

EL CONCEPTO DE FAMILIA EN LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA ENTRE 1992 Y 2015.¹

Natalia Arboleda y Stephanie Camacho²

¹ Este proyecto pertenece a la línea de investigación de derecho civil y de familia, del grupo de investigación de derecho laboral y seguridad social, Universidad CES.
La persona que asesora este proyecto es la Doctora Sandra Tamayo, a la cual le damos nuestros sinceros agradecimientos por su dedicación y tiempo invertido al asesorarnos y ayudarnos a que dicha investigación se diera de la mejor manera con su ayuda y sus grandes conocimientos en el área. Por su amabilidad, paciencia y dedicación gracias!!!

² Universidad CES. Natalia Arboleda y Stephanie Camacho. décimo semestre

RESUMEN

El presente artículo hace alusión al estudio del concepto de familia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana desde 1991 hasta hoy día, y asimismo sobre las diversas interpretaciones y enfoques que se le ha dado, de acuerdo al área del conocimiento en que se trate y a la realidad social del momento, concluyendo así, que el concepto de familia, es un concepto dinámico y cambiante, a pesar de la definición que trae el artículo 42 de nuestra norma suprema, el cual recoge el concepto de familia de manera implícita y limitado, generando esto una gran discusión sobre el tema.

PALABRAS CLAVES: Concepto de familia, Jurisprudencia, Corte Constitucional Colombiana, Derecho de familia, Derecho Civil.

Introducción

El concepto de familia se ha analizado por diversos sectores sociales y académicos con distintos enfoques, como la familia que se construye con base en valores religiosos, familias que surgen de la necesidad de dar acompañamiento a hijos y la importancia que cobran estos en una institución familiar, familias pensadas desde parejas homosexuales; y así tantos enfoques como estudios y análisis. Sin embargo, la corte constitucional no ha dado una sola definición concreta y clara, por lo que para construir el presente artículo se ha de considerar en su mayoría los fallos que en virtud de la acción de inconstitucionalidad algunos ciudadanos han elevado sobre el concepto de familia particularmente, para así llegar a un concepto concreto de este.

Para efectos de este artículo y por lo anteriormente mencionado, el análisis de este se hará bajo una línea jurisprudencial de la corte constitucional, la cual se ira construyendo a través de la investigación y el análisis de sentencias sobre el tema en las cuales la corte ha dado su opinión.

Se dirá entonces, que una línea jurisprudencial es una línea abstracta que depende de manera crucial de la comprensión del manejo técnico de la jurisprudencia, razón por la cual exige que las sentencias sean agrupadas en factores facticos analógicos, o en otras palabras, bajo un mismo problema jurídico.

El desarrollo del artículo se dividirá en dos capítulos, de los cuales el primero abordara el concepto de familia según la doctrina colombiana, y en el segundo capítulo se hablara del concepto de familia a la luz de la corte constitucional, tema central de este artículo. Seguidamente, se darán las conclusiones, las cuales darán un corto resumen de lo analizado y opiniones extraídas de lo expuesto.

CAPITULO I: EL CONCEPTO DE FAMILIA EN LA DOCTRINA COLOMBIANA

El concepto de familia considerado como institución ha sido abordado desde diversos puntos de vista y se han utilizado numerosos criterios para definirla, algunos desde el ámbito económico y su rol en el Estado, otros desde un punto de vista sociológico que intenta explicar las razones, desde la antigüedad, del por qué surgen los núcleos familiares y que función cumplen con relación a la nación; Diversos puntos de vista, que dan lugar a entender distintas áreas del conocimiento para apreciar este concepto.

Los seres humanos, como especie, tienen incluido en su información genética la necesidad de relacionarse y de crear vínculos afectivos con otras personas, es por ello que, no prescindimos de los demás individuos para vivir sino que en una línea temporal permanente contamos con los demás para repartir tareas, asignar obligaciones, mantener una ayuda mutua, y en general para construir y mantener comunidades, estas últimas tendrán valores y costumbres diferentes según la cultura en la que se ubiquen, pero en todo caso la persona se considerará a sí misma perteneciente de un grupo social que involucra relaciones interpersonales con otros. En palabras de Juan Enrique Medina Pabón: los seres humanos tienen una marcada propensión, confirmada en todo caso por la moral social, a conformar uniones estables, exclusivas, y por lo general en parejas singulares (í) en otras palabras, en los humanos existe la tendencia a conformar familias por la unión de hombre y mujer para la procreación y el desarrollo de la vida (Medina Pabón, 2014. P.34)

La familia como concepto consagra una multiplicidad de significados, razón por la cual, algunos autores les dan más importancia a ciertos elementos más que a otros que lo integran. Así por ejemplo, Martha Elena Montoya Osorio y Guillermo Montoya Pérez en su obra *Derecho de Familia*, tomo I, *Relaciones Matrimoniales* han hecho un rastreo de lo que se ha entendido como familia desde varias ópticas, así, comienzan desde lo más precario es decir el origen de la palabra familia, y sobre este relatan que viene del latín Famul, Famel ò que significa siervo, pues en Roma los siervos era el núcleo manejado por el pater y este llama al grupo, familia (Montoya Osorio y otro, 2013. P. 28).

Desde una perspectiva sociológica, los mismos autores, consagran que la familia puede ser entendida como òla agrupación de individuos de la especie humana vinculados entre sí por lazos de sangre, por mandato legal o por razones sociales o afectivas que tiene un interés común (Op. Cit. Pág. 28).

Hay tantas formas de familia como culturas, aun hoy existen culturas, como algunas de medio oriente, donde sus estatutos legales permiten que un hombre conforme familia con un número plural de esposas y que adicionalmente conviva con algunas concubinas con las que no mantendrá un vínculo de esposa/esposo pero sí una convivencia y un trato sexual oponible al de sus esposas o mujeres técnicamente hablando. Sin embargo, es claro que en la cultura occidental, se forma la familia como un eslabón del amor de protección ante las contingencias. Y que antes de que sea razonada la constitución de un núcleo familiar surge por pasiones y sentimientos, o por regla general se ha entendido así sin desconocer en este punto que se han constituido familias de varios órdenes por razones fraudulentas o por otros motivos que serían ajenos al derecho.

1. Medina Pabón, entre sus múltiples consideraciones sobre la familia, asevera que: «la familia es el sistema de convivencia social de los seres humanos que permite obtener la mayoría de las ventajas de la vida en sociedad» y al respecto, consagra que es por motivos de interés y de orden público que al estado le interesa que la familia se constituya como núcleo esencial de la sociedad, toda vez que ésta es entendida como institución que forma al individuo que crece dentro de ella con conciencia sobre los poderes y la autoridad, a través de la educación en normas morales claras y con tipos y prototipos sanos y establecidos de forma clara. Y es en este orden de ideas, una motivación para que el estado incentive la buena y sana conformación de núcleos familiares así como la conservación de los mismos. «DERECHO CIVIL DERECHO DE FAMILIA» MEDINA PABON, Juan Enrique. Cuarta edición. 2014. Editorial Universidad del Rosario. Pg 15

Sobre la línea de pensamiento del mismo autor vale la pena resaltar otra de las definiciones que consagra sobre familia: «la familia puede definirse como ese grupo de seres humanos conformado por varios sujetos vinculados por el afecto y la sangre que se encuentra sometido a la autoridad de los progenitores». Huelga decir sobre este concepto, que hace énfasis en elementos importantes para el derecho como son: los vínculos familiares. Estos vínculos revisten importancia toda vez que al pensar en familia es inevitable que como imaginario llegue a la mente de un gran número de personas la institución del matrimonio. Es decir, si bien la familia no es exclusivamente aquella que surge de una pareja heterosexual que contrae matrimonio y luego procrea, este es un prototipo clásico sobre concepto de familia. En ese orden de ideas, el matrimonio en Colombia es entendido como un contrato, el cual exige también de ciertas formalidades que no es pertinente para este texto hacer alusión a todas ellas, y aunque pueda ser este religioso o civil, sus efectos para todo caso serán siempre los de la ley civil Colombiana.

La familia en Colombia puede constituirse a través de vínculos naturales o jurídicos. Por la vía natural se prescinde de cualquier formalidad jurídica y puede ser constituida por miembros de varias generaciones y con filiación distinta. También está considerada la unión libre como familia que se constituye por vínculos naturales. Por el contrario, por vínculos jurídicos, la familia se constituye a través del contrato de matrimonio, con todos los elementos técnicos y jurídicos que este contiene. La familia que surge de un matrimonio entendido en un primer momento como la pareja que por voluntad propia asume vivir y compartir con la otra de sexo opuesto su vida, asume a través del matrimonio obligaciones como el *debitum conyugal*, fidelidad, convivencia, auxilio mutuo, entre otros.

Es importante mencionar que el matrimonio aunque se celebre en rito religioso, tendrá de cara a la ley los mismos efectos del matrimonio civil. Sin embargo, como el matrimonio no constituye un tema central en el desarrollo del concepto de familia y por su complejidad no se hablará in extenso del mismo.

Por otra parte, en aras de generar un entendimiento más amplio de los diversos conceptos de familia construido por la doctrina, Martha Elena Montoya Osorio y Guillermo Montoya Pérez en la obra antes referida, citan desde varias áreas del conocimiento, diversas concepciones de familia, a saber:

•LA FAMILIA NUCLEAR: es la que está compuesta por padres e hijos o por la pareja de hombre y mujer, sin hijos

LA FAMILIA EXTENSA O PARENTAL. Es la que está compuesta por un grupo de personas unidas por las diversas clases de parentescos establecidas por el legislador

LA FAMILIA MATRIMONIAL. Es aquella cuyo origen se encuentra en el matrimonio de la pareja que la conforma o que le da nacimiento.

LA FAMILIA EXTRAMATRIMONIAL O NATURAL. Aquella cuyo origen se encuentra en í la voluntad responsable de conformarla´ de un hombre de una mujer o de dos hombres o de dos mujeres. También se le llama marital, como en el caso de la legislación colombiana, ley 54 de 1990.

LA FAMILIA MONOPARENTAL. Es aquella integrada por uno de los padres y sus hijos. Aquí se distinguen dos tipos: La matricéntrica: madre e hijos. La patricéntrica, conformada por el padre y los hijos.

LA FAMILIA BIPARENTAL. La familia integrada por ambos padres y los hijos.

FAMILIA ENSAMBLADA. Llamada también reconstituida, transformada o biparental compuesta; equivale a la que en el sistema anglo sajón se denomina õstepfamilyö y es la familia compuesta por un hombre y una mujer, hijos comunes de ellos e hijos no comunes de ellos.

FAMILIA DIVERSA. Compuesta por la unión de dos hombres o de dos mujeres. Esta familia puede ser matrimonial o extramatrimonial, dependiendo de las legislaciones.ö

No estamos de acuerdo, cuando los autores citados anteriormente, catalogan como õfamilia diversaö la unión de dos hombres o de dos mujeres y menos aun cuando hace la salvedad sobre las legislaciones, toda vez que en Colombia no se ha aceptado aún que las parejas homosexuales puedan constituir una familia con todos los derechos y obligaciones que ello abarca, máxime que ni siquiera en la Constitución de 1991 se admite ese tipo de interpretación por la literalidad en como está redactado el artículo 42, a saber:

•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.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma

de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. (Subrayado fuera del texto original)

Como se mencionó anteriormente, la familia por vínculos naturales puede surgir de una unión marital de hecho, este tipo de familia está definida en el artículo primero de la ley 54 de 1990 que dice:

Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.

Por otra parte, la Corte Constitucional en sus pronunciamientos sobre la familia, ha sido enfática al afirmar que no debe discriminarse para el reconocimiento de derechos a una u otro tipo de familia porque los dos encuentran protección en nuestra Constitución Política.

Lo que hasta el momento en Colombia se ha logrado, gracias a iniciativas de corporaciones como Colombia Diversa y otras personas naturales o jurídicas que luchan por los derechos de la comunidad LGTBI, es que las parejas del mismo sexo que conformen una unión singular y con vocación de permanencia sean equiparados para algunos efectos a la unión marital de hecho, logro que se logró gracias a la sentencia C 577 de 2011 que se desarrollará en un acápite posterior. Es así, como no creemos que hasta el momento pueda hablarse de familia diversa en Colombia, aunque lo fáctico pudiese llegar a superar lo

jurídico pese a la obstinación de las bancadas y magistrados de corte conservador en las altas cúpulas.

Sobre lo anterior, la catedrática de la Universidad de los Andes Julieta Lemaitre Ripoll, en su libro *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales* ha hecho un análisis crítico sobre la posición de la Corte Constitucional cuando ha debido pronunciarse sobre la unión libre en parejas del mismo sexo y de sus efectos, y ha citado con muy buen tino, el salvamento de voto hecho por el magistrado Jaime Araujo en la sentencia C 075 de 2007, cita:

el único salvamento de voto, escrito por Jaime Araujo, consideró que la mayoría evitaba el verdadero problema jurídico presentado por los demandantes, que era el reconocimiento de la igualdad entre las parejas. Araujo insistió en que la decisión limitaba los efectos de las uniones homosexuales a su aspecto puramente patrimonial, y no enfrentaba temas tan importantes como el derecho a adoptar hijos y el derecho a acceder a los beneficios que la seguridad social otorga a las parejas del mismo sexo. Además insistió en que la decisión, si bien era aparentemente progresista, en realidad no hacía más que *aplazar una vez más* el reconocimiento radical de la dignidad humana y la igualdad de derechos de los homosexuales. (Lemaitre Ripoll. 2009. Pág. 242)

En razón de ello, es necesario circunscribir el discurso doctrinario de familia, a las acepciones acogidas ampliamente pero también al que está respaldado por ley, y aunque se han presentado varios proyectos de ley (proyecto de ley 85 de 2001, proyecto de ley 43 de 2002, proyecto de ley 113 de 2004, proyecto 130 de 2005) para equiparar las funciones, derechos y entendimiento de la institución familia igual para parejas homosexuales como para heterosexuales, a la día de hoy no es una realidad en nuestro país.

Las uniones maritales de hecho también son *fuentes* generativa de familias, y pueden encajar en algunas de las definiciones generadas hasta ahora o en alguna diferente. Parafraseando lo consagrado en el artículo primero de la ley 54 de 1990, las autoras Luisa Cabal, Julieta Lemaitre y Mónica Roa; en su libro *Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina* la definen y agregan sus elementos, así: *la unión de hecho se define como la unión entre un hombre y una mujer que sin estar casados hacen unión de vida permanente y singular a partir de dos años y siempre que no exista obstáculo de ninguno de los dos para contraer matrimonio, se presume la existencia de una sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes* (Lemaitre Ripoll y otros. 2001. Pág. 273).

Por su parte, Juan Enrique Medina Pabón, define la unión marital de hecho como *la convivencia de hombre y mujer adultos que, sin estar casados, no tienen impedimento para contraer matrimonio y comparten el mismo techo, lecho y mesa, excluyendo a otros sujetos de la relación en lo sexual (hacen una comunidad de vida permanente y singular)* (Medina Pabón. 2014. Pág. 331)

Es importante considerar que, en la acepción amplia del término familia no es posible reducir su significado a instituciones jurídicas, toda vez que ha sido desarrollado por otras ciencias debido a los individuos que lo componen, a su psiquis, desarrollo, historia y en

general a otros elementos que nos conducen a pensar que la familia es una institución compleja, íntegra y cambiante. Sobre otras nociones del término, Medina Pabón trae las siguientes:

Familia uniparental: (...) en esta época las razones por las que una familia está conformada por un solo padre van desde la elección voluntaria y meditada de una forma de vida, hasta las situaciones más accidentales, pero sea cual sea la causa que lleva a que alguno tenga que asumir solo la crianza de los hijos, es sin duda una carga mayor y algunas reglas de protección familiar no estaban concebidas para esta modalidad de familia.

La sociedad de hoy empezó a legislar sobre la madre cabeza de familia, lo que luego se extiende al varón cabeza de familia, y hoy hace parte del lenguaje de la sociología y el derecho el concepto de familia uniparental, pero como obedece a un comportamiento fáctico, la condición de monoparental puede permanecer en el tiempo, reconstituirse ya por la reintegración de la familia disuelta o por permitir el ingreso de otro sujeto cabeza de familia, de modo que no será sencillo tener un régimen de la familia uniparental, sino soluciones puntuales de la problemática que atraviesen y mientras esa condición se mantenga

•Familia recompuesta o ensamblada: si la familia nuclear puede ser constituida por un solo padre o terminar así por puro accidente o por decisión de la pareja, pues es natural que pueda llegar a ser •biparental• por las mismas circunstancias, ya sea porque el padre único se una a otro individuo unión matrimonial o fáctica y que ese otro individuo •estrene• relación o ya haya tenido otra, lo que da origen al moderno concepto de familias ensambladas y en el cual esos sujetos nuevos ocupan la posición afectiva y las cargas propias del individuo que reemplaza

•el connubio singular: con este vocablo pretendemos distinguir las relaciones permanentes entre varón y mujer, pero que no comparten el hogar, una situación de la que todavía no se ha ocupado el derecho (í). Se trata de aquellas personas adultas que sin convivir tienen una relación afectiva singular, excluyente y con una vocación de permanencia, que puede preceder al establecimiento de una relación formal •matrimonio o unión marital-, pero también puede continuar indefinidamente.

Considerar el •connubio singular• como forma de familia es como mínimo arriesgado, porque la singularidad de esa especie de unión puede cambiar y solo quedaría encuentros espontáneos entre dos sujetos, siguiendo la línea del concepto del autor citado con anterioridad, hombre y mujer. Por lo anterior, y en vista de que no comparten lecho, es decir que no hay una convivencia entre ambos, la monogamia ó como elemento prototípico constitutivo de familia que reposa en cabeza de la pareja- no sería cierta o sería difícilmente comprobable. Si bien no se ajustaría al modelo clásico de familia forjado en el siglo pasado, podría pensarse como una posibilidad en tiempos modernos, donde el núcleo familiar tiene tantos matices como sujetos vivientes.

Las características de la familia varían dependiendo de cada tipo y del contexto socio cultural donde esté ubicada la misma, sin embargo algunas características para el caso de la institución de la familia en Colombia opera para las clasificaciones hasta ahora consignadas aquí. Martha Elena Montoya Osorio y Guillermo Montoya Pérez hacen una enunciación de las características de las mismas y con ella una sub clasificación, haciendo la salvedad que en virtud del ordenamiento jurídico las características comunes para los miembros son aquellas que devienen de derechos de estirpe constitucional, por ejemplo la característica de igualdad de todos sus miembros:

De la familia conformada por la pareja, se afirma que debe ser Monogámica, conformada por un solo hombre y una sola mujer o por dos mujeres o por dos hombres, Surgida de la libertad y voluntad de los sujetos que la integran, Basada en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco de quienes la conforman, y constitutiva de una comunidad doméstica cuya dirección es conjunta.

En cuanto a La familia nacida de la filiación la misma puede surgir voluntariamente o de hecho, Se distingue por la constitución de una comunidad doméstica basada en la igualdad de derechos y deberes y en el respeto recíproco de todos sus integrantes, y es dirigida por quienes ejercen la potestad parental.

Y finalmente la familia extensa, que se caracteriza por tener un origen fáctico como regla general, Por estar basada en la igualdad de derechos y deberes, y por el respeto recíproco de todos sus integrantes que conforman la comunidad doméstica.ö

Pese a no existir un criterio unificado sobre lo que significa la familia en la doctrina Colombiana, y pese también a que la ley no consagre postulados universales aplicables a todo tipo de familia, es por lo menos preciso reconocer que el Estado Colombiano a través de sus normas, protege esta institución, y otorga - como garantía de los ciudadanos - elementos para constituir familias y desarrollarlas, precaria o íntegramente. Sería un término que debería hacerse con análisis en políticas públicas y efectividad de gobierno sobre el tema, sin embargo, la protección se evidencia con, además de políticas públicas de subsidios para la infancia, alimentación y vivienda, normas de orden público como las consagradas en el código penal sobre violencia intrafamiliar, el incesto y las demás normas que apuntan a proteger el bien jurídico de la familia.

En conclusión, el concepto de familia en Colombia ha sido desarrollado desde varios puntos de vista. En lo que respecta a la ley, se ha quedado corta ante una realidad tan compleja pues no basta con observar tipologías de familias e identificar el papel de quienes la integran dentro del Estado y la sociedad, sino de abarcar las realidades de una forma simple y compacta. Para ello, los fallos de la Corte Constitucional han sido de gran ayuda para dar claridad sobre el concepto de familia y de cómo este debe ser considerado a la luz de la normatividad vigente en Colombia. Sobre los pronunciamientos de esa corporación que abarcan el tema objeto de este texto, nos ocuparemos en el siguiente capítulo, donde se tomará en cuenta principalmente lo jurídico del concepto dejando de lado aspectos sociológicos y de otro tipo.

CAPITULO II: EL CONCEPTO DE FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Desde la expedición de la Constitución política nacional de 1991 y con ella la creación de la Corte Constitucional, han sido variadas las posturas que en temas de derecho a interpretado esta corporación en armonía y defensa de la Carta, y en este sentido, el concepto de familia no ha sido ajena frente a su función.

Entre los múltiples fallos expedidos por la corporación, las sentencias de constitucionalidad 098 de 1996, 029 de 2009, 336 de 2008, 075 de 2007 y la 577 de 2011 han marcado pautas importantes sobre lo que hoy en Colombia es considerado como familia, incluyendo el tratamiento de temas a la luz del ordenamiento superior sobre la realidad de las parejas homosexuales. Sobre estas últimas, la Corte ha ocupado un rol importante debido a los pronunciamientos con relación a la interpretación de normas expedidas sobre familia. Y, sobre la acepción general de familia esta corporación, por causa de la mora legislativa sobre el tema y debido a la restricción en su literalidad del artículo 42 de la Constitución Política Nacional, ha debido dar un reconocimiento amplio a los distintos tipos de familia que existen en el mundo.

La familia como núcleo esencial de la sociedad, fue definida por el artículo 42 Superior, en los siguientes términos:

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.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.ö

El constituyente de 1991 idealizó la familia como aquella heterosexual y monogámica, y quiso proteger está excluyendo otras formas de familia, sin embargo es cierto que la realidad supera el derecho y en este orden de ideas, la Corte Constitucional se ha encargado de definir e imponer pautas de interpretación a normas que se construyeron en el mismo sentido del artículo 42 de la Carta.

Es así como la corporación entró a determinar y sentar precedentes interpretativos no solo con los relacionado a la familia heterosexual y monogámica sino también en lo relacionado a las parejas homosexuales, estas en Colombia como en el mundo, representan un grupo minoritario que ha sido en épocas pasadas objeto de reproches sociales y hasta jurídicos, pues algunas legislaciones del mundo han establecido en sus compendios al homosexualismo como delito, pese a ser una de las prácticas sexuales más antiguas junto con la prostitución. Sin embargo, hoy la situación de las parejas conformadas por individuos de un mismo sexo ha tomado relevancia y protagonismos en diversas esferas de la sociedad y paulatinamente se ha logrado un convencimiento amplio de que los homosexuales, lejos de su orientación sexual, son equiparables en todo sentido a cualquier persona heterosexual. La Corte Constitucional no ha sido ajena a este entendimiento, aunque en el examen de las sentencias donde la Corte se ha pronunciado sobre sus derechos y sobre si estos constituyen o no familia ha sido tímida al momento de sentar un precedente sobre los efectos civiles y la conformación de familia por parte de parejas del mismo sexo.

En este sentido, se demandó la definición de la unión marital de hecho consagrada en la ley 54 de 1990 en su artículo primero, toda vez que el actor German Humberto Rincón Perfetti, consideraba que la disposición vulneraba entre otras normas el artículo 13 de la Carta referente a la igualdad, pues los efectos del régimen patrimonial que surgía de las uniones maritales de hecho de parejas heterosexuales son era equiparable a las parejas homosexuales, lo que para el actor esto comporta una discriminación, misma que esta proscrita en la Constitución. La sentencia de constitucionalidad 098 de 1996, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz se encargó de atender el asunto y en últimas resolver el problema jurídico que en términos generales consistía en si la exclusión que se hace de las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales que forman una unión marital de hecho del régimen patrimonial era contrario a los postulados constitucionales o si constituía o no una discriminación.

El fallo arguyó sobre la familia que: öLa unión marital de hecho, a la que se refieren las normas demandadas, corresponde a una de las formas legítimas de constituir la familia, la

que no se crea sólo en virtud del matrimonio. La unión libre de hombre y mujer, õaunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formalesö, debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar. Los antecedentes del artículo 42 de la C.P., en la Asamblea Nacional Constituyente, ponen de presente que la unión marital de hecho, como unión libre de hombre y mujer, corresponde al caso de la familia que se origina por la õvoluntad responsable de conformarlaö. Cabe resaltar, como se desprende de la ponencia presentada a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente, que las normas legales sometidas al control de esta Corte, fueron expresamente consideradas en sus debates y consideradas compatibles con los nuevos principios constitucionales, hasta el punto de que se juzgó necesario no abrogarlas sino õcomplementarlasö. En este sentido para la corporación (al momento de esta providencia) solo existe familia cuando un hombre y una mujer han decidido unirse bien sea a través del contrato de matrimonio (vínculo jurídico) o bien a través de la permanencia singular e ininterrumpida y con ayuda mutua por el término de dos años para que se constituya unión marital de hecho y con esta régimen patrimonial entre los compañeros permanentes (vínculos naturales).

Expresa además que: õí la unión heterosexual genere la familia unida por vínculos naturales. En este sentido, es apenas razonable suponer que la protección patrimonial de la unión marital heterosexual, por lo menos mediatamente toma en consideración esta posibilidad latente en su conformación, la que no cabe predicar de la pareja homosexual. En suma, son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el Constituyente, los que han incidido en la decisión legislativa, y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la parejaö

La Procuraduría general de la nación, como interviniente en este fallo pide que se declare exequibles los apartes demandados y es de resaltar lo que para este organismo implica el artículo 42 superior:

õEl artículo 42 de la C.P. dispone ciertos requisitos para la constitución de una familia: (i) que se forme por vínculos naturales o jurídicos; (ii) que se exprese un acto volitivo; (iii) que exista la unión entre un hombre y una mujer, ya sea matrimonial o mediante hechos responsables. Estos requisitos evidencian que la unión marital de hecho origina una familia y que únicamente puede constituirse a partir de personas de distinto sexo.ö

Desde la esfera del Estado de derecho expresó la corporación que la ley no impide que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual, es decir, el Estado no penetra en esas esferas íntimas de relación de personas y por tanto en cumplimiento del libre desarrollo de la personalidad ellos pueden hacerlo, así, constituyéndose como una falacia argumentativa material y sin que medie un juicio de constitucionalidad estricto, concluye la corte que el hecho de que el régimen patrimonial surja de la unión marital de hecho entre un hombre y una mujer así como su régimen patrimonial, no constituye una vulneración al derecho fundamental de la igualdad toda vez que la diferencia entre ambas parejas es ostensible y que la institución familiar así como la unión marital de hecho surge para la protección de la mujer y la familia principalmente. Tomando mano de la obviedad en la diferencia de factores para una y otra pareja, expresándolo: õademás de la obvia diferencia de su composiciónö resolviendo la exequibilidad de las normas demandadas.

Es plausible ver como la Corte considera que la familia, apegándose a lo dicho por el artículo 42 de la constitución, con una visión miope de la realidad y en desconocimiento de instrumentos internacionales integrados al bloque de constitucionalidad en materia de equidad de género, derechos humanos y homosexualismo; solo es susceptible de estar integrada por hombre y mujer, apartándose de la multiplicidad de formas de constitución de familia. En este contexto manifiesta que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja (C.P. art. 42). Los derechos patrimoniales que la ley reconoce a quienes conforman la unión marital de hecho, responde a una concepción de equidad en la distribución de los beneficios y cargas que de ella se derivan. El hecho de que la misma regla no se aplique a las uniones homosexuales, no autoriza considerar que se haya consagrado un privilegio odioso, máxime si se toma en consideración la norma constitucional que le da sustento (art. 42)

Sin embargo, la Corte Constitucional años más tarde en sentencia de constitucionalidad 075 de 2007, cambia de precedente, y logra reconocer que existe régimen patrimonial en las parejas homosexuales que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo segundo de la ley 54 de 1990, manifestando que no existe razón suficiente para que pueda discriminarse a las parejas homosexuales del mismo beneficio que aplica para las parejas heterosexuales, y que en este sentido era importante reconocer la igualdad como derecho fundamental de este grupo y reconocer así mismo la relevancia de los pronunciamientos de organismos internacionales, como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de las Naciones Unidas, específicamente lo relacionado con su artículo 26: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

Esta sentencia estableció que si bien el legislador no está obligado a aplicar el mismo régimen de protección a las parejas heterosexuales y homosexuales, sí es un imperativo constitucional garantizar un mínimo de protección a estas parejas, ya que presentan requerimientos de protección análogos a los de las parejas heterosexuales. El precedente en materia de parejas homosexuales cambió significativamente, pues la Corte decidió que el régimen patrimonial de la unión marital de hecho debía ser extendido a las parejas homosexuales. En este orden de ideas, la corporación expresa que la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución. Además, reconoce que "hoy por hoy puede advertirse que las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado."

Resulta muy interesante esta sentencia, por tres razones fundamentales: la primera porque la Corte hace una breve explicación de porqué no existe cosa juzgada sobre el asunto y puede abordarlo además de cambiar su postura ideológica frente al tema de la unión marital de hecho en parejas homosexuales, la segunda porque los demandantes entre sus cargos y argumentos explican los impactos negativos desde varios ámbitos del derecho que genera el no reconocimiento de la unión marital de hecho así como del régimen patrimonial que se

forma entre homosexuales que ha decidido conformar una unión de vida, entre ellos impactos desfavorables con relación al régimen de salud y seguridad social, violencia intrafamiliar, protección a testigos, principio de no incriminación, régimen de afectación de vivienda familiar, obligación alimentaria entre otras mencionadas por los actores. Y finalmente, el reconocimiento que han de que estos si pueden constituir unión marital de hecho y que tienen instrumentos como la escritura pública o la conciliación para que se le dé un reconocimiento público y legal a la misma. No deja de ser curioso cómo pese a que se reconoce que constituyen unión marital no se reconoce que constituyen familia, y en este sentido aclaran los votos los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla que aducen que la familia que se protege es la monogámica y heterosexual. Expresan que, «Aunque compartamos plenamente la decisión adoptada en la presente Sentencia, así como las consideraciones expuestas para sustentarla, estimamos necesario aclarar que solamente hemos apoyado el fallo, tras cerciorarnos de que el mismo no significa un cambio de la jurisprudencia de esta Corporación, relativa al carácter heterosexual de la familia que la Constitución Política protege.

El constituyente entendió la expresión «Se constituye por vínculos naturales o jurídicos» contenida en el canon 42 superior, de la siguiente manera: (i) los vínculos naturales que unen a las personas en la familia, son los de las personas unidas entre sí por «los diferentes grados de consanguinidad». (Tal es la explicación que el mismo ponente otorga a la expresión «vínculos naturales.») (ii) Los vínculos jurídicos son «los que se presentan entre esposos, afines o entre padres adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirlos, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos».

Adicionalmente, es enriquecedor el salvamento de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería, donde así como en la sentencia C 029 de 2009, él hace salvamento de voto, y en este sentido expresa:

«A mi juicio, el concepto de familia no se reduce a la conformada por un hombre y una mujer. El término «» consagrado en el art. 42 de la Carta Política sugiere, a mi entender, que también se forma por la voluntad responsable de conformarla sin distinguir sexos. Por tanto, las uniones maritales de hecho deben tener, en mi concepto, los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, tanto para las parejas heterosexuales como para las parejas homosexuales.

El concepto de familia del artículo 42 debe armonizarse con los principios fundamentales constitucionales, esencialmente con el principio de igualdad y libertad, y si se presenta choque o colisión entre ellos se debe dar una primacía a los principios fundamentales. De otra parte, la Constitución habla de la familia y no dice que es hombre o mujer, se refiere a los vínculos naturales o jurídicos y a la voluntad responsable. A mi juicio, al concepto de familia se llega por caminos diferentes, distintos, y no simplemente a partir del vínculo entre un hombre y una mujer.

En este sentido, me permito reiterar mi tesis respecto de que la conformación de una familia puede realizarse por diferentes caminos: el matrimonio, la voluntad de los miembros de la pareja, ya que en mi criterio, la Constitución no contempla una sola forma de familia, ya que inclusive la familia puede estar constituida por una mujer sola con su hijo. Afirmo, que definida una categoría jurídica, en este caso, la de la familia, deben concederse entonces los

mismos efectos jurídicos tanto para las familias conformadas por parejas heterosexuales como para las conformadas por homosexuales.

Por tanto, a mi juicio, la interpretación que se ha hecho del artículo 42 de la Constitución Política no corresponde a lo que esta norma dice. El artículo 42 se refiere a la familia y señala a continuación los diversos caminos o vías, que conducen a la familia, de manera que no existe en nuestro sistema jurídico, un único camino que lleve a la organización familiar, sino que existen varios senderos y distintas clases de familia en nuestro sistema constitucional.

El matrimonio es apenas una de las entradas que conducen a la familia, y éste, en nuestro sistema jurídico, sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer; o sea que están excluidos los matrimonios entre personas de un mismo sexo; empero, el hecho de que este sea un camino hacia la familia, no implica que sea el único, ya que existen otros caminos.ö

En los fallos sobre el mismo tema es usual que este magistrado advierta sobre la timidez de los pronunciamientos y de que es necesario, en vista de que el legislador no se ha encargado de lo propio sobre el tema de la familia y las parejas homosexuales, que se extiendan los efectos interpretativos como garantía de los derechos fundamentales de este grupo minoritario no solo a temas como el régimen patrimonial y otros puntuales sino a todos los efectos civiles.

Como es apenas lógico, una vez dicho por la Corte que las parejas homosexuales podían constituirse en unión marital de hecho y que los requisitos para ello serían iguales que para los heterosexuales, la sociedad comenzó a preguntarse por los demás beneficios de ley de los que son excluidos los homosexuales y que en la literalidad de la norma se sigue hablando de òcónyuge o compañero/compañera permanenteö lo que motivo en gran medida la sentencia de constitucionalidad 029 de 2009.

En la mencionada providencia, se examina de forma detallada y de fondo aparte de ley penal, laboral, civil y otras instituciones que no aplican para las parejas del mismo sexo, y que al no darse esa aplicación podría vulnerarse el principio de igualdad, así como el libre desarrollo de la personalidad entre otros principios y máximas constitucionales.

En este sentido, la corporación con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, reconoció que no existe razón suficiente ni justificación constitucional ni legal para que se reconozca derechos en favor de las uniones maritales de hecho que son conformadas por heterosexuales y no en favor de las conformadas por personas del mismo sexo. Es así, como la Corte se pronuncia reconociendo que en lo atinente a la obligación alimentaria, tutela y curatela, violencia intrafamiliar, protección a testigos, principio de no incriminación, circunstancias de agravación punitiva, nacionalidad colombiana por adopción y malversación de bienes, inhabilidades e incompatibilidades, así como causales de impedimento y recusación, subsidio familiar; también es aplicable estas figuras a las uniones maritales de hecho homoparentales, y que en definitiva no es posible que se les discrimine en razón de su orientación sexual, y que el desconocimiento de estos derechos implicaría además de la vulneración de sus derechos fundamentales, una marginación y una desprotección injustificable. Como en otras salva su voto el magistrado Jaime Araujo Rentería, y sobre sus argumentos vale la pena destacar lo referido a las formas de constituir

familia: òPor tanto, la familia se puede constituir tanto por vínculos naturales como jurídicos, aunque no haya un hombre y una mujer en matrimonio. Un ejemplo de una familia constituida por vínculos naturales, no medida por el matrimonio, lo otorga el caso de la inseminación artificial de una mujer que concibe por este medio hijos y junto con ellos conforma una familia. De otra parte, un ejemplo de la conformación de una familia por vínculos jurídicos, lo brinda el caso del hombre que adopta uno o más niños, caso en el cual no hay duda que tiene una familia con ellos, aunque jamás contraiga matrimonio o conviva de hecho con alguna mujer.

La tercera vía que establece la Constitución para constituir familia, es la voluntad responsable de conformarla y esta vía a diferencia de la del matrimonio no exige como condición sine qua non que se trate de un hombre y una mujer. Por tanto, con la voluntad responsable de dos personas para integrarla, sean del mismo o de distinto sexo.ö

En esta misma vía, como garantes del texto constitucional, habiendo observado mejor la solidaridad que subsiste entre los miembros de una familia, el afecto y la dependencia económica y en armonía con el precedente que estaba construyendo la corte respecto de los derechos de las parejas homosexuales equiparables a la de los heterosexuales. La sentencia C 336 de 2008, reconoce el beneficio pensional a la pareja homosexual que se erige en una unión marital de hecho cuando fallece su pareja, es decir, en esta sentencia se reconoce que la pensión de sobrevivientes debe otorgarse también a parejas homosexuales que están constituidas en unión marital de hecho.

El fallo reconstruye a partir de otras sentencias la importancia de la pensión de sobrevivientes, aduciendo que esta nace para quienes se encuentren en situación involuntaria e insufrible de necesidad y que esta debe dar cumplimiento a principios constitucionales como la solidaridad, reciprocidad y la universalidad. En consecuencia, la corte arguye que òa la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales. Con el fin de remover el trato discriminatorio hacia las parejas homosexuales en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.ö Y agrega que òcuando sobrevenga la muerte del pensionado o afiliado integrante de una pareja homosexual, en adelante su compañero o compañera permanente tendrán el orden de prelación que la ley prevé para cuando las parejas heterosexuales afrontan la misma contingencia.ö

Si bien es un paso importantísimo para las parejas del mismo sexo, La corte hasta esa providencia no se había pronunciado de fondo sobre lo que constituye familia, fue solo a través de la sentencia de constitucionalidad 577 de 2011, donde de una manera amplia y concatenada la corporación decidió definir y darle una interpretación amplia y de fondo al postulado de familia establecido en el artículo 42 de la Carta. Esta sentencia hito, aclaró

además que familia no solo se predica de los cónyuges o quienes la constituyen sino también de los hijos y en este sentido de los derechos de los menores, también como paso importante definición algunas formas de familia y se manifestó sobre la unión marital de hecho en equiparación con el matrimonio diciendo que no son iguales, que producen efectos distintos y que no puede entenderse como idénticas.

La corte en este sentido precisa que: ðel concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico. Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que ðel concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque ðen una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial.

Y, dándole importancia a la no distinción y no discriminación entre hijos bien sea matrimoniales, extramatrimoniales, establece la definición de tres formas de familia a saber: monoparental, ensamblada, de crianza y biológica: ðla presunción a favor de la familia biológica también puede ceder ante la denominada familia de crianza, que surge cuando ðun menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica, ðno porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino porque el interés superior del niño y el carácter prevaleciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza. A las anteriores formas de familia se suman aquellas denominadas monoparentales, debido a que están conformadas por un solo progenitor, junto con los hijos y su número va en aumento por distintas causas, incluida la violencia que azota a un país como el nuestro y también el divorcio o las separaciones que dan lugar a hogares encabezados por uno solo de los padres, siendo evidente que el caso de las madres cabeza de familia es dominante y ha merecido la atención del legislador, que ha establecido medidas de acción positiva favorables a la madre, precisamente por ðel apoyo y protección que brinda ésta a su grupo familiar más cercano, medidas que la Corte ha extendido ðal hombre que se encuentre en una situación de hecho igual, no ðpor existir una presunta discriminación de sexo entre ambos géneros, sino porque el propósito que se busca con ello es hacer efectivo el principio de protección del hijo en aquellos casos en que éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre, de forma tal que, de no hacerse extensiva tal protección al progenitor podrían verse afectados en forma cierta los derechos de los hijos. También suele acontecer que después del divorcio o de la separación se consoliden nuevas uniones, en cuyo caso se da lugar a las llamadas ðfamilias ensambladas, que han sido

definidas como òla estructura familiar originada en el matrimonio o unió de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previaö

Si bien en la sentencia 098 de 1996 la Corte Constitucional dijo que el Estado no podía penetrar en la esfera íntima ni en las relaciones de las personas, la corporación ha debido atender las necesidades de un real Estado Social de Derecho, donde no solo prima y se ampara el principio de legalidad sino que el individuo toma parte importante y si bien el Estado no debe ser paternalista al punto de invadir la intimidad en las relaciones, si debe proporcionar y propender por otorgar las condiciones de existencia necesarias para que se desarrolle el individuo y la familia en los mejores términos posibles, observando, para el caso Colombiano, lo dicho en el preámbulo, en su artículo 1 y en general en todo el texto superior. Algo que destaca considerablemente en este fallo es que se reconoce que frente al concepto de familia las parejas homosexuales sufren un déficit de protección y con ello unos derechos con una aplicación muy reducida. Así sobre la intervención estatal, la Corte ha dicho que òesa intervención requiere de razones poderosas que la justifiquen y que debe ser ejercida razonablemente y òno bajo la perspectiva de una función ciega y predeterminada, independiente de las circunstancias, sino fundada en la realidadö.

Entre las formas de familia que aborda la providencia, la natural se entiende como la constituida por la voluntad responsable de conformarla, es decir por una decisión libre, básicamente entre un hombre y una mujer. Y reconoce estas formas, porque la corporación misma entiende que el carácter de familia es flexible, cambiante y que este concepto envuelve un dinamismo en sí mismo, por ello sustenta que òLa doctrina ha puesto de relieve que òla idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. Así, una mujer casada con hijos que se divorcia experimenta el modelo de familia nuclear intacta; luego, cuando se produce la ruptura, forma un hogar monoparental; más tarde, puede constituir un nuevo núcleo familiar (familia ensamblada) y, al fallecer el cónyuge o compañero, de nuevo transitar por la monoparentalidad originada en la viudezö, lo que se ha denominado òcadena compleja de transiciones familiaresö. A este fenómeno se ha referido la Corte al indicar que òen su conformación la familia resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembrosö, de manera que òla fortaleza de los lazos que se gestan en el marco de la familia y la interrelación y dependencia que marcan sus relaciones entre cada uno de sus miembros hace que cada cambio en el ciclo vital de sus componentes altere el entorno familiar y en consecuencia a la familiaö. El òcarácter maleable de la familiaö se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia òde acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentalesö, pues, en razón de la variedad, òla familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciadosö, por lo que òno es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familiaö. Conforme ha sido expuesto, la interpretación tradicional del artículo 42 de la Carta que ha permitido sostener que la única familia

constitucionalmente reconocida es la heterosexual y monogámica consiste en ligar los vínculos jurídicos que le dan origen a la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio y los vínculos naturales a la frase "por la voluntad responsable de conformarla", de donde surge que solo el matrimonio y la unión marital de hecho entre un hombre y una mujer son las dos clases de familia que la Constitución protege.

A diferencia de la aclaración de voto del que se habló en párrafos anteriores, en esta sentencia, se dijo que los homosexuales si constituían familia en unión marital y adicionalmente agregó la incorporación: "Actualmente la pareja heterosexual cuenta con dos formas de dar lugar a una familia, lo que les permite a sus miembros decidir autónomamente y ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto que la pareja homosexual carece de un instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de optar que asiste a las parejas heterosexuales. En esas condiciones, la Corte estima factible predicar que 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. No se puede desconocer que en esta cuestión se encuentra profundamente involucrada la voluntad, puesto que la familia homosexual surge de la "voluntad responsable" de conformarla y no se ajusta a la Constitución que esa voluntad esté recortada, no sirva para escoger entre varias alternativas o se vea indefectiblemente condenada a encaminarse por los senderos de la unión de hecho cuando de formar familia se trate, o quede sujeta a lo que la Corte vaya concediendo, siempre que tenga la oportunidad de producir una equiparación en un campo específico. Que la expresión de la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de los homosexuales es conclusión que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior, luego la Corte, con fundamento en la interpretación de los textos constitucionales, puede afirmar, categóricamente, que en el ordenamiento colombiano debe tener cabida una figura distinta de la unión de hecho como mecanismo para dar un origen solemne y formal a la familia conformada por la pareja homosexual. No sobra advertir que la existencia de una figura contractual que permita formalizar el compromiso torna posible hacer público el vínculo que une a la pareja integrada por contrayentes del mismo sexo, lo que ante la sociedad o el grupo de conocidos o allegados le otorga legitimidad y corresponde a la dignidad de las personas de orientación homosexual, que no se ven precisadas a ocultar su relación ni el afecto que los lleva a conformar una familia."

En otros términos, si bien la Corte Constitucional define la familia y algunas de sus formas, reconoce a través de esta sentencia que heterosexuales y homosexuales pueden constituir familia pero que no se equiparan ni sus elementos porque cuentan con situaciones fácticas que no son análogas. Sobre el concepto de familia le da mayor espectro de entendimiento al artículo 42 de la constitución, y acata opiniones de la gran cantidad de intervinientes en el

fallo que aducen que la familia es un organismo que además de cambiante tiene distintos matices y que la situación actual exige que se dé una seguridad jurídica al tema y unos beneficios no parcializados ni fracturados a toda clase de familia que habita en Colombia. Y, reconoce también que pese a la gran cantidad de veces que se ha instado por parte de la Corte al congreso a legislar sobre el tema, este se encuentra en una mora legislativa al respecto y no puede invadir esta zona exclusiva de ellos, más allá de la importancia en el concepto de familia. En este sentido, ha dicho que:

“La decisión constitucional de reservar a la ley lo relativo a la familia y al matrimonio, implica la defensa de un espacio propio que corresponde al legislador, de tal suerte que se impida a otros poderes del estado desconocerlo y, por ello, la Corte Constitucional no puede ordenar una protección máxima, no puede escoger los medios que estime mejores, diseñar una institución jurídica o proponer una determinada política social. De las precedentes consideraciones, y en especial de los datos provenientes del derecho comparado, se desprende que el legislador tiene un amplio abanico de alternativas para regular lo concerniente a la institución contractual llamada a remediar el déficit de protección de las parejas homosexuales y que, por lo mismo, no le atañe a la Corte determinar cuál es esa específica institución, con qué alcance debe ser diseñada y mucho menos valerse de la analogía para procurar unas asimilaciones totales que anularían las competencias del Congreso de la República y le restarían legitimidad a esta sentencia. Al legislador atañe, entonces, determinar la manera como se pueda formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre integrantes de las parejas del mismo sexo que libremente quieran recurrir a él y, por lo tanto, la Corte entiende que al órgano representativo le está reservada la libertad para asignarle la denominación que estime apropiada para ese vínculo, así como para definir su alcance, en el entendimiento de que, más que el nombre, lo que interesa son las especificidades que identifiquen los derechos y las obligaciones propias de dicha relación jurídica y la manera como esta se formaliza y perfecciona.”

El matrimonio es una forma de constituir familia, ha dicho la corte pero no la única, adicionalmente sobre el cargo que plantearon los demandados por la redacción del artículo 113 del Código civil, la corporación dijo que no es un fin exigido ni exigible el hecho de que un matrimonio se constituya como medio para procrear, puesto que hay libertad reproductiva y esto vulneraría no solo el libre desarrollo de la personalidad sino que tendría unos fines equívocos y ajenos al universo de implicaciones que genera la institución familiar. Dijo al respecto, “Conforme se ha expuesto, del matrimonio surge una familia fundada en vínculos jurídicos, pero la unión matrimonial no agota el espectro de las relaciones familiares, pues la Constitución reconoce y protege el matrimonio como una de las formas de conformar una familia”, de manera que la familia surgida del matrimonio es una de las posibles formas familiares a la que pueden recurrir los colombianos, dado que otras formas tienen origen en diferentes clases de vínculos, de entre los cuales el artículo 42 superior destaca los denominados “naturales”.

Finalmente, la sentencia después de una obiter dicta nutrida de interpretaciones garantistas y con sujeción a los derechos fundamentales, la providencia resuelve que la expresiones hombre y mujer no atenta contra la igualdad de otras parejas homosexuales, se declara inhibida de responder los cuestionamientos respecto de los cuales se pone e presente procrear y de lo más importante pero menos efectivo hasta ahora, establece en su numeral

cuarto: Exhortar al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas

El concepto de familia si bien se explica de una manera ordenada, armónica y en consonancia con las normas existentes, por eso es plausible reconocer a la Corte que sus parámetros de interpretación han logrado un avance social en el reconocimiento de derecho a las diversas familias en suelo Colombiano.

CONCLUSIONES

El concepto de familia hoy en Colombia no es congruente con la definición brindada por la Constitución Política. La Asamblea Nacional Constituyente del año 1991 ha debido establecer en el articulado superior, la definición de familia propuesta por la comisión primera, del siguiente tenor: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Está compuesta por personas unidas entre sí por vínculos naturales o jurídicos o por la voluntad responsable de constituirlos. Un hombre y una mujer tienen derecho a unirse en matrimonio y a conformar y desarrollar libremente su familia." Aun cuando no es muy amplia la definición, conviene para efectos de que otros tipos de familias y en armonía con el principio pluralista del Estado social de derecho que es Colombia, hubieran podido ser incluidos bajo la literalidad de esa norma. Una vez no aceptado y entendiendo que la función de la Constitución en el ordenamiento jurídico no obedece a regular in extenso cada tema jurídico, es el legislador quien ha debido tomar parte activa con el reconocimiento de los derechos de las familias cualquiera sea su tipo, clase y conformación. Lo que efectivamente hasta hoy no ha sucedido.

La mora legislativa sobre la familia en su ámbito funcional y orgánico ha perjudicado a las minorías, como los miembros de la comunidad LGBT y no solo a ellos sino también a los niños, niñas y adolescentes que en ausencia del reconocimiento de familia también se les desconocen derechos inherentes a ellos.

Es plausible que de acuerdo a lo analizado en los capítulos precedentes se concluya lo siguiente:

1. La familia en Colombia se idealizó como aquella monogámica y heterosexual pero la realidad ha generado distintas clases de familia y en este sentido las parejas homosexuales que convivan de manera permanente y singular y en cumplimiento de los requisitos de la unión marital de hecho, también son familia.
2. La familia biológica es entendida para aquellos menores que nacen en el seno de un hogar y cuentan con el reconocimiento legal de ambos padres. Los hijos podrían ser un factor determinante para la definición de familia, por ejemplo cuando se habla de familia ensamblada es la unión de hijos fruto de una unión pasada con una nueva pareja del progenitor.
3. La familia monoparental, a veces no surge por la voluntad del padre o de la madre de separarse, en un Estado como el Colombiano que tiene un índice elevado de homicidios y en general de peligrosidad, este tipo de familia puede ser fácilmente producto de la violencia que deja al núcleo familiar sin uno de los miembros bien sea padre o madre.

4. a diferencia de países como Holanda y Estados Unidos, donde la fecundación in vitro es reglada y usual como forma de constituir familia, en Colombia esta no es una forma usual de hacerlo, por varios factores entre ellos la falta de regulación legal y los costos elevados del procedimiento.

5. la protección a grupos que han sido altamente discriminados y marginados, no se brinda solo a través del reconocimiento y ampliación de sus derechos vía jurisprudencia deben existir instrumentos eficaces para que el derecho fundamental de la igualdad sea una verdad física y no simplemente un postulado constitucional que requiera ser exigido ante las altas cortes.

6. los problemas que afectan a las familias, cualquiera sea su tipo, también son problemas de salud pública en tanto a la institución familiar la permean asuntos como la salud, educación, violencia y otros que exigen de la instrumentalización y aplicación de políticas conscientes de las necesidades familiares.

7. el matrimonio entendido como un contrato es una de las formas de constituir familia pero no la única, por lo que no es exigible para alguien constituirse en familia a través de esta institución. Pese a ello la Corte ha dado reconocimiento de que esta forma de constituir familia a través de un vínculo jurídico proporciona estabilidad y seguridad a la pareja y a la familia.

8. para el Estado es importante que la familia se considere el núcleo esencial de la sociedad, pues el ejercicio social como el de integración de valores se ve de alguna manera extendida por la labor que se hace desde el centro familiar.

9. Respecto de la adopción y sin menoscabar la labor hecha por la Corte para el reconocimiento de derechos por parte de parejas homosexuales, es necesario resaltar, exaltar y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes y hacer un test de proporcionalidad de los derechos en tela de juicio.

Antes de la sentencia 577 de 2011 no había certeza sobre lo que significaba familia a la luz del derecho. No obstante esa providencia arrojó conceptos valiosos, no pudo extender su margen de acción a cambios de fondo sobre el concepto y sus implicaciones en parejas homosexuales por ejemplo. Pero, es importante resaltar que sin sus pronunciamientos el régimen en salud y seguridad social y pensiones por ejemplo para los homosexuales sería un sufrimiento sin justificación.

Además, el hecho de que a los centros penitenciarios se permita la visita conyugal por parejas del mismo sexo, quiere decir que existe socialmente un reconocimiento cada vez más amplio de lo que significa familia. En este orden de ideas no es posible desconocer las figuras políticas que luchan y ponen al escrutinio público su condición de homosexual y frente a ello viven su vida como cualquier persona independientemente de su orientación sexual. Es precisamente esto último lo que ha debido entender el congreso, no basta simplemente con que ellos hagan representación pasiva de los intereses de su bancada, sino que también trabajen en lo que les compete de forma transparente por las exigencias sociales concernientes a la familia y observen los exhortos hechos por la Corte Constitucional.

Como se ha estructurado a lo largo de este artículo, la familia ha sido definida desde varias ciencias y ámbitos de conocimiento, desde la sociológica, la antropología y las áreas jurídicas. Dependiendo del enfoque que quiera dársele, se le dará así mismo mayor importancia a los elementos que lo integran. Así mismo, cualquiera sea la definición resalta la importancia de esta institución en la sociedad, importancia que no ha sido desconocida por las Naciones Unidas, quien en su Resumen de la mesa redonda del Consejo de Derechos Humanos sobre la protección de la familia ha expresado:

• Todos los participantes recalcaron la importancia de la familia. Algunas delegaciones subrayaron la importancia de las familias como medios fundamentales para garantizar el bienestar y la estabilidad, promover los valores y tradiciones en la sociedad y proteger los derechos humanos. Otras reconocieron la necesidad de centrar el debate en la protección de los derechos de las personas dentro de la familia y señalaron que en la familia podían ser víctimas de abusos contra los derechos humanos los miembros más vulnerables, como las mujeres, los niños y las personas ancianas. También reconocieron la importancia de que se considerara la diversidad de las familias, que podían incluir las uniones de personas del mismo sexo, las familias monoparentales y los padres adoptivos o de acogida.

Muchas delegaciones hicieron hincapié en que debería protegerse a la familia como unidad fundamental y natural de la sociedad, y en ese sentido se remitieron a diversos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. Recordaron que la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales obligaban de manera explícita e inequívoca a todos los Estados a brindar protección y apoyo a la familia como unidad natural y fundamental de la sociedad. Varias delegaciones también hicieron referencia al artículo 18 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, la cual entro en vigor en 1986, que establecía que la familia era la unidad natural y la base de la sociedad y obligaba a los Estados a ocuparse de ella y proteger su salud física y moral.

Algunas delegaciones señalaron que los Estados tenían la obligación de prestar asistencia a la familia como custodia de la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad y exhortaron a las partes interesadas, como los mecanismos de las Naciones Unidas, las ONG y las instituciones nacionales de derechos humanos, a situar a la familia en el centro de sus actuaciones. Percibían la familia como una unidad social fundamental que contribuía a la cohesión social, al desarrollo y a los derechos humanos, así como a la preservación de la identidad, la cultura y los valores tradicionales. Destacaron las investigaciones basadas en datos que demostraban que las familias bien protegidas ayudaban a mejorar el respeto de los derechos de las mujeres, los niños, las personas ancianas y las personas con discapacidad y contribuían a erradicar la violencia contra la mujer, reducir el trabajo y la explotación infantil y disminuir la tasa de abandono escolar en la enseñanza primaria. Varios oradores plantearon la función que las familias podrían desempeñar en la promoción de un desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza e instaron a que no se dejara de lado una institución social tan influyente en la agenda para el desarrollo después de 2015.

Varias delegaciones lamentaron que, 20 años después del Año Internacional de la Familia, algunos países fueran reacios a reconocer el valor de la familia y aceptar sus respectivas

obligaciones jurídicas. Se afirmó que diversos problemas habían ensombrecido la posición de la familia en la sociedad, aumentado su vulnerabilidad a la desintegración y mermado su resistencia. La familia en tanto que institución social primordial no debería percibirse nunca como una fuerza que pretendiera oponerse a los intereses, los derechos y las libertades fundamentales de las personas.

Varias delegaciones señalaron situaciones en las que se habían derribado casas, confiscado tierras y separado a las familias. Destacaron los efectos de la actuación de los grupos terroristas en el socavamiento de los derechos de las familias y las personas, entre otras formas privando a los niños del cuidado de sus familiares e imponiendo enormes cargas financieras a las familias que perdían a su principal sustento económico. También se mencionó el impacto de las sanciones económicas en la familia.ö

Finalmente, es menester decir que no hay un solo concepto de familia, y que los que ha explicado la corte en sus providencias no son excluyentes de los demás, y que conforme la sociedad se desarrolla y avanza surgen otros fenómenos sociales que probablemente generaran otras formas de familia.

REFERENCIAS

1. "DERECHO CIVIL DERECHO DE FAMILIA" MEDINA PABON, Juan Enrique. Cuarta edición. 2014. Editorial Universidad del Rosario.
2. "DERECHO DE FAMILIA TOMO I RELACIONES MATRIMONIALES" MONTOYA OSORIO, Martha Elena y MONTOYA PEREZ, Guillermo. Primera edición 2013. Librería jurídica DIKAI.A.
3. "EL DERECHO COMO CONJURO. FETICHISMO LEGAL, VIOLENCIA Y MOVIMIENTOS SOCIALES" Julieta Lemaitre Ripoll. Ed. Universidad de los Andes, Siglo del Hombre editores. 2009
4. Corte Constitucional, sentencia C 098 de 1996. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
5. Corte Constitucional, sentencia C 029 de 2009. RODRIGO ESCOBAR GIL
6. Corte Constitucional, sentencia C 336 de 2008. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
7. Corte Constitucional, sentencia C 075 de 2007. RODRIGO ESCOBAR GIL
8. Corte constitucional, sentencia C 577 de 2011. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO