

La custodia compartida a la luz de la Constitución de 1991

carlos gaviria*

El hecho político más importante de Colombia en el siglo XX fue la promulgación de la Constitución de 1991. Sus efectos han sido tan significativos, que quienes se oponen a asumir sus retos han buscado desmontarla.

La nueva Constitución fue resultado de un clamor generalizado de los más diversos sectores de opinión, que venían insistiendo en la necesidad de reformar la Constitución de 1886, luego de fracasar en intentos anteriores. Durante el gobierno del doctor Virgilio Barco, por ejemplo, la reforma constitucional implicaba reformar el Congreso, siendo este último renuente a tal propósito.

* Abogado de la Universidad de Antioquia, con estudios especiales en Jurisprudencia, Derecho constitucional y Teoría Política en la Universidad de Harvard (EE.UU.). Ex vicerrector de la Universidad de Antioquia y ex decano de la Facultad de Derecho de la misma. Ex presidente y magistrado de la Corte Constitucional. Senador de la República de Colombia. Profesor universitario. Autor de varios textos.

Sin embargo, el origen de la nueva Constitución fue distinto. Recuerden el movimiento de los estudiantes de la séptima papeleta, la voluntad del presidente César Gaviria de convocar una Asamblea Constitucional mediante el uso de un método muy poco ortodoxo: un estado de sitio. ¿Cómo fue posible que mediante una medida transitoria se convocara una Asamblea que debía reformar la Constitución con vocación de permanencia?

Recuerdo que esto fue objeto de discusión en la Corte Suprema de Justicia: ¿debía o no reformarse la Constitución mediante ese método? Fue un fallo importante con muchos salvamentos de voto, que permitió convocar una Asamblea Constitucional compuesta de una manera particular. Fue elegida popularmente, lo cual permitió que se reflejaran asimetrías muy parecidas a las del país. Había representantes de las negritudes que nunca habían concurrido a asambleas de esa naturaleza, representantes de culturas indígenas, personas con muy diversos antecedentes académicos, ideológicos y políticos. De su reunión resultó, a mi juicio, una buena Constitución.

¿Por qué hago esta reflexión? Porque la Asamblea Constitucional cobró tal fuerza, que se convirtió en una Asamblea Constituyente, no limitándose a reformar la Constitución —mandato que se le había otorgado— sino expidiendo una nueva, muy diferente a la anterior.

¿Y por qué la nueva Constitución era tan diferente a la anterior? ¿Por qué el inusitado afán de tantos sectores de opinión para que se reformara sustancialmente la Constitución? A mí no me cabe duda que se debió a lo aburridos y desesperados que estábamos desde hacía mucho tiempo con la violencia inclemente que veníamos padeciendo.

La nueva Constitución tenía un propósito claro: alcanzar la paz. No en vano, el artículo 22, tan exótico en una norma constitucional, establece de manera tajante que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. No es una Constitución autoritaria, como la que algunos esperaban que se dictara en un momento de violencia inclemente como el que se estaba atravesando, sino democrática,

participativa, con un catálogo ambicioso de derechos, que recoge no únicamente los derechos de primera generación y las libertades elementales, sino los derechos de segunda y tercera generación, y dispone de mecanismos para que esos derechos no se quedaran escritos, a través de acciones como la tutela, las acciones de cumplimiento, las acciones populares y de grupo, antes completamente desconocidas entre nosotros.

Esto puede ser una digresión, pero es lo que más ha aumentado el desencanto de las personas que tienen cierta animadversión por la Constitución de 1991. Es común que en Colombia se abogue por textos jurídicos buenos, progresistas, pero con la secreta esperanza de que se queden escritos, de que sirvan simplemente para mostrarlos en los foros internacionales. ¡Pobre aquel que se permita extraer consecuencias implícitas de esa Constitución!

Recuerden cuando la Corte Constitucional asumió sus funciones, y empezó a extraer conclusiones que estaban implícitas en la Constitución, suscitando debates sumamente importantes. Personalmente he estado muy comprometido con la actuación de la Corte Constitucional, redactando sentencias bastante polémicas, como la despenalización del consumo de droga, la exoneración de pena en el caso del homicidio piadoso consentido, todas orientadas a respetar las libertades que están consagradas en la Constitución de 1991.

Inicialmente esas sentencias tuvieron mucha resistencia, pero suscitaron debates públicos que antes no se daban en Colombia. Recientemente, por ejemplo, me sorprendió una encuesta del canal Caracol donde se le preguntaba a la gente si estaba de acuerdo o no con la eutanasia, y el 75% de quienes participaron sí lo estaba.

Si se me obligara a calificar la Constitución de 1886 en contraposición con la de 1991, respondería que la de 1886 era esencialmente heterónoma, mientras que la de 1991 es autónoma y autonomista, y naturalmente la autonomía parece muy atractiva pero resulta difícil de ejercer.

A mí me cautiva un libro de Erich Fromm llamado *El miedo a la libertad*, donde pone de presente cómo el hombre moderno, que a menudo se queja tanto de falta de libertad, en el fondo lo que tiene es un terrible temor a ejercitarla, porque ejercitar la libertad significa asumir responsabilidades y asumir responsabilidades sí que es difícil. Erich Fromm vincula el temor del hombre moderno a la libertad con el crecimiento de las corporaciones, iglesias, sindicatos y partidos políticos, porque cuando se pertenece a un partido político, por ejemplo, y se suscita un problema en el país en el cual debo tomar partido, en realidad me dispense de pensar, me excuso de reflexionar, diciendo que el partido ya decidió por mí. Lo mismo sucede con las personas que hacen parte de una iglesia —por ejemplo la católica— quienes no piensan en el problema del aborto porque el Papa dijo que el aborto estaba prohibido. El hombre moderno es renuente a ser autónomo.

Sin embargo, la Constitución de 1991 tiene el sello de la autonomía. Desde el artículo primero, se refiere a las entidades territoriales autónomas. El artículo 16 habla de un derecho consagrado por primera vez en nuestra historia constitucional, el libre desarrollo de la personalidad, que no es otra cosa que la autonomía del sujeto moral para tomar sus decisiones, para orientar su vida, para fijarse metas, y para buscar los medios más adecuados para lograrlo. El artículo 246 se refiere a la autonomía de las comunidades indígenas para gobernarse y administrar justicia de acuerdo con sus propios usos y costumbres.

En este último sentido, lo valioso no es únicamente que la Constitución de 1991 consagrara un Estado pluralista, sino lo audaz, lo atrevido es consagrar un estado pluriculturalista, lo cual en la Corte Constitucional nos obligó a declarar inexecutable una ley de 1889 que trataba a los indígenas como salvajes que debían civilizarse y ser adoctrinados por la Iglesia.

La Constitución también es igualitaria. El artículo 13 no consagra únicamente —como se hacía desde el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789— que los

hombres nacen libres e iguales ante la ley, sino que en el inciso segundo obliga al Estado a orientar sus políticas hacia la búsqueda de la igualdad real.

Por lo tanto, la nueva Constitución es bien diferente de la anterior, pues reaccionó en contra del Estado caótico y violento en que vivíamos. Yo he pensado siempre que el constituyente hizo un diagnóstico hobbesiano —estamos en un estado de naturaleza en el que el hombre es lobo para el hombre— pero su propuesta fue rousseauniana —el hombre mejora su condición cuando se le restituye la libertad originaria perdida. De tal manera se quiso que las personas se hicieran cargo de las cosas que les incumben, a través de figuras como la democracia participativa, la autonomía personal, etc.

Naturalmente la gente a la que no le gusta la actual Constitución critica los resultados hasta ahora obtenidos, olvidando que es aún muy joven y que no es fácil superar una situación engendrada por un orden jurídico centenario, al cual ellos mismos pretenden volver.

La reflexión que hasta ahora hemos hecho puede servir como hilo conductor para pensar sobre lo que la nueva Constitución propone en un tema tan bello como el de la custodia compartida. En la Constitución anterior se privilegiaba un solo tipo de familia, monogámica, constituida por el padre, la madre y los hijos. Cuando escuchaba a los otros expositores, me preguntaba por qué había que esforzarse, devanarse los sesos y elaborar teorías para justificar algo que parece de sentido común. La familia sobre la que investigó de una manera tan cuidadosa Virginia Gutiérrez de Pineda, era una familia que respondía a un solo tipo esencial, patriarcal y monogámico. Sin embargo, hoy en día la familia muchas veces está representada en un padre que vive en una ciudad con su nueva esposa y la madre con su nuevo compañero en otra parte, y algunos tienen la necesidad de apelar a los abuelos para que críen a los hijos. Estamos hablando de familias completamente diferentes, de patrones completamente distintos, que reconoció la Constitución de 1991.

Puede que haya mucha nostalgia de la familia prefigurada en la Constitución del 86, pero la Constitución actual atiende a una realidad innegable frente a la situación actual de la familia. Es imperativo, por ejemplo, que en concordancia con el artículo 13 de la Constitución no haya discriminación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, o dentro de él. Recuerdo que mi profesor de sucesiones, cuando hablaba de los hijos naturales, decía: «¡yo no sé si será que hay sobrenaturales!», criticando el sello discriminante de la familia patriarcal.

Al respecto, escuché con mucho interés la exposición de la doctora Castellanos sobre la familia patriarcal tradicional que corrobora la discriminación de que ha sido objeto la mujer a través de la historia. Citaba a Aristóteles, a Santo Tomás y también a una autora como Simone de Beauvoir, lo cual me sorprendió gratamente, porque hay autores que pierden vigencia si dejan de ser leídos, pero hay autores que dejan de ser leídos sin haber perdido vigencia. Quienes estudian actualmente problemas de género, leen autoras como Nancy Fraser o Mary Robbins pero desafortunadamente no a Simone de Beauvoir, quien fue una pionera al escribir sobre la historia, la sociología y los mitos de la mujer (la menstruación, la virginidad), la psicología de la mujer, la mística de la mujer casada, de la madre, de la enamorada, todo con el propósito de demostrar que la discriminación milenaria de la mujer tiene una explicación: el mundo fue construido por los hombres, para los hombres.

Uno de los supuestos esencialistas que hay en la concepción de la superioridad masculina, es que como la naturaleza de la mujer es inferior, los roles que se le asignan están de acuerdo con su naturaleza. No se piensa que precisamente la razón por la cual se han atribuido roles secundarios a las mujeres es porque están discriminadas. En otras palabras, no es que hayamos pensado la esencia de la mujer para luego atribuirle roles secundarios, sino al revés, le hemos atribuido roles secundarios y luego concluido que su naturaleza es inferior.

Recuerdo un razonamiento muy perverso, del profesor al que ahora aludí —que era un hombre muy inteligente pero poco ilustrado—, quien se refería a las normas que iban desapareciendo por discriminar a la mujer de la siguiente manera: «Las feministas protestan porque la mujer no puede ser fiadora; pues ahora va a poder ser fiadora, ¡para que vean lo bueno que es!» Se quería demostrar que todas las limitaciones que se habían impuesto sobre la mujer habían sido establecidas en su propio beneficio y que por tanto no debían ser removidas.

Simone de Beauvoir lo denuncia en su texto. A la mujer se le trata como reina para esclavizarla, diciéndole que no puede trabajar porque la soberana del hogar debe permanecer en él. De esa manera, se le sustrae de la vida productiva, se la hace dependiente y por tanto se le esclaviza.

Esto tiene mucho que ver con la custodia compartida. La solución que se consideraba razonable era dejarle la custodia de los hijos a la mujer, lo cual —aunque honroso para ella— implicaba liberar gratuitamente al hombre de una carga irrenunciable. Detrás de la decisión existía una ideología a favor de un determinado tipo de sociedad discriminatoria y de un determinado tipo de producción, como lo ponía de presente de una manera muy lúcida la doctora Castellanos.

Ella misma decía que, infortunadamente, el Código de don Andrés Bello, así como el Código Civil francés, habían sido influenciados por la visión tradicional de Rousseau, según la cual la mujer era un ser inferior. Visión que, por supuesto, no correspondía únicamente a Rousseau, sino que recogía el legado tradicional del derecho romano, su concepción de familia, el sistema de agnación, el sistema matrimonial que sometía a la mujer a la potestad del marido quien tenía derecho sobre su vida. Naturalmente esas instituciones del derecho romano fueron trasplantadas a Europa continental y posteriormente a nosotros, de manera incuestionable.

Se debe estar atento a un criterio pernicioso que se aduce cuando algo parece subversivo, aludiendo frecuentemente a la naturaleza. El pensamiento aristotélico, por ejemplo, era un pensamiento esencialista, de acuerdo con el cual la mujer es de determinada manera, por lo cual hay que asignarle determinados roles. La cultura se resuelve sacralizando la naturaleza, de manera que todo lo que está de acuerdo con ella es intocable, impecable. Si la mujer es inferior por naturaleza, no podemos cambiarla. Se hace depender su condición de una falsa naturaleza y no de la cultura.

Ortega y Gasset ha dicho algo que a mí me parece realmente atinado y que invita a la meditación —cuando yo digo el hombre, también me refiero al ser humano, hombres y mujeres—. Dice el autor referido: «El hombre no tiene naturaleza, el hombre tiene historia, y por tanto cuando se hacen análisis sobre una determinada situación, no hay que referirse a la naturaleza sino a la historia, a la cultura».

Les pongo un ejemplo. Recientemente se estuvo discutiendo en el Congreso de la República una ley sobre la convivencia de parejas de un mismo sexo, siendo evidente que la moral que entre nosotros ha prevalecido es una moral heterónoma e impuesta que se edifica sobre dogmas. En un Estado pluralista, deben y tienen que convivir católicos y no católicos, religiosos, agnósticos y ateos, pues todos ellos tienen un lugar dentro de nuestra sociedad. Sin embargo, la Iglesia funda sus tesis en la imposibilidad de desconocer la naturaleza humana, en la inconveniencia de contradecirla.

Recuerdo que una de las grandes preocupaciones de Nietzsche era la crueldad presente en la naturaleza, pues al tomarla como un patrón, terminábamos reproduciendo en la sociedad las crueldades ya presentes en la naturaleza. Fíjense en la dificultad en entender que la atracción de un hombre por una mujer es natural, pero la atracción de una mujer por otra o de un hombre por otro es antinatural. ¿Cómo se hace para llegar a una conclusión de esa clase?

Hago esa digresión porque precisamente la situación de la mujer entre nosotros siempre se ha escudado en que la mujer tiene su propia naturaleza, y por lo tanto que las funciones que la sociedad le atribuye son acordes con ella. No se han pensado las cosas al revés: que precisamente pensamos a la mujer de esa manera por los roles que le estamos atribuyendo.

Le comentaba esta mañana a Lelio Fernández que no entendía por qué hay que elaborar tantos argumentos para justificar algo que parece evidente. No hay nada de extraño ni de subversivo en afirmar que, en una Constitución donde el hombre y la mujer tienen iguales derechos, no está decidido *a priori* quién tiene la custodia de los hijos frente a una separación conyugal.

Alguien afirmaba que en el Código de Procedimiento Civil existían normas que permitían la custodia compartida. Yo creo que no hay que ir tan lejos. La Constitución de 1991 tiene vocación normativa, es decir, puede aplicarse directamente. No es necesario que haya una ley que autorice la custodia compartida, cuando en el artículo 42 dice que las relaciones familiares tienen que llevarse a cabo dentro de criterios y reglas de completa igualdad y cuando el artículo 13 prohíbe toda discriminación en razón de género.

A propósito de la discriminación por razones de género, a mí me tocó vivir la discusión sobre la Ley de Cuotas, donde afloró el mismo discurso ideológico que está enmarcado dentro de lo que Gabriela Castellanos llama la ideología de la madre, refiriéndose a la imagen que se ha elaborado de la madre para extraer consecuencias específicas. Algunos de los contradictores de la ley alegaban que a la mujer se le debían reconocer méritos por su propio esfuerzo, no porque le ayudaran, desconociendo que puede haber acciones afirmativas de partida, y acciones afirmativas de llegada.

Pongamos un ejemplo de acciones afirmativas de partida: como tan pocas mujeres pueden llegar a la universidad, vamos a estimu-

lar el acceso de mujeres, por ejemplo, con matrículas más baratas, para que se preparen y puedan competir con el hombre. Sin embargo, al estudiar la realidad colombiana, nos damos cuenta que hoy en día la población universitaria es mayoritariamente femenina, lo cual nos lleva a preguntarnos la razón por la cual, si las mujeres están igualmente capacitadas, tienen las mismas destrezas, la misma cultura, unas llegan y otras no.

Es entonces cuando se puede concluir que faltan acciones afirmativas de llegada, pues si hay tan pocas mujeres ocupando altos cargos en el Estado es porque existe un invencible prejuicio machista, que lleva a los gobernantes a pensar primordialmente en hombres y no en mujeres. Así se justificó la Ley de Cuotas.

Lo anterior se relaciona directamente con el tema de la custodia compartida, pues su consagración bombardea la visión tradicional de la mujer y madre, resultando liberadora.

Nuestra predisposición como juristas sobre la suficiencia de las categorías jurídicas para resolver cualquier tipo de problema, nuestro convencimiento de que el derecho es una disciplina que se auto-abastece es mentirosa. ¿Qué habría hecho la Corte Constitucional en los fallos sobre multiculturalismo, donde las categorías jurídicas resultan pobres y mezquinas, sin la ayuda de antropólogos, sociólogos, personas que conocen esa realidad desde una perspectiva distinta? La Corte Constitucional habría llegado a conclusiones muy distintas si hubiera erróneamente considerado que los conceptos jurídicos son suficientes.

De la misma manera, no es posible que un juez solucione satisfactoriamente un problema de custodia sin la ayuda de profesionales competentes, que hagan una evaluación similar a la que el doctor Salazar nos mostraba. No es posible *a priori* trazar reglas que definan si es el padre o la madre quien debe tener la custodia,

o si ésta debe ser compartida. Sólo con la ayuda de profesionales competentes en otras áreas del conocimiento se llega a conclusiones razonables de esta naturaleza.

Para terminar quiero hacer énfasis en un aparte muy importante de mi ponencia. La Constitución colombiana de 1991 es rica en muchos aspectos. Nos invita a convivir con personas que no comparten nuestra cosmovisión, nuestras convicciones políticas, ni nuestra manera de enjuiciar el problema de lo correcto y lo incorrecto, de lo bueno y lo malo, de manera que el Estado no puede tener una moral oficial.

De nuevo repito que en un principio pensé que la custodia compartida no ameritaba un encuentro como éste, por no plantear obstáculo jurídico alguno. Sin embargo, entendí que existen hechos que pugnan con la solución de estos problemas y que vale la pena debatirlos en público. Por ejemplo, se debe debatir la tarea del juez, para superar la ideología hermenéutica, de acuerdo con la cual el juez no puede hacer más que silogismos, y rescatar su capacidad como necesario creador de derecho.

La solución no está y no puede estar predeterminada en la regla. El juez es quien tiene la autoridad y la capacidad para determinar —con ayuda de otras áreas del conocimiento— asuntos de esta naturaleza. Eso es parte del pluralismo, del diálogo que debe existir en una sociedad multicultural. El problema de la custodia no es únicamente un problema de familia. Su discusión desvela tantas tradiciones injustificadas a las que les rendimos culto, y tantas posibilidades de romperlas, que vale la pena que tengan lugar encuentros de esta naturaleza.