonial, en la decisión de crear ese vínculo jurídico que tiene por objeto el amor entre los cónyuges. Es ésta la razón para afirmar que la relación entre los cónyuges no es, como lo pretende Tejeiro, meramente funcional: es una *relación plenamente personal* y, por ende, *familiar*.

De esta primera dimensión de la relación matrimonial pueden resaltarse dos ideas: en las *uniones homosexuales* hay una *imposibilidad de principio* para que surja familia –a pesar de que pueda existir convivencia afectiva entre las parejas de un mismo sexo–, porque no pueden originar la conyugalidad ni la fecundidad. Se trata, sin duda alguna, de una diferencia esencial con la unión matrimonial, que requiere de un tratamiento jurídico diferente. La segunda idea es la siguiente: no puede establecerse un sistema de parentesco sin que exista una distinción sexual.

De esta forma, frente a la tesis que defiende Tejeiro en el sentido de distinguir la familia nuclear y la pareja, que entiende como «hombre y mujer con funciones sexuales y afectivas» (pág. 138), que forma parte de la totalidad de roles y pautas que constituyen la familia, considero que, aunque matrimonio y familia se distinguen, el matrimonio da origen a una clase de familia.

b) Sobre la relación de parentesco haré referencia a dos cuestiones: la relación que existe entre los esposos y el parentesco de consanguinidad.

Sobre el primer punto he de decir que el matrimonio, por ser vínculo familiar, dice relación al parentesco. Esta dimensión, que D'Agostino llama *fecundidad* o *progenitorialidad*, significa que entre los esposos se da, en cierto sentido, una unión tal que podría llamarse de parentesco, el parentesco conyugal, no sólo por originar el parentesco de consanguinidad y de afinidad, sino porque los cónyuges se hacen *una*

caro, que los convierte –para decirlo con palabras de Herrera Jaramillo– en *principio común de generación*, esto es, en *tronco común de descendencia*.

La entrega que la persona mujer y la persona varón, por el pacto conyugal, hacen de su feminidad y virilidad implica, en igual forma, la entrega de la paternidad y maternidad potenciales. Esto significa que lo conyugal está asociado con la fecundidad. No es algo accidental al matrimonio, sino que es de su esencia, en el sentido de que los cónyuges están naturalmente ordenados a la procreación. Se trata de una ordenación intrínseca a la unión matrimonial que se traduce en la tendencia o apertura de los cónyuges a la vida, esto es, a procrear. Si los esposos, por razones ajenas a su capacidad natural de engendrar y a su libre consentimiento, no pueden tener hijos, el matrimonio y la familia existen, porque una y otra unión han surgido del pacto conyugal.

Las afirmaciones precedentes permiten insistir en la siguiente idea: la conyugalidad reposa sobre la naturaleza y la libertad. La naturaleza dice relación a la distinción sexual. Masculinidad y feminidad son dos modos diversos y complementarios de la corporeidad humana, que permiten a los esposos fundar familia como un desenvolvimiento de su propia capacidad natural de generar la vida, y que es, a su vez, finalidad del matrimonio. De esta forma, las relaciones de consanguinidad están humanizadas por esa comunidad de vida y de amor.

La Constitución Política de Colombia, aunque no hace uso de la expresión parentesco conyugal, sí parece querer resaltar un especial tipo de vínculo que se da entre quienes «estén ligados por matrimonio» (art. 126) o «Quienes tengan vínculos por matrimonio» (art. 179.5) o «Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio» (art. 179.6). Este vínculo, en la Constitución, para los efectos de las inhabilidades, se asimila a aquel que existe entre quienes estén en «unión permanente».

Sobre la segunda cuestión en relación con el tema de parentesco, he de afirmar que la relación más radical que tiene todo ser humano es la de ser *hijo*. Ser hijo es la más radical relación de *co-existencia* con los demás. Lo que caracteriza –así lo han puesto de relieve Polo y Yepes– *nuclearmente* a todas y a cada una de las personas es su *filiación*. El ser humano no está aislado, no es un ser solitario: es hijo, y *coexiste familiarmente con los demás*. La familia, *unidad articulada de relaciones constitutivas*, revela el origen de toda persona, que le hace ser hijo/a y, además, si es el caso, hermano/a, padre o madre, abuelo/a. Esa articulación de relaciones es propia, co-biográfica, histórica, y se predica de un alguien irrepetible, un ser con nombre que se distingue de los demás. El parentesco de consanguinidad revela lo que ha sido recibido por el vínculo de sangre, pero su significado no es meramente biológico: lo supera porque también con él se significa la pertenencia a una cultura, a una lengua, a una forma de vida, que también son elementos constitutivos de su identidad personal y familiar. Puede decirse, por tanto, con palabras de Viladrich, que la familia es «forma humanizada de la consanguinidad humana» y que la «consanguinidad es la fuente originaria del parentesco familiar», que posibilita el resto de parentescos.

La relación de consanguinidad es relación interpersonal: cada uno es un yo y un tú, que genera vínculos jurídicos en los que, mutuamente, quienes están interrelacionados se copertenecen. La relación de consanguinidad tiene una juridicidad originaria que, a su vez, está basada en la juridicidad específica e intrínseca de la conyugalidad. Se trata, en uno y otro caso, de vínculos jurídicos de carácter natural que constituyen relaciones jurídicas naturales en las que se reconoce al otro como el alguien que está familiarmente vinculado con los demás. Este reconocimiento implica que a cada persona se la acepte en su condición de sujeto de derechos, que comparte por igual con los demás integran-

tes de la comunidad familiar. Pero, en igual forma, también supone la reciprocidad, que es una de las bases de la vida social.

Desde esta perspectiva, puede afirmarse –así lo ha puesto de relieve Glendon– que el Estado no puede ser neutro al regular el matrimonio ni la familia, porque negaría los propios presupuestos de la juridicidad y de la misma sociedad. Una juridicidad que exige ser defendida; una juridicidad que no se reduce a la facticidad ni a los sentimientos. Si no se admite que la familia tiene una juridicidad propia, debe aceptarse una reglamentación extrínseca a ella, de la índole que sea. La sociedad, de cualquier época, exige la existencia de la familia, porque en ella se estructuran las relaciones humanas esenciales que permiten identificar al hombre y distinguirlo de otros seres semejantes a él. No aceptar la juridicidad natural de la familia es reducir –ésa no parece ser la tesis de Tejeiro– la juridicidad a la manifestación de la voluntad estatal. Ése es, ni más ni menos, el cometido del jurista que reflexiona sobre la persona y la familia: sentar las bases de la juridicidad.

Ya he de concluir. Estas reflexiones se han prolongado más de lo que hubiese sido de desear. Por todo lo escrito, se comprende que *Teoría general de niñez y adolescencia* sea un libro

polémico que tiene el mérito de confrontar al lector, de exigirle adoptar posición frente a las diversas cuestiones que en él se abordan, de interrogar al autor y de dialogar con él. Es de esperar que la bibliografía jurídica colombiana se enriquezca con otra obra del profesor Tejeiro, que, con seguridad, será tan sugerente como este libro que ampliamente he comentado.

Por lo que se refiere a las cuestiones formales, he de manifestar que la edición de la *Teoría general de niñez y adolescencia* adolece de algunas erratas que es de desear que sean corregidas en una segunda edición. La redacción en algunas ocasiones es confusa, y sería también aconsejable que el autor, en algunos apartados, además de presentar el pensamiento de diversos autores expusiera de manera amplia su propia posición.

Soy consciente de que la amistad les exige a los amigos ser fieles a la verdad, que, como dije desde un comienzo, es inagotable y siempre está abierta a más verdad. Por eso sé que, a pesar de que en este escrito he resaltado mis divergencias de pensamiento con el autor, son muchas las cuestiones que con Carlos Tejeiro me identifican en la búsqueda amistosa de la verdad. Con él seguiré caminando y compartiendo el sentido trascendente de la vida. ■

ILVA MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA