

# Evolución del concepto de familia bajo el Estado social de derecho<sup>\*1</sup>

## *Evolution of family concept under State in which the law guaranteed the social welfare of people*

JORGE EDUARDO ESTUPIÑÁN VELANDIA<sup>2</sup>

jedoestupinan@hotmail.com

### RESUMEN

La metodología utilizada en la presente investigación se denomina básica jurídica-dogmática, toda vez que el estudio se basó en el análisis de la norma jurídica, la jurisprudencia y la doctrina. Se estudió el concepto constitucional de familia como institución y las variaciones conceptuales que se han dado a raíz de los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

**PALABRAS CLAVE:** lesbiana, gay, bisexual, transexual, intersexual, derechos fundamentales.

### ABSTRACT

The methodology used in this research, called -dogmática Basic Law, since the study is based on analysis of the rule of law, jurisprudence and doctrine. The constitutional concept of family as an institution and conceptual changes that have occurred as a result of the rulings of the Constitutional Court will be studied.

**KEYWORDS:** lesbian, gay, bisexual, transgender, intersex, fundamental rights.

164

Fecha de recepción: 2016/03/23 – Fecha de evaluación: 2016/05/25 – Fecha de aprobación: 2016/07/28

\* Cómo citar este artículo: Estupiñán Velandia J. E. (Julio-diciembre, 2016). Evolución del concepto de familia bajo el Estado social de derecho. *Criterio jurídico Garantista*, 9(15), 164-179.

---

1. Artículo de reflexión.

2.. Abogado egresado de la Universidad de Boyacá, especialista en Derechos Humanos y Pedagogía Humana de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Fiscal URI de Duitama.

# Evolución del concepto de familia bajo el Estado social de derecho

JORGE EDUARDO ESTUPIÑÁN VELANDIA

## SUMARIO

Introducción – I. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. LOS PRINCIPIOS COMO MARCO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL – II. INTENTOS LEGISLATIVOS PARA RECONOCER DERECHOS A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES – III. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES. RECONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL – IV. RESULTADOS Y CONCLUSIONES – Referencias.

## Introducción

El Estado, desde un principio, ha buscado la protección de la familia, por constituir el núcleo esencial de la sociedad. No obstante, desde sus inicios se ha considerado que esta institución solo comprende el grupo conformado por un hombre y una mujer, con fines de reproducción. Empero, los cambios sociales y culturales que afronta Colombia demandaron una respuesta estatal a fin de proteger las familias diferentes a las heterosexualmente aceptadas, particularmente las conformadas por parejas homosexuales.

La inactividad y omisión legislativa al respecto ha dejado a la población LGBTI (lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales) sin las herramientas necesarias para la defensa de sus derechos, por lo que la Corte Constitucional ha debido pronunciarse respecto a la reivindicación de algunos de los derechos de tal minoría, decisiones jurisprudenciales con las que paulatinamente

se ha dado un vuelco al concepto de familia en el Estado colombiano.

Así las cosas, este escrito busca mostrar brevemente la evolución que ha tenido el concepto de familia, para lo cual se hará referencia a los principios como marco de interpretación, a los intentos legislativos que pretendían el reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales y, por último, una reconstrucción jurisprudencial frente al tema.

## I. Del Estado de derecho al Estado social de derecho. Los principios como marco de interpretación constitucional

El Estado de derecho vigente bajo la Constitución Política de 1886 comportaba un régimen que mantenía a sus autoridades sometidas al derecho, pues giraba en torno al respeto absoluto de la norma y del ordenamiento jurídico. La Carta Política de 1991 trajo consigo la institucionalización

del Estado social y democrático de derecho, que entregó a cada uno de los habitantes del territorio la titularidad de derechos i) individuales; ii) sociales, económicos y culturales; y iii) colectivos, esto es, consideró la existencia importantísima del ser humano como sujeto no solo de derechos de manera singular, sino también como integrante de una colectividad, como parte de la sociedad. Dentro de los derechos sociales, económicos y culturales (capítulo 2 del título II), en el artículo 42 estableció la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”, concepto sobre el cual gira el presente trabajo.

El sistema jurídico en el que se basa el Estado es un conjunto de normas; estas a su vez son postulados jurídicos que se presumen válidos y que son aplicables dentro del sistema jurídico que tiene como elemento fundante la Constitución. De allí surgen los conceptos de valor, principio y regla, de suma importancia para la interpretación del derecho.

Los valores son “el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico” (Dworkin, 1985, p. 5 ss.). Al respecto, la honorable Corte Constitucional en la sentencia T-406/1992 sostiene que los valores son el punto de partida para la construcción del soporte y objetivo de la organización política, los cuales, a pesar de ser ideales, su enunciación no debe ser asimilada como ‘un agregado simbólico’ o una simple manifestación de deseo sin incidencia normativa, por el contrario, deben verse como la finalidad que debe alcanzarse.

A diferencia del anterior concepto, los principios “consagran prescripciones jurídicas generales

que suponen una delimitación política y axiológica reconocida” (CConst., T-406/992, C. Angarita), entonces, lo que hacen es restringir el margen de interpretación, por lo que se vuelven preceptos de aplicación inmediata, pues son normas creadas para el presente, lo que los diferencia de los valores, que son fines jurídicos para el futuro, “el orden de mañana” (CConst., T-406/1992, C. Angarita). Por su parte, las reglas, en palabras de la Corte “constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen” (CConst., C-818/2005, R. Escobar). Entonces, mientras las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los principios van más allá de la descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para darle valor y sentido a muchos de ellos, a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica (CConst., C-818/2005, R. Escobar).

El nuevo Estado, que tuvo como base de su andamiaje jurídico el principio de dignidad humana y de igualdad material —como mandatos de optimización del Derecho—, dejó a un lado la sujeción rígida a la legislación, proponiendo como finalidad principal la de llevar al máximo estado de realización los valores constitucionales.

Puede notarse que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, que dio vida a la Constitución vigente, tuvo en cuenta el ser humano como sujeto de derechos y puso a su servicio la normatividad, por tanto, dio fuerza al concepto de familia como base y núcleo esencial de la sociedad, sin la cual

los derechos y demás garantías fundamentales no tendrían razón de ser.

Es a partir de este precepto constitucional que cobra importancia la presente investigación, bajo la premisa que el derecho al ser “el conjunto de normas reguladoras de las instituciones sociales de los actos del poder ejecutivo para la realización de los fines de pública utilidad”, según lo define el *Diccionario Jurídico*, es una ciencia de cambio asiduo, como puede apreciarse día a día. Por esta razón es apenas lógico delimitar el tema al ámbito de la población LGBTI, producto de las transformaciones sociales y culturales.

La familia, como núcleo fundamental de la sociedad, adquirió un grado de protección en la Constitución de 1991 (capítulo II), al quedar establecida dentro de los derechos sociales, económicos y culturales:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye 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. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. (Art. 42).

Tenemos que, como lo sostiene el artículo precitado, familia es la unidad conformada por la decisión libre de un “hombre y una mujer”, sin prever la posibilidad de que el transcurrir del tiempo podría irrogar la transformación del concepto referido.

Las costumbres arraigadas, el pensamiento arcaico, el fuerte y pronunciado influjo del cristianismo y demás corrientes religiosas, son factores que han impedido que la sociedad de hoy permita, de manera abierta, que se asimile positivamente el

surgimiento de nuevos estilos de vida dirigidos al cambio de orientación sexual de un grupo integrante de la población, lo cual, por el contrario, se mantiene como una tradición de negación (Serrano, 1997).

Recuérdese que el reconocimiento a la familia es amplio y que la Carta Política estableció en parte de su articulado lo siguiente: Artículo 5. Primacía de los derechos inalienables de la persona y amparo a la familia como institución básica de la sociedad; Artículo 13. Derecho a la igualdad; Artículo 15. Derecho a la intimidad; Artículo 28. Toda persona es libre; Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: (...) tener una familia y no ser separados de ella...; Artículo 46. Protección de las personas de la tercera edad.

De la lectura completa de los preceptos normativos citados puede deducirse que no solo se reconoce a la familia como institución. Derechos como la intimidad, la garantía del amparo de las normas, la igualdad y la libertad; derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, son de carácter fundamental y no han sido escogidos al arbitrio en este estudio, por el contrario, han sido examinados por la Corte Constitucional en muchos de sus pronunciamientos, en los que desarrollando esos principios constitucionales ha llegado a avanzar en la protección de la población colombiana LGBTI (CConst., C-075/2007, R. Escobar; C-029/2009, R. Escobar; C-577/2011, G. Mendoza).

Ahora bien, la misma Corte ha referido:

Si bien por razones históricas, culturales y sociológicas la Constitución Política de 1991 no hace alusión expresa a los derechos de los homo-

sexuales, ello no significa que estos puedan ser desconocidos dado que, dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana. (C-336/2008, C. Vargas).

De cara con esta premisa del alto tribunal constitucional, es innegable la existencia física de la población LGBTI en Colombia, pero también lo es que jurídicamente el desarrollo legal es casi nulo y que los logros hasta ahora han sido jurisprudenciales.

168

## II. Intentos legislativos para reconocer derechos a las parejas homosexuales

A pesar de que en varias oportunidades se han presentado proyectos de ley tendientes al reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales, tales iniciativas no han sido de recibo en el Congreso y han fracasado en la mayoría de las ocasiones. Veamos.

La lucha se inició con una propuesta presentada en septiembre de 1999 por la entonces senadora Margarita Londoño, mediante la cual “se protegen y reconocen derechos a las mujeres y hombres bisexuales y homosexuales”; el proyecto fue archivado antes de su primer debate. Dicha iniciativa fue seguida por la senadora Piedad Córdoba, quien dos años después radicó ante el Senado el proyecto “por el cual se reconocen a las uniones de parejas del mismo sexo derechos patrimoniales y otros derechos”; este fue archivado el 02 de abril de 2002. En el mismo año, el senador Carlos Gaviria Díaz

presentó un pliego de modificaciones a la propuesta de la senadora Córdoba, donde se reconocían derechos a las parejas del mismo sexo, sus efectos patrimoniales y otros derechos. Con 55 votos en contra, se hundió el proyecto con el argumento de que iba en contra del concepto constitucional y natural de familia y del derecho a la igualdad. En el 2006, faltando poco para la aprobación de un proyecto de ley sobre el reconocimiento de los derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, se decidió su archivo por una discusión de conciliación entre las dos cámaras.

El 10 de octubre de 2005, el senador Álvaro Araújo Castro presentó el proyecto “por el cual se dictan medidas relativas a la protección social de las parejas del mismo sexo”, que aun cuando fue discutido por las dos cámaras, fue archivado.

El 31 de julio de 2012, los senadores Armando Benedetti Villaneda y Alfonso Prada radicarón en el Senado el proyecto de ley “por el cual se regula la unión civil entre personas y se dictan otras disposiciones (Parejas del Mismo Sexo); este fue archivado en sesión plenaria del Senado el 24 de abril de 2013. Así las cosas, a esta minoría no le ha quedado otro camino que las acciones de tutela y de inconstitucionalidad, con las cuales ha logrado avances positivos, se reitera, sin que haya un desarrollo legal, solo de carácter jurisprudencial.

La homosexualidad, entendida como “la orientación sexual caracterizada por la atracción sexual y sentimental hacia una persona del mismo sexo” (*Diccionario de la lengua española*, s.f.), comporta una de las formas actualmente más asiduas de materialización del derecho a la igualdad, por sus limitantes de disímiles clases, que no siempre

están acompañadas de un sustento lógico jurídico que haga legítimo el condicionamiento del derecho, por tanto, la vulneración del principio se vuelve desmesurado e inaceptable.

Ahora, teniendo en cuenta que la población homosexual es titular de derechos, los cuales por tradiciones de sociedades enclaustradas en el pasado se han visto minimizados, se hace alusión a los avances significativos en el terreno de la igualdad entre la población homosexual y heterosexual, esta última protegida y prevista de manera expresa en la Constitución no solo como sujeto de derechos, sino como base fundamental de la sociedad.

### III. El reconocimiento de derechos a las parejas homosexuales. Reconstrucción jurisprudencial

“La labor de la Corte ha sido entonces no solo enorme, por el número de sentencias y la variedad de temas que ha abordado, sino que, en cierta forma, ha sorprendido a la sociedad colombiana por su orientación progresista” (Uprimny y García, 2004, p. 2).

El derecho a la igualdad, previsto en el artículo 13 Superior, según la Corte Constitucional consiste:

En la prerrogativa que tiene toda persona a gozar de un mismo trato y protección por parte de las autoridades, así como tener los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin que sea admisible cualquier tipo de discriminación. La aplicación de este derecho fundamental cuenta con una visión positiva y otra negativa: la primera, se traduce en la equivalencia de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentran en la idéntica posi-



Las costumbres arraigadas, el pensamiento arcaico, el fuerte y pronunciado influjo del cristianismo y demás corrientes religiosas, son factores que han impedido que la sociedad de hoy permita, de manera abierta, que se asimile positivamente el surgimiento de nuevos estilos de vida dirigidos al cambio de orientación sexual de un grupo integrante de la población, lo cual, por el contrario, se mantiene como una tradición de negación (Serrano, 1997).

ción frente a otras; y la segunda, en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes. (C-241/2014, M. González).

Lo anterior se traduce en que debe tratarse igual a quienes tienen situaciones iguales y de forma divergente a quien tiene situaciones fácticas disímiles. El artículo 13 en su literalidad se refiere a que debe existir igualdad de protección de trato, y en el goce de derechos, libertades y oportunidades; así mismo, consagra la prohibición de discriminación y mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos margina-

dos, discriminados o especialmente vulnerables, situación reafirmada por la Corte en Sentencia C-250/2012.

A pesar de las premisas mayores que imponen el respeto por la igualdad de trato, la discriminación constante contra la población LGBTI es evidente, por lo que requiere protección especial por parte del Estado, lo que implica una diferenciación razonable o una “acción afirmativa” como la ha denominado la Corte Interamericana, es decir, no solo una diferenciación válida y no discriminatoria, sino una obligación en virtud del derecho en comento (Colombia Diversa, 2004). El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha dicho al respecto:

El principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que

originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. (1989, párr. 10).

Entonces, como el Estado ha faltado a su deber de garantizar el respeto por los derechos de los ciudadanos, por la ausencia de regulación normativa frente a las parejas homosexuales, compete a la Corte en casos sometidos a su conocimiento que puedan llegar a tener incidencia general, examinar si es aceptable que la población LGBTI reciba un trato diferenciado.

El cambio interpretativo frente a la figura de la unión marital de hecho se resume en la tabla 1.

170

Tabla 1: Transformación del concepto de unión marital de hecho

Ley 54 de 1990	CORTE CONSTITUCIONAL			
Artículo 1	C-098 de 1996	C-075 de 2007	C-798 de 2008	C-029 de 2009
“se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer”	Los elementos presentes en las uniones maritales heterosexuales son diferentes a homosexuales, razón por la que no podía darse aplicación normativa en igualdad.	Declara la exequibidad de la Ley 54 de 1990 en el entendido de que la aplicación se extiende a parejas homosexuales.	Extiende los efectos de obligación alimentaria por el hecho del matrimonio a las uniones maritales de hecho incluidas las homosexuales.	El patrimonio de familia y afectación a vivienda familiar puede constituirse a favor de la familia formada por matrimonio y unión marital incluida la homosexual. Otras normas de carácter penal y civil se hicieron extensivas a las uniones homosexuales.

En la Sentencia C-098 de 1996, la Corte refirió que existían algunos elementos presentes en las uniones maritales heterosexuales y ausentes en las homosexuales, circunstancia esta suficiente para aducir que había supuestos distintos. Se dijo también que las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia, eran tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su protección integral y, en especial, que la mujer y el hombre tuvieran iguales derechos y deberes, lo que como objeto necesario de protección no se presentaría en las parejas homosexuales.

En 2007, mediante Sentencia C-075, la Corte Constitucional realizó control de constitucionalidad sobre la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, observando que existía una insuficiencia legislativa, como quiera que junto con la pareja heterosexual se encontraban las parejas homosexuales a las que, sin embargo, no se les podía dar un tratamiento igual por no estar previsto un imperativo legal que lo permitiera. La Corte decidió declarar la exequibilidad condicionada de las normas en comento, y con ello que su aplicación se extendiera a las parejas homosexuales, las cuales si mantenían una comunidad de vida permanente y singular por un periodo mayor a dos años podrían acceder al régimen dispuesto en la norma, siendo ello un cambio bastante significativo y una ganancia por vía jurisprudencial para la población LGBTI.

Continuando su ardua labor, al siguiente año la Corte, mediante Sentencia C-798 de 2008, declaró la exequibilidad de las normas demandadas por el actor en esa oportunidad, en el entendido que en la unión marital de hecho operaba la obligación alimentaria que hacía parte del régimen

patrimonial de la prenombrada Ley 54, toda vez que no existía fundamento legal para excluir de tal disposición a las parejas que, aun cuando no estaban unidas por la institución del matrimonio, decidían unir sus vidas de manera singular y permanente en el tiempo, con el propósito de formar una familia. Lo dicho también se aplicaría a las uniones maritales homosexuales.

Una vez explicado que la falta de inclusión de las parejas homosexuales en la normatividad vigente obedecía a que en el momento de creación de esta la población LGBT no era una realidad visible, y que por tanto no se trataba de discriminación hacia esa minoría de la sociedad sino a falta de previsión del legislador, la cual debía suplirse con el ejercicio interpretativo desarrollado por los magistrados de la alta Corte, dicha corporación en Sentencia C-029 de 2009 declaró exequibles las normas acusadas en el entendido que: (i) el patrimonio de familia inembargable y la afectación a vivienda familiar podían constituirse a favor de la familia ya fuera formada por matrimonio o por unión marital de hecho, haciéndose extensiva esta última a las parejas homosexuales, (ii) el artículo 411 numeral 1, que prevé los alimentos para el cónyuge, debía entenderse que también se aplica a uniones maritales heterosexuales y homosexuales, (iii) el término de domicilio continuo para adquirir la nacionalidad por adopción, tratándose de extranjeros casados o compañeros permanentes de nacionalidad colombiana se reduce a dos años, beneficio extensible a parejas del mismo sexo, (iv) el derecho a fijar la residencia en el archipiélago de San Andrés aplica a las parejas del mismo sexo, (v) las normas que comprendían la garantía de no incriminación en materia penal, penal militar y disciplinaria aplica a uniones homosexuales, (vi) las reglas penales de delitos cuando la víctima o el sujeto pasivo es el

compañero permanente no se limita solo a uniones heterosexuales, sino se extiende a homosexuales, al igual que el punible de malversación y dilapidación de bienes familiares, violencia intrafamiliar, (vii) las normas que establecían mecanismos de acceso a la propiedad de tierra en áreas rurales, las que definían los beneficiarios del SOAT por muerte en accidente de tránsito cubren por igual a parejas del mismo sexo.

Lo anterior fue posible porque, en criterio de la Corte, la situación de las parejas heterosexuales era asimilable a la de las parejas del mismo sexo, y a la luz de la Carta Política no existía ningún argumento válido que permitiera un trato diferente.

Lo que puntualmente se ha dicho respecto al concepto de familia se recoge en la tabla 2.

Tabla 2. Transformación del concepto de familia

Constitución Política	SU-623 de 2001	C-814 de 2001	C-577 de 2011	T-716 de 2011	SU-214 de 2016
Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye 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”.	No puede hacerse comparación normativa entre las uniones homosexuales y heterosexuales por tener supuestos de hechos diferentes.	La Constitución solo protege la familia heterosexual y por tanto el tema de la adopción deviene de aquel, por lo que no hay lugar a interpretación diferente a lo contemplado en el artículo 42 Superior.	Permitió la conformación de familia a los homosexuales a través de la unión marital y en razón al déficit normativo en cuanto al matrimonio exhortó al Congreso para legislar al respecto.	Determinó que la interpretación exegética del artículo 42 era equivocada pues la familia admite varias clases, y la heterosexualidad no es condición sine qua non para conformarla.	Consideró que celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima de materializar los principios constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad.

172

En la Sentencia SU-623 de 2001, la Corte sostuvo que a pesar de que la orientación sexual comportaba una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, objeto de respeto y protección por parte del Estado y sus

autoridades, no podía ser equiparable constitucionalmente al concepto de familia legal, por lo que la diferencia en los supuestos de hecho en que se hallaban las parejas homosexuales y la definición y calificación de la familia como objeto

de protección constitucional específica, impedían a todas luces efectuar una comparación judicial entre unos y otros.

Y en Sentencia C-814 de 2001 recordó que al tenor de lo establecido en el artículo 42 Superior los hijos tenían los mismos derechos y deberes, independientemente de que hubieren sido procreados dentro del matrimonio o fuera de él, o fueren adoptados o procreados con asistencia científica. Interpretación consecuente con lo anterior es que la figura de la adopción permitía que una pareja pudiera tener una familia cuando de manera natural no le era posible, pero sobre todo, que lo que se pretendía como primera medida era proteger al menor garantizando sus intereses. En este caso se discutió la constitucionalidad del artículo 89 del Código del Menor, en el que se exigía como requisito la idoneidad moral del adoptante, criterio este que la Corte encontró acorde con los postulados de la Carta Política, como quiera que debía entenderse que tal noción se refería a la moral social o pública y no se traducía en la exigencia de un determinado modo de conducta ética, punto que el juez podía definir según las convicciones propias. Reiteró que debía entenderse que el Constituyente de 1991 había decidido proteger mediante su normatividad a la familia heterosexual y monogámica, y que el tema de la adopción simplemente devenía de tal concepto y se limitaba a respetarlo y cumplirlo, sin que ello constituyera alguna clase de persecución, discriminación o arremetida contra las minorías homosexuales. La norma demandada fue declarada exequible (Corte Constitucional, 2001).

A mediados del año 2011, en Sentencia C-577 la misma Corporación hizo énfasis en que los

cambios culturales, sociales, de pensamiento y el viraje sustancial del siglo XXI permitieron dar un giro en torno a la interpretación del precepto constitucional previsto en el artículo 42 Superior, reconociendo como opción de conformar una familia no solo la institución del matrimonio, sino la conformada por parejas de tendencia homosexual. Sin embargo, en principio no podía tomarse de igual forma las uniones maritales de hecho conformadas por heterosexuales con las formadas por homosexuales, toda vez que solo las primeras podían cumplir con el fin de procreación previsto de manera natural; no obstante, se definió luego que dicha procreación era solo una posibilidad que el legislador le ofrecía a los casados, lo que este había previsto como finalidad del matrimonio, pero que no constituía una imposición por parte del Estado, pues ante ello estaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación reproductiva y la autonomía individual.

La misma sentencia (C-577/2011, G. Mendoza) refirió que en cuanto al matrimonio, si bien la Carta Magna permite que este suceda entre parejas heterosexuales, y no consagra a las homosexuales, no significa ello que tal exclusión sea sinónimo de prohibición, porque como se ha dicho en repetidas ocasiones, las dos clases de parejas son opciones válidas que dan lugar al surgimiento de la familia como núcleo esencial de la sociedad, digno de protección constitucional. Empero, el hecho de que la única forma de que la población LGBTI conforme una familia se dé por la vía de la unión marital de hecho, comporta, como se ha mencionado con antelación, un déficit de protección normativa. Por las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional exhortó a los



Luego, en cumplimiento del mandato anterior, o al menos aproximándose, en Sentencia T-716 de 2011 la Corte reconceptualizó el concepto de familia instituido en el artículo 42, concluyendo que la interpretación de dicho precepto, en el entendido que la familia se derivaba de la unión entre un hombre y una mujer, era a todas luces equívoca, como quiera que la misma norma prevé que el vínculo familiar se logra a partir de diversas situaciones de hecho, por lo que no puede decirse que la heterosexualidad sea un aspecto *sine qua non* para conformar lazos familiares. Así las cosas, en esta ocasión se expuso que el requisito del reconocimiento o declaración notarial que debían realizar las parejas homosexuales antes de que se hiciera exigible la prestación resultaba desproporcionado e irrazonable, configurándose un tratamiento discriminatorio, dado que esta exigencia no operaba para parejas heterosexuales, por lo que a partir del pronunciamiento en comento bastaría usar los estándares probatorios tradicionales para demostrar la existencia de la unión homosexual y así acceder a la pensión de sobreviviente.

Posteriormente, mediante Auto 022/2013, calificado el 14 de febrero de 2013, que pretendía la declaratoria de nulidad de la sentencia referida en líneas anteriores, la Corte reiteró que dicho pronunciamiento se ajustó a las reglas del debido proceso, y no era más que el seguimiento del precedente sentado en la materia: la pensión de sobreviviente como forma de protección de los derechos fundamentales de quienes formaban una pareja homosexual, y el reconocimiento de tal unión como una modalidad de familia. En tal virtud, dicha decisión no solo se ajustaba a los preceptos normativos de legalidad sino que debía ser acatada en su totalidad.

174

Sería una utopía pensar que la familia heterosexual es la única legalmente permitida, cuando a nivel mundial se vienen reconociendo derechos a las parejas homosexuales, que cada vez más adquieren el valor de verdaderos postulados. Esta situación no ha sido ajena a nuestro país, razón por la cual debemos contar con una visión futurista de los conceptos y estar preparados para los cambios, los cuales si bien no son de aceptación general, sí han conllevado reconocimiento y respeto por parte de la sociedad, situación que genera una postura que de una u otra forma resultará necesario plasmar a lo largo de la historia.

parlamentarios colombianos a que antes del 20 de junio de 2013 expedieran la normatividad necesaria para superar el déficit de protección. Como quiera que venciera dicho término sin que el legislador se pronunciara al respecto, quedó abierta la posibilidad de que las parejas homosexuales acudan ante juez o notario a fin de solemnizar y formalizar el vínculo contractual que les permita constituir una familia.

Recientemente, en Sentencia SU-216 de 2016, la Corte consideró que celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y valores constitucionales, y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género. También estimó que los contratos innominados, mediante los cuales se pretendió solemnizar y formalizar las uniones de personas del mismo sexo, no suplen el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011. En los términos del artículo 113 del Código Civil, la celebración de un matrimonio civil genera diversos efectos jurídicos personales y patrimoniales, los cuales no se encuentran presentes en un contrato civil innominado, lo cual genera un trato discriminatorio entre las parejas heterosexuales y del mismo sexo (CConst., SU-214/2016, A. Rojas).

En materia de adopción, en Sentencia SU-617 de 2014 la Corte examinó el caso de la adopción por consentimiento, es decir, cuando una persona adopta el hijo biológico de su compañero(a) permanente, y dispuso que la condición de homosexual de la pareja adoptante no puede ser fundamento para resolver negativamente el respectivo trámite administrativo, pues una decisión negativa con esta principal motivación vulnera los derechos fundamentales de los dos miembros de la pareja y del menor cuya adopción se pretende, a tener una familia y a la autonomía y unidad familiar; lo anterior constituye un avance positivo aunque restrictivo en materia de adopción.

#### IV. Resultados y conclusiones

Colombia se encuentra enmarcada por el concepto de diversidad cultural, étnica, racial, religiosa y de otros tipos, que hoy por hoy conllevan afirmar que no existe un solo aspecto que identifique de manera especial a una persona y mucho menos a una familia. Si bien es cierto existen modelos de familia, también es cierto que tal y como se ha podido observar en este trabajo, el concepto de familia ha evolucionado de forma tal que se puede afirmar que lo que existen son modelos de familia diferentes. En el caso colombiano, la situación resulta ser especial precisamente por la ubicación geográfica, lo que conlleva culturas y ámbitos sociales diversos.

El concepto de familia depende de la construcción histórica de cada núcleo. Por lo general se trata de mantener los mismos rasgos característicos que dan cuenta de su pasado histórico, pero en muchos casos también existe la influencia de aspectos externos que de una u otra forma implican la transformación de los pensamientos y de los conceptos del tema.

Los diferentes cambios e innovaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional han venido reconociendo varios derechos a favor del concepto amplio de familia, lo que ha representado significativos avances, muchos revolucionarios e incluso impensables para algunos sectores de la sociedad, como el religioso, por ejemplo, que ha expresado la necesidad de tener en cuenta los pensamientos clásicos de la noción de familia, pero que finalmente ha tenido que ceder ante la necesidad de entenderlo desde una perspectiva innovadora.

Las descripciones legales y constitucionales del concepto familia permiten deducir que su conformación puede darse por la celebración del matrimonio, o bajo la figura de la unión libre o unión marital de hecho. Aquí varía su conceptualización, pues recordemos que fuese por matrimonio o unión marital, la familia se constituía por la unión de un hombre y una mujer; sin embargo, el estudio jurisprudencial en el que se avizora que se permitió asumir que las parejas homosexuales también podían conformar uniones maritales con los efectos que estas llevan consigo, facultó la modificación del paradigma heterosexual de dicha institución, por tanto, al aceptar que las parejas homosexuales tengan acceso, verbigracia, al sistema de seguridad social integral como tales, transformó ostensiblemente el contenido inicial del artículo 42 Superior, máxime cuando la Corte, sin verse la implementación de normatividad al respecto, abrió el camino para la constitución de la familia homosexual por medio del matrimonio civil, este año.

A pesar de la grave situación de vulneración de derechos que ha soportado esta comunidad, sobrevive en un mundo de rechazo, en medio de pensamientos y culturas ortodoxas que no asimilan estilos de vida distintos a los tradicionales, por ello, las costumbres conservadoras arraigadas de la sociedad son, han sido y serán al menos en nuestro país, la talanquera que impide la manifestación abierta de las inclinaciones sexuales diversas a las que se conocían de antaño.

Evidentemente, en países como el nuestro, es innegable la influencia que ejerce en el tema la Iglesia Católica y, en sí, el cristianismo. La idea de que una familia se creó para ser conformada

por un hombre y una mujer, y el dominio que tal concepto genera en la mente de la ciudadanía, es la piedra angular de la discriminación ejercida frente a grupos como el LGBTI, al que generalmente se refieren como minoría a pesar de ser una realidad cada vez más notoria en la sociedad.

No obstante los adelantos jurisprudenciales sigue existiendo la desprotección hacia la población homosexual y, más aún, la situación de discriminación; pero organizaciones no gubernamentales, buscando su amparo, han tomado la vocería de estos grupos, han unido esfuerzos en busca del reconocimiento legal, han promovido campañas de solidaridad y concientización que han permitido generar un cambio de pensamiento que da paso al puesto que merece esta comunidad en una sociedad organizada como la nuestra.

Gracias a la Corte Constitucional y al mismo giro que esta ha dado a su línea jurisprudencial, puede decirse con seguridad que la población LGBTI a la fecha ostenta derechos que, si bien no son suficientes, sí son necesarios y fueron producto no del cambio normativo que a gritos exige la sociedad, sino de la interpretación extensiva que ha dado la Corte a los preceptos existentes, los cuales se habían previsto restringiendo su aplicación exclusivamente a la pareja heterosexual.

Es claro que permanentemente los conceptos deben estar sujetos a variaciones, que debe existir evolución constante en ellos dado que el mundo exterior está lleno de cambios que es necesario analizar, aprehender y emparentar de acuerdo con el medio. Cada vez más surgirá un pensamiento que conlleve mostrar que nada es estático, que por el contrario tanto lo externo como lo interno

sufren modificaciones, y que tratándose de relaciones entre individuos, incluidas aquellas entre familiares cercanos, estarán sujetas a generar transformaciones en la vida individual, lo que comporta la variación de los conceptos, incluido el de familia. Sería una utopía pensar que la familia heterosexual es la única legalmente permitida, cuando a nivel mundial se vienen reconociendo derechos a las parejas homosexuales, que cada vez más adquieren el valor de verdaderos postulados. Esta situación no ha sido ajena a nuestro país, razón por la cual debemos contar con una visión futurista de los conceptos y estar preparados para los cambios, los cuales si bien no son de aceptación general, sí han conllevado reconocimiento y respeto por parte de la sociedad, situación que genera una postura que de una u otra forma resultará necesario plasmar a lo largo de la historia.

Como puede notarse de todo lo expuesto, la Corte Constitucional ha adoptado una posición garantista al respecto, con el fin de eliminar del ordenamiento jurídico colombiano toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual, pero el camino por recorrer es largo, esperamos que el Estado contribuya con la materialización de la igualdad como principio fundante y que los interesados sigan batallando con tanto o mayor ahínco para lograr el cambio deseado.

Debe tenerse presente que la familia, conformada por parejas homosexuales o heterosexuales, es sujeto de derechos en las mismas condiciones y con el mismo margen de igualdad; en consecuencia, los derechos de los que es titular son inviolables, y si son vulnerados, limitados o puestos en peligro de cualquier forma, pueden ser defendidos y exigidos mediante el uso de las herramientas legales

también previstas por el legislador. Seguramente muchas batallas se presentarán, pero todas en pro del reconocimiento de derechos y con bases lo suficientemente fuertes como para que estos sean declarados y reconocidos legalmente, como se ha visto a lo largo de la historia universal.

## Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Obtenido de secretariassenado: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr003.html#251](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr003.html#251)
- Cabanellas de Torres, G. (2003). Diccionario Jurídico Elemental (16ª Ed.). Buenos Aires: Heliasta.
- Colombia Diversa. (2004). *Voces excluidas: legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia*. Recuperado el 15 de julio de 2015 de colombiadiversa: [http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/que/3\\_1\\_INVESTIGACION/3\\_1\\_1\\_INFORMES\\_DERECHOS\\_HUMANOS/3\\_3\\_1\\_1\\_VOCES\\_EXCLUIDAS/Voces\\_Excluidas\\_2004.pdf](http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/que/3_1_INVESTIGACION/3_1_1_INFORMES_DERECHOS_HUMANOS/3_3_1_1_VOCES_EXCLUIDAS/Voces_Excluidas_2004.pdf)
- Congreso visible.org. (s. f.). Seguimiento al proyecto de ley “*por medio del cual se regula la unión civil entre personas y se dictan otras disposiciones. [Unión civil de parejas homosexuales]*”. Obtenido de congresovisible: <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/6830/#tab=2>
- Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón; junio 5 de 1992). Recuperado el 10 de 07 de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-098 de 1996 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; marzo 7 de 1996).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-814 de 2001 (M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; agosto 2 de 2001).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-623 de 2001 (M. P.: Rodrigo Escobar Gil; junio 14 de 2001).
- Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2005 (M. P. Rodrigo Escobar Gil; agosto 9 de 2005). Recuperado el 04 de agosto de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2007 (M. P.: Rodrigo Escobar Gil; febrero 7 de 2007).
- Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2008 (M. P.: Clara Inés Vargas Hernández; abril 16 de 2008). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-336-08.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-798 de 2008 (M. P.: Jaime Córdoba Triviño; agosto 20 de 2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-029 de 2009 (M. P.: Rodrigo Escobar Gil; enero 28 de 2009).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011 (M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; julio 26 de 2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-716 de 2011 (M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; septiembre 22 de 2011).
- Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2012 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; marzo 28 de 2012). Recuperado el 14 de julio de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-250-12.htm>
- Corte Constitucional. Auto 022 de 2013 (M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; febrero 14 de 2013). Recuperado el 27 de julio de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2013/a022-13.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C-241 de 2014 (M. S. Mauricio González Cuervo; abril 9 de 2014). Recuperado el 17 de julio de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-241-14.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-617 de 2014 (M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez; agosto 28 de 2014).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-214 de 2016 (M. P.: Alberto Rojas Ríos; abril 28 de 2016)
- Diccionario de la Lengua Española. (s.f.). *Homosexualidad*. Recuperado el 16 de julio de 2015 de: <http://lema.rae.es/drae/?val=homosexualidad>
- Dworkin, R. (1985). *Questioni di principio*. Milano: Il Saggiatore.
- Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. (1989). *Observación general N° 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*. Recuperado el 15 de julio de 2015 de University of Minnesota, Human Right Library: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom18.html>
- Senado de la República. Proyecto “Por el cual se protegen y reconocen derechos a las mujeres y hombres bisexuales y homosexuales”. Archivado. Recuperado de: <http://www.senado.gov.co/az-legislativo/proyectos-de-ley>
- Senado de la República. Proyecto “Por el cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo derechos patrimoniales y otros derechos”. Archivado. Recuperado de: <http://www.senado.gov.co/az-legislativo/proyectos-de-ley>

Senado de la República. Proyecto “Por el cual se dictan medidas relativas a la protección social de las parejas del mismo sexo”. Archivado. Recuperado de: <http://www.senado.gov.co/az-legislativo/proyectos-de-ley>

Senado de la República. Proyecto “Por la cual se establece la institución del matrimonio para parejas del mismo sexo, se modifica el Código Civil y se dictan otras disposiciones”.

Recuperado de: <http://www.senado.gov.co/az-legislativo/proyectos-de-ley>

Serrano, J. F. (Marzo 6 de 1997). *Entre negación y reconocimiento. Estudios sobre “homosexualidad” en Colombia*. Recuperado el 12 de julio de 2015 de redalyc: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=105118999006>

Uprimny, R. y García Villegas, M. (2004). *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*. Bogotá.