

23

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**La protección a los diversos
tipos de familia en la
jurisprudencia constitucional
colombiana**

Alexandra Castro Franco

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 23
***La protección a los diversos tipos de familia
en la jurisprudencia constitucional colombiana***
Alexandra Castro Franco

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2015, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia
www.icrp.uexternado.edu.co/

Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

La protección a los diversos tipos de familia en la jurisprudencia constitucional colombiana

Para empezar a hablar del concepto de familia en Colombia y la interpretación evolutiva que ha dado la Corte Constitucional sobre este concepto debemos partir de la Constitución de 1991 que en su artículo 42 define a la familia como:

“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”.

Esta definición del artículo 42 se inscribe dentro de un marco normativo internacional en materia de derechos humanos que consagra el rol primordial de la familia dentro de la sociedad su importancia y necesidad de protección¹.

La Constitución de 1991 quiso apartarse de la tradición judeo-cristiana y del fuerte influjo católico de la Constitución anterior (de 1886) que reconocía como familia solamente aquella constituía mediante matrimonio católico. Este mismo debate se dio en el contexto de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando se propuso incluir el término “la familia fundada en el vínculo del matrimonio” la alusión al matrimonio fue finalmente eliminada por considerarse que no era preciso “negar la protección a la familia no fundadas en el matrimonio”².

De esta manera la Constitución colombiana de 1991 optó por reconocer la familia a partir de la voluntad de conformarla pero se limitó al concepto de

* Abogada, doctora en derecho internacional de la Universidad Paris 2 Panthéon Assas, magister en derechos humanos y derecho internacional humanitario. Se desempeña como docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia.

1. Véase el artículo 16 de la Declaración universal de Derechos humanos; el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; El artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

2. Albert Verdoot. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Nacimiento y Significación Editorial mensajero. Bilbao, España, 1969.

familia como aquella integrada por un hombre y una mujer. Adicionalmente el citado artículo consagra la protección que el Estado y la sociedad deben dar a la familia; el carácter inalienable del patrimonio familiar y la protección a la honra, dignidad e intimidad de las familias y la libertad de escoger el número de hijos así como la de contraer matrimonio entre otras cosas.

Como antecedentes importantes de esta norma a nivel nacional podríamos citar la ley 70 de 1931 que estableció la figura del patrimonio de familia en favor de las familias compuestas de marido y mujer y sus hijos menores de edad. Con el paso del tiempo, la idea de que no solamente los vínculos matrimoniales podían constituir una familia fue ganando terreno, es así como la ley 54 de 1990 establece la figura de la unión marital de hecho para las uniones entre hombres y mujeres, y determina los requisitos para la conformación de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes reconociendo las familias heterosexuales de hecho. Esta ley es completada más adelante por la ley 459 de 1999.

De esta manera, podríamos decir que el primer gran paso hacia una aceptación más amplia de la familia, se dio al superar la concepción puramente religiosa que ligaba la familia a aquella unida por los vínculos matrimoniales y de la cual se inspiró la constitución de 1991 para reconocer a la familia como un vínculo natural o jurídico.

Por otro lado, y siendo muy relevante para el análisis que vamos a llevar a cabo, la Constitución de 1991 estipula que Colombia es un Estado pluralista en el que se reconoce la diversidad étnica y cultural; la libertad de culto y de conciencia y se garantizan los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a las libertades sexuales y reproductivas. La Constitución reconoce además el derecho a la intimidad y apoya de manera especial a la madre cabeza de familia. Aquí, para algunos, se encuentra una contradicción, ya que parecería extraño estipular por un lado, que las familias son únicamente aquellas conformadas por un hombre y por una mujer y ,por otro recoger el reconocimiento a la diversidad en todas sus manifestaciones y el libre desarrollo de la personalidad.

Lo cierto es que el concepto de familia, tal y como lo reconoce ese artículo 42 de la Constitución y la protección que se desprende de ese reconocimiento de familia han tenido una gran evolución especialmente a partir del aporte de la Corte Constitucional. Pero en este punto se requiere hacer una precisión, y es que la Corte no viene a inventarse esas concepciones de familia sino que se trata de una respuesta que da este tribunal a situaciones reales que a pesar de existir desde siempre se hacen más visibles en un momento dado y reclaman por un reconocimiento.

En este sentido encontramos trabajos como el de Virginia Gonzales de Pineda³ los cuales han dado cuenta de las diversas formas de familia que

3. Gutierrez de Pineda, Virginia. Avances y perspectivas en los Estudios de Familia En: Re-

conviven en la sociedad colombiana existentes desde la época misma de la colonia. Parejas de hecho, parejas monoparentales, parejas entre personas del mismo sexo que han ido creando dinámicas de interacción social que superan las estructuras rígidas establecidas en las normas civiles. A partir de estas constataciones se puede entender a la familia como “una estructura en interacción con las restantes instituciones, cuyas instancias a su turno moldean son moldeadas por todos nosotros”.

En la práctica existen vacíos de la norma a la hora de recoger estas realidades, los cuales resultan en vulneraciones a los derechos fundamentales de quienes integran estas formas de familia por cuenta de una falta de reconocimiento social y su imposibilidad de acceder a instituciones como los beneficios pensionales, herencias, protección de su patrimonio y protección de su núcleo familiar. Es ahí donde entra la Corte Constitucional la cual en muchos casos es por vía de acciones de tutela que ha sido llamada a remediar situaciones de vulneración de derechos fundamentales en cabeza de diversos grupos poblacionales que no caben dentro de las estructuras rígidas que contiene la norma.

A la Corte Constitucional se le ha confiado el rol de garante de la constitución, rol que se ha interpretado de manera evolutiva como un mecanismo para hacer de la Constitución un instrumento vivo que responda a las dinámicas y a las necesidades de cada momento en particular. Frente a este tema, la Corte ha llegado a reconocer que el concepto de familia debe extenderse a diversos ámbitos y realidades. En palabras de la misma Corte siendo la familia el núcleo fundamental de la sociedad, al Estado le atañe la “necesidad de dotarla de un sustrato material que le permitiera satisfacer sus necesidades básicas para que pueda surgir y desarrollarse sin traumatismos”. Esta labor le corresponde en un principio al legislador, sin embargo, como pretendemos demostrarlo, para el caso colombiano ha sido la Corte quien ha intervenido en este proceso. Estas interpretaciones no siempre han sido del mejor recibo, algunos estamentos de la sociedad y del propio Estado, especialmente en cabeza de la Procuraduría general de la Nación han manifestado su descontento con los pronunciamientos progresistas de la Corte.

Me detendré entonces en el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el concepto de familia para terminar dando cuenta del carácter controversial de los pronunciamientos de la Corte y plantear las incertidumbres que quedan frente a la regulación de la familia en el sistema normativo colombiano.

flexiones para Intervención en la Problemática Familiar. Consejería Presidencial para la política social. PNUD. Santafé de Bogotá 1995 p. Gutierrez de Pineda, Virginia. La Familia Colombiana Hoy de las dos Últimas Décadas Seminario. Taller sobre Familia y Desarrollo: Perspectivas hacia la primera Década del Siglo XXI. Facultad de Desarrollo Familiar Universidad de Caldas. Manizales 1990 P.80-81.

1. ROMPER VIEJOS PARADIGMAS Y DIFERENCIAS ENTRE VÍNCULOS FAMILIARES DE ORIGEN MARITAL Y EXTRAMARITAL

Una de las primeras tareas que desempeñó la Corte Constitucional fue la de adecuar las disposiciones civiles a las disposiciones constitucionales, especialmente en lo que se refiere a las uniones maritales y sus efectos. Así por ejemplo en 1996 se recordó en que medida debía protegerse las uniones libres entre hombres y mujeres aunque no exista entre estos vínculos contractuales ya que “ ella da origen a la institución familiar”⁴. En esta oportunidad, sin embargo, la Corte no reconoció la posibilidad de establecer uniones maritales de hecho en cabeza de las parejas del mismo sexo (situación que fue ampliamente criticada en salvamentos de voto).

Por otro lado, los derechos de los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales también fueron objeto de pronunciamientos de la Corte desde sus inicios. Así por ejemplo en el 2000, la Corte reconoce que las diferencias existentes entre los llamados hijos legítimos y los ilegítimos resultaban contrarias a “ los nuevos valores que inspiran la Constitución”⁵. La Corte ha considerado que existen tres clases de hijos a saber: los matrimoniales, los extramatrimoniales y los adoptivos y determina que no debe existir ninguna diferencia de trato entre estos ya que según la constitución todos tienen iguales derechos⁶.

2. FRENTE A DIFERENTES TIPOS DE LAZOS FAMILIARES

La Corte ha reconocido también que la protección a la familia no puede restringirse a aquellas que se conforman por vínculos jurídicos o de consanguinidad sino que esta debe extenderse a lo que ella denomina familias de facto o familias de crianza. En virtud de este concepto, se han reconocido y amparado los lazos familiares existentes entre padres e hijos de sus cónyuges a pesar de que entre estos no exista ningún vínculo de consanguinidad para efectos de beneficiarse de servicios sociales, pensiones entre otros.

El alto tribunal reconoce que la familia se puede construir por un concepto “sustancial y no formal” y que en virtud de este concepto “la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar”⁷.

4. Corte Constitucional sentencia C-098 de 1996 Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

5. Sentencias C-800 del 2000 Magistrado ponente Jose Gregorio Hernandez, reiterado en la sentencia C 310 del 2004 Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

6. Corte Constitucional sentencia C 596 de 1996

7. Corte Constitucional, sentencia T 606 de 2013 Magistrado Ponente Alberto Rojas Rios

En la sentencia T-495 de 1997, por ejemplo, la Corte reconoce el derecho al pago de indemnización de los padres de crianza de un soldado fallecido, en razón de la relación familiar de hecho existente. En este caso se sostuvo que:

“no hay duda de que el comportamiento mutuo de padres e hijo (“de crianza”) revelaba una voluntad inequívoca de conformar una familia, y el artículo 228 de la Carta Política establece que prevalecerá el derecho sustantivo”.

El reconocimiento a las familias de facto se ha trasladado a la jurisdicción Contencioso Administrativa que ha reconocido derechos integrantes del núcleo familiar, sin que exista entre ellos un vínculo de consanguinidad o jurídico tratándose de solicitudes de indemnización por muerte de hijo de crianza. Para el Consejo,

“es posible hacer referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza”, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales.”⁸

3. CARÁCTER MALEABLE DEL CONCEPTO DE FAMILIA

La Corte ha reconocido que el concepto de familia no es estático, sino que se trata de un concepto maleable. Así lo determinó en la sentencia C-577 de 2011 al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil y lo ha reiterado en otras oportunidades⁹ en donde se ha establecido que:

El carácter maleable de la familia” se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”, pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas

8. Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente: 17997, M.P. Enrique Gil Botero. Línea Jurisprudencial reiterada en sentencia del 11 de julio de 2013, expediente: 19001-23-31-000-2001-00757-01, radicación interna: 31.252, en la cual reconoció el derecho al pago de indemnización al padre de crianza.

9. Como la sentencia T 606 de 2013.

formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia”.

Este elemento resulta muy importante ya que haciendo una interpretación armónica de la constitución, particularmente del reconocimiento que en la misma se hace a la diversidad étnica y cultural y al libre desarrollo de la personalidad se determina que en un Estado Social de derecho como el colombiano se deben respetar las familias que se conforman de acuerdo a las propias opciones de vida. En este mismo sentido ya se había pronunciado la sentencia T-572 de 2009 al disponer que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”.

4. FAMILIAS MONOPARENTALES

Como lo hemos señalado anteriormente, la Constitución de 1991 en su artículo 43 establece la protección para las madres cabeza de familia. Esta protección se lleva a cabo mediante acciones positivas tendientes a favorecer a estas madres. La Corte Constitucional también ha intervenido frente a este tipo de familias extendiendo las medidas de protección dispuestas a los “hombres que se encuentren en una situación de hecho igual”¹⁰, en este sentido ha entendido que la protección a la estabilidad laboral, los beneficios pensionales y otras prerrogativas de las madres cabeza de familia debe extenderse a los padres cabeza de familia.

5. FRENTE A FAMILIAS CONFORMADAS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO

Tratándose de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, estamos en presencia de un debate que se ha dado a todo nivel y resulta bastante sensible para la sociedad colombiana. La Corte constitucional ha proferido múltiples sentencias en las cuales no solamente a abogado por el reconocimiento de las uniones entre parejas del mismo sexo, sino que también ha intentado ponerle remedio a graves situaciones de discriminación que se presentan en contra de la comunidad LGBT. En su jurisprudencia, la Corte ha entendido que se debe proteger tanto la dignidad humana como el derecho al libre desarrollo

10. Sentencia C 989 del 2006 Magistrado ponente Alvaro Tafur Galvis. En este mismo sentido la sentencia SU 389 de 2005.

de la personalidad y el derecho a la intimidad ya que “cada persona, en tanto sujeto libre y autónomo, está investida de la potestad de definir su proyecto de vida, bajo la sola condición que ello no imponga afectaciones esenciales a los derechos de los demás”¹¹.

Dentro del ejercicio de estos derechos se encuentra la posibilidad de definir la identidad y orientación sexual entendida esta como la voluntad de conformar una unión estable con una persona del mismo o de diferente sexo, la cual que para la Corte es constitutiva de familia. Se ha entendido así que se deben respetar las uniones entre parejas del mismo sexo y que están proscritas todas las formas de discriminación fundadas en la falta de aceptación de la orientación sexual:

“por el simple hecho de ser distintas y minoritarias. Esto debido no solo a que son distinciones basadas en criterios sospechosos y que están carentes de justificación, sino porque toman la forma de tratamientos indignos puesto que, como se ha indicado, tales decisiones individuales corresponden solo al fuero interno de las personas y en modo alguno pueden ser cuestionadas o restringidas con base en actitudes que tienen como único fundamento el prejuicio, la ignorancia o el franco desconocimiento del régimen de libertades que prevé la Constitución”.

A partir de estas consideraciones la Corte ha reconocido derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, así como los derechos a pensión de sobrevivientes; derecho a la porción conyugal; derecho a constituirse como unión solemne; y la equiparación frente a los beneficios de las parejas heterosexuales en temas como la constitución de patrimonio de familia; las obligaciones de prestar alimentos; las garantías de no incriminación en materia penal, entre otros.

No podemos hacer en estas líneas un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Corte que ha hecho referencia a las relaciones entre parejas del mismo sexo, sin embargo haremos una alusión breve a los momentos más relevantes.

a. Uniones maritales de hecho, derechos patrimoniales

En el 2007 la Corte Constitucional al conocer sobre la constitucionalidad de la ley 54 de 1990 termino estableciendo que las uniones maritales de hecho podrían darse entre parejas del mismo sexo¹², con esto, cambió el precedente jurisprudencial anterior que consagraba que este tipo de unión se podía dar solo entre parejas heterosexuales argumentando que de no hacerlo se vulnerarían los derechos a la dignidad humana y la libertad de asociación. Para la Corte:

11. Corte Constitucional sentencia T-716 del 2011

12. Corte Constitucional sentencia C-075 de 2007 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

“el nuevo contexto social y jurídico en el que se desenvuelve el régimen patrimonial de los compañeros permanentes, puede decirse que, sin dejar de lado los criterios de protección a la familia y a la mujer que inspiraron la expedición de la ley, cobra mayor relevancia la dimensión regulatoria de la situación patrimonial de la pareja en condiciones de equidad y de ello es testimonio el énfasis que en el análisis del régimen previsto en la ley y en la consideración de los elementos que le dan sustento se pone en las condiciones de convivencia como expresión de un proyecto de vida en común con solidaridad y apoyo mutuo”.

Al año siguiente, mediante sentencia C-366 del 2008¹³ la Corte Constitucional estableció el derecho a beneficiarse de la pensión para el compañero/ compañera permanente del mismo sexo. Eliminando más adelante los requisitos excesivos que se imponían para este tipo de parejas y equiparándolos frente a los impuestos a parejas heterosexuales¹⁴.

La sentencia C-029 del 2009 se encargó por su parte de equiparar otras situaciones familiares propias de las uniones maritales heterosexuales a las uniones de parejas del mismo sexo a partir de una demanda de inconstitucionalidad de varias leyes. En esta oportunidad la Corte determinó: que el patrimonio de familia para las parejas del mismo sexo era inembargable; que entre compañeros del mismo sexo existe la obligación de prestar alimentos; que las parejas del mismo sexo pueden hacer uso de los derechos migratorios; que las parejas del mismo sexo tienen derecho a residir en San Andrés y Providencia; que tienen derecho a constituirse como víctimas dentro de los procesos de verdad, justicia y reparación; que pueden beneficiarse de los subsidios familiares entre otras cosas.

La Corte recordó en estas providencias que las parejas homosexuales constituyen “opciones válidas a la luz del ordenamiento superior”¹⁵ las cuales suponen “una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia”¹⁶. Debe resaltarse sin embargo, que los derechos reconocidos a las parejas del mismo sexo se enmarcan dentro de un proceso de equiparación de estas parejas frente al tratamiento acordado a las uniones de hecho entre las parejas heterosexuales. En este sentido, y siguiendo la tendencia existente, se ha tenido que esperar a que primero se equiparen cada uno de estos derechos entre las parejas constituidas por vínculos matrimoniales y las parejas constituidas por unión marital de hecho, para que en un segundo momento se hayan podido reivindicar estos mismos derechos en cabeza de la las parejas homosexuales constituidas por unión marital de hecho. Este

13. la cual fue reiterada mediante sentencia T-051 del 2010 con efectos intercomunis

14. Mediante las sentencias T-911 del 2009 y T-051 del 2010 respectivamente.

15. Sentencia C-075 del 2007 op cit.

16. Sentencia T-911 del 2009 op cit.

proceso de equiparación, sin embargo, no se ha hecho de manera definitiva sino analizando caso por caso a partir de la premisa aceptada por la Corte de que las uniones entre parejas homosexuales y las uniones entre parejas heterosexuales guardan diferencias que deben ser contempladas detalladamente.

b. Uniones solemnes entre parejas del mismo sexo

Tal vez el paso más importante en el reconocimiento de las familias constituidas por parejas del mismo sexo se dio en el 2011 mediante la sentencia C 577 del 2011 que pone de presente la necesidad de crear una figura contractual que recoja la voluntad solemne de las parejas del mismo sexo de constituir una unión más allá de la unión marital de hecho. Para llegar a abalar estas uniones, la Corte parte de una revisión de todos los pasos que se han surtido para reconocer a las parejas del mismo sexo como titulares de derechos así como para reconocer la libre opción sexual, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad de este grupo poblacional. El tribunal recalca las condiciones difíciles en las cuales han tenido que avocar por sus derechos estos grupos y recuerda como los homosexuales no pueden ser relegados al rango de “ciudadanos de segunda categoría”. Para la Corte:

el campo sobre el cual recaen las decisiones políticas del Estado no puede ser aquel “en el que los miembros de la comunidad no están obligados a coincidir como ocurre con la materia sexual, salvo que se quiera edificar la razón mayoritaria sobre el injustificado e ilegítimo recorte de la personalidad, libertad, autonomía e intimidad de algunos de sus miembros”¹⁷.

Existe, un déficit de protección en cabeza de las uniones entre parejas del mismo sexo que se deriva de la ausencia de instituciones que hagan posible formalizar el vínculo entre las mismas. Las parejas del mismo sexo deberían contar con los mismos mecanismos que tienen las parejas heterosexuales para, si así lo desean en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, formalizar su unión más allá de la unión marital de hecho. Para la Corte:

Las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho -a la que pueden acogerse si así les place-, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por los homosexuales.

17. En esta parte la Corte cita la sentencia C-098 de 1996.

La voluntad de las parejas del mismo sexo no debe ser “recordada” y en ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la autodeterminación se debe poder ejercer de manera plena.

Por otro lado, con respecto a lo que estipula el artículo 42 de la Constitución, se establece que el reconocimiento hecho por la Carta al matrimonio heterosexual no implica necesariamente que esté prohibido establecer una institución para el reconocimiento de las familias integradas por parejas del mismo sexo “de conformidad con un vínculo jurídicamente regulado”. Así pues, nada impide que se establezca una figura contractual para solemnizar las relaciones entre parejas del mismo sexo en aquellos casos en que estas deseen expresar su voluntad libre de conformar una familia.

Ahora bien, en la sentencia en mención la Corte reconoce que es al legislador a quien le corresponde definir cuáles serán las medidas a tomar para reconocer estas uniones solemnes entre parejas del mismo sexo por ser el Congreso el foro democrático por excelencia; por la trascendencia social de una medida de este tipo pero también porque, tal y como se reconoce en providencias anteriores, la Corte es consciente de que existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales y en este sentido es al legislador a quien le compete atender las necesidades de protección de cada grupo social con miras a superar la situación de marginamiento en la que viven algunos de ellos. Por este motivo, la Corte entiende que el Congreso puede asignarle a este tipo de uniones la denominación y alcance que estime apropiado. Para estos efectos la Corte dio al Congreso un plazo hasta el 20 de junio de 2013 para legislar sobre la figura de las uniones solemnes, determinando que si esto no sucedía las parejas del mismo sexo podrían acudir ante notarios y juzgados para formalizar su relación de pareja por medio de un contrato.

Al 20 de junio de 2013 el Congreso no había reglamentado la figura, razón por la cual las parejas acudieron ante jueces y notarios para formalizar su unión.

El problema radica en que no existe un contrato estipulado para este tipo de uniones, se ha dicho que se trata de una “unión solemne”, pero los efectos de la misma y su carácter equiparable con el matrimonio todavía se discuten. Entre tanto, las primeras parejas del mismo sexo en formalizar su unión fueron Claudia Zea y Elizabeth Castillo. Dicha unión estuvo acompañada de todo un show mediático además de la presentación de varias acciones de tutela por cuenta de organizaciones católicas y otro tipo de asociaciones que consideraban vulnerados sus derechos fundamentales por cuenta de la unión de otros sujetos.

Para terminar de describir el desarrollo que han tenido el reconocimiento de las parejas del mismo sexo me referiré brevemente el tema de la adopción, siendo el más novedoso.

c. La adopción por parte de parejas del mismo sexo

El primer caso se presentó en mayo de 2012 cuando la Corte avaló la adopción de dos niños por parte del extranjero Chandler Burr. En este caso los niños ya se encontraban bajo la custodia del adulto sin embargo el Instituto encargado de la protección de los niños en Colombia (ICBF) consideró que el señor Burr había ocultado su orientación sexual por lo que intentó quitarle la custodia de los niños y los ubicó en un hogar sustituto. El caso fue revisado por la Corte constitucional y en sentencia T-276 de 2013¹⁸ la Corte le devolvió la custodia definitiva de los niños al señor Burr estableciendo que la condición sexual no puede ser considerada, por este solo hecho, como un impedimento para la adopción individual. Para la Corte además, la medida de retirar a los niños de la custodia del padre adoptivo fue errónea ya que la misma se basó en prejuicios.

A este proceso se allegaron incluso conceptos técnicos por parte de psiquiatras infantiles quienes dieron cuenta de la ausencia de un riesgo de sufrir trastornos emocionales que podría derivarse de la condición de homosexual de un padre adoptante.

El segundo caso es el de Verónica Botero y Ana Elisa Leiderman, una pareja de lesbianas que por 5 años luchó por el reconocimiento de su derecho a adoptar. En una sentencia sin precedentes, de la cual hasta la fecha solo se conoce el comunicado de prensa¹⁹, la Corte establece que la orientación sexual no puede ser un obstáculo para adoptar. Esta posibilidad, sin embargo, tiene ciertos límites que consisten en la necesidad de que uno de los o las reclamantes sea la madre o el padre biológico del menor y en que se superen los trámites ante las autoridades competentes²⁰.

En palabras de la Corte, “la condición de homosexual de la pareja adoptante no puede ser fundamento para resolver negativamente el respectivo trámite administrativo”, ya que en tal caso se vulnerarían los derechos fundamentales de la pareja pero también del menor a “tener una familia y a la autonomía y unidad familiar”.

La Corte establece que puede existir un arreglo familiar que establezca la comunidad de vida entre la pareja del mismo sexo y el menor y que el mismo puede estar configurado como un “vínculo sólido y estable entre ellos, a partir del cual el adulto ha asumido las obligaciones y deberes asociados al vínculo filial”. Como lo mencionamos al principio, la Procuraduría se ha opuesto en varias ocasiones a los pronunciamientos de la Corte que reconocen derechos en cabeza de las parejas del mismo sexo²¹, en este caso, dentro del procedimiento,

18. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt

19. Comunicado 35 del 5 de agosto 28 del 2014

20. Sentencia SU 617 del 2014 Magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero

21. Por ejemplo, presentó una acción de nulidad, contra la Tutela 716 de 2011, en la que se estableció los derechos pensionales de sobrevivencia a las parejas del mismo sexo.

se envió un concepto en el que el procurador estima que “el argumento según el cual como garantía del interés superior del menor debe permitirse sin ningún tipo de restricción la adopción por parte de parejas del mismo sexo, es falaz” ya que *“la adopción es una institución jurídica establecida para proteger el interés superior del niño en situación de vulnerabilidad, y por ello solo la familia que tiene su origen en las relaciones heterosexuales resulta idónea para cumplir con los fines que el ordenamiento jurídico ha definido”*²². Para sustentar sus argumentos, el procurador hace referencia, según se registra en prensa, a supuestos estudios científicos que pretenden demostrar los posibles efectos nocivos que podría tener en los niños la adopción por parte de parejas del mismo sexo²³. El texto de la sentencia no se conoce todavía, por lo cual no podemos comentar más al respecto, por lo pronto valdría la pena señalar que este pronunciamiento, ha suscitado todo tipo de reacciones por parte de la opinión pública. Partidos políticos y miembros del congreso expresaron sus opiniones vía twitter manifestando por ejemplo:

“Centro Democrático @CeDemocratico rechaza adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo. Nuestro Partido es respetuoso de la privacidad de las personas y reconoce los derechos civiles de las parejas del mismo sexo, pero defiende la protección de la Familia, conformada por hombre y mujer, y el bienestar de la niñez con base en la normatividad vigente”.

Marco Fidel Ramírez, concejal de Bogotá: “Tanto matrimonio gay como adopción por parejas homosexuales son una soberana distorsión del orden jurídico y natural”.

Ángelica Lozano, representante a la cámara por Bogotá “Muchos padres heterosexuales no son capaces de criar ni una planta y nadie les hace pruebas psicológicas ni de idoneidad. #NoSeamosRidículos”²⁴”

Por otro lado, la opinión de los habitantes de Bogotá fue recogida mediante una encuesta de la Universidad de la Sabana en la cual se le preguntó a 575 personas si estaban o no de acuerdo con el matrimonio y la adopción de parejas del mismo sexo.

Según los datos recogidos, el 70 % de los encuestado manifiestan estar en contra de la adopción de parejas del mismo sexo. Y el 20 % está de acuerdo. En cuanto al matrimonio entre parejas homosexuales, el 57 % está en desacuerdo mientras que el 29 % lo apoya²⁵.

22. Información referenciada en prensa, disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/corte-avala-adopcion-a-pareja-de-mujeres-gay-en-colombia/14451558>, consultado el 10 de septiembre de 2014.

23. Idem.

24. Información referenciada por El tiempo. Op cit.

25. <http://www.semana.com/nacion/articulo/encuesta-de-la-sabana-en-bogota-no-acepta-adopcion-gay/408223-3>

Hago referencia a estos datos para dar cuenta del gran debate y controversia que ha suscitado el reconocimiento de las parejas homosexuales en el marco de la sociedad colombiana. No han sido pocas las voces que se han levantado tanto para apoyar las decisiones de la Corte como para condenarlas como muestra de una descomposición social. Lo cierto es que a pesar de estos pronunciamientos, la sociedad colombiana está lejos aún de ser una verdadera sociedad pluralista y respetuosa de los diferentes grupos poblacionales, prueba de ello es el hecho de que no sea por vía legislativa que se regulan estos temas y que deba ser la Corte constitucional quien deba entrar a suplir los vacíos del órgano legislativo. La pregunta que nos cabe hacernos ahora, y con esto concluyo, es: ¿Quién debe definir en un Estado lo que es la familia y la protección que debe dársele a esta?

Si aceptamos que el concepto mismo de familia es dinámico y cambiante, y responde a los vínculos que se crean y se transforman a través del tiempo podemos decir que es la sociedad a través de sus prácticas quien le van dando contenido al concepto de familia, el cual debería ser recogido luego por el legislador y dotado de las garantías y la protección necesaria dada su importancia como base de la sociedad. En el caso colombiano, este procedimiento no se ha surtido, en gran parte porque no existe un consenso general sobre la aceptación de ciertos tipos de familia, especialmente en lo que respecta a aquellas configuradas por parejas del mismo sexo. Frente a esta situación ha tenido que ser la Corte Constitucional quien llene estos vacíos y responda a las necesidades de protección de estos grupos poblacionales. Las reivindicaciones que son avaladas por la Corte están íntimamente ligadas con el ejercicio de las libertades dentro del Estado y con la construcción de una sociedad más democrática e incluyente en la cual otras formas de vida tengan igual cabida protección y respeto .

En todo caso, no se puede olvidar que el verdadero reconocimiento de las diversas formas de familia requiere de un cambio social el cual todavía está pendiente para el caso colombiano, los cambios sociales no se dan de la noche a la mañana, como bien lo señala Agnes Heller, socióloga húngara, las revoluciones culturales son lentas y difíciles ya que implican un cambio de las rutinas cotidianas a las cuales se está muy anclado²⁶.

El papel desempeñado por la Corte en este proceso ha sido fundamental, a la hora de reconocer la necesidad de protección de estos colectivos y su titularidad de derechos, falta sin embargo un gran camino por recorrer.

26. Ver entre otros: Heller Agnes, memoria cultural, Identidad y Sociedad civil. En: *Indaga: Revista internacional de ciencias sociales y Humanas*, N1, 2003. Y del mismo autor: *Los movimientos culturales como vehículo del cambio*. En : *Nueva sociedad*, N96, 1988.

