

PERCEPCIONES DOCTRINALES Y ALGUNAS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL CONCEPTO DE *FAMILIA*

Julie Marcela Daza Rojas^(a)

DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL PERCEPTIONS
ON THE CONCEPT OF *FAMILY*

ALGUMAS PERCEPÇÕES DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA
SOBRE O CONCEITO DE *FAMILIA*

Fecha de recepción: 19 de octubre del 2018

Fecha de aprobación: 1 de febrero del 2019

Disponible en línea: 1 de marzo del 2019

Sugerencia de citación:

Daza Rojas, J. M. (2019). Percepciones doctrinales y algunas jurisprudenciales sobre el concepto de *familia*. *Razón Crítica*, 6, 201-235, doi: 10.21789/25007807.1453

(a) Julie Marcela Daza Rojas

Abogada, magíster en Derecho y candidata a Doctora en Derecho
de la Universidad Nacional de Colombia

Coordinadora de la Maestría en Derecho de Familia en Universidad Antonio Nariño, Colombia
Integrante del Grupo de Investigación de Estudios del Derecho de España, Portugal y América
Latina, Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, España

<https://orcid.org/0000-0001-8704-840X>

jmdazar@unal.edu.co

RESUMEN

El concepto de familia jurídica en Colombia se transformó en las últimas dos décadas, dejó de concebirse como una unión heterosexual con el fin de procrear a concebirse como una institución incluyente, diversa y respetuosa de la orientación sexual de sus miembros. Este cambio fue auspiciado por la promulgación en 1991 de la Constitución Política. En razón de esta y del uso de la acción de constitucionalidad por parte de colectivos y/o organizaciones sociales, se han proferido fallos que han ampliado el alcance del concepto: una familia se conformaría cuando los seres humanos deciden libremente desarrollar un proyecto de vida en común, con independencia del modelo contractual. El presente texto partirá del estudio de la doctrina y algunas sentencias de constitucionalidad que han sido claves para el cambio de concepción de la familia en la legislación civil. Más allá de esto, se hará alusión a los retos que debe asumir el derecho de familia sobre la forma de comprender la familia y la protección de las relaciones personales y económicas que en esta se desarrollan. Se defenderá la idea de que ahora debe entenderse como una forma de asociación en la que se realizan los valores y motivaciones de sus integrantes, quienes coinciden en su forma de ver la vida y por lo tanto se unen para construir un proyecto común, en el que prima el afecto y la solidaridad.

PALABRAS CLAVE: familia, diversidad, transformación, protección, solidaridad.

ABSTRACT

The enactment of 1991 Political Constitution led to structural changes in the concept of *family* in Colombia during the last decades, incorporating an inclusive, diverse, and respectful approach. As a result, several constitutional acts have broaden the scope of this concept, establishing that a family is created when human beings freely decide to develop a life project together, regardless the contractual model of such union. This paper will study the legal doctrine and some constitutional acts that have been essential in the transformation process of the concept of family in Colombian civil legislation. Moreover, reference will be made to the challenges that family law must assume on the way to understand this concept and the protection of personal and economic relationships. Our work will defend the understanding of a family as a type of association in which the values and motivations of its members—who coincide in their way of seeing life, and therefore gather around the construction of a common project—make solidarity and affection prevail.

KEY WORDS: Family, diversity, transformation, protection, solidarity.

RESUMO

Na Colômbia, a partir da promulgação da Constituição Política em 1991, o conceito de "família" vem se tornando mais inclusivo, diverso e respeitoso. Devido à Constituição e à ação de constitucionalidade algumas sentenças proferidas ampliaram esse conceito: uma família será conformada, portanto, quando os seres humanos decidirem, livremente, desenvolver um projeto de vida em comum, independentemente do modelo contratual. O presente texto partirá do estudo da doutrina e de algumas sentenças de constitucionalidade que foram fundamentais para a mudança da concepção de família na legislação civil. Além disso, será feita referência aos desafios que o direito de família deve assumir sobre a forma de compreensão da família e a proteção das relações pessoais e econômicas que são desenvolvidas nela. A ideia de que a família deve ser entendida como uma forma de parceria em que são realizados os valores e motivações dos seus integrantes, que concordam em seu modo de ver a vida e, portanto, se juntam para construir um projeto comum, no qual prevalecem o afeto e a solidariedade.

PALAVRAS-CHAVE: diversidade, família, proteção, solidariedade, transformação.

INTRODUCCIÓN

La familia tradicional ha cambiado; tal cambio se ha dado a mayor velocidad en el ámbito social y cultural, mas no en el jurídico. En el presente escrito nos ocuparemos de revisar las percepciones doctrinales acerca del concepto de *familia*, entendiendo que la doctrina ha sido impactada en cuatro momentos, que se han dado, o bien por la expedición de alguna ley o por decisiones de constitucionalidad. Estas últimas han modificado el concepto y han sido la base de la doctrina para conceptuar acerca de esta.

El primer momento, que va desde 1887 hasta el primer semestre de 1990, tiene como principal eje el análisis normativo e inicia con la vigencia del primer código civil en el contexto nacional; esto ocurre en 15 de abril de 1887^[1]. El artículo 113 del código definió que el matrimonio era una forma de asociación entre dos personas, hombre y mujer, que se unían mediante el contrato matrimonial con el fin de cohabitar, auxiliarse y procrear.

Un segundo momento, que inicia en segundo semestre de 1990 y culmina en el primer semestre del 2007, tiene como momento clave la expedición de la Ley 54 de 1990 y termina con el fallo de constitucionalidad que condicionó la interpretación de esta ley, la Sentencia C - 075 del 2007.

1 Es preciso recordar que el código civil de Colombia se sancionó por primera vez el 26 de mayo de 1873, como la Ley 84 de 1873, pero no fue publicada en el Diario Oficial, por ello se tuvo que expedir una nueva ley.

Con la Ley 54, ya no era necesario casarse para conformar una familia, sino que la sola convivencia permanente y singular producía efectos jurídicos; se creó entonces la figura de la unión marital de hecho. Si bien en este momento se mantuvo el concepto de *familia heterosexual*, se avaló una posibilidad diferente al matrimonio, y se dio el primer paso para que años después, en consideración al derecho a la igualdad, esta ley aplicara también a las parejas del mismo sexo.

El tercer momento va del segundo semestre del 2007 al segundo semestre del 2011, periodo en el que no se expidió una ley, sino que estuvo fundamentado con los fallos de constitucionalidad proferidos en el curso de acciones de constitucionalidad, en los que se concedieron algunos derechos a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, bajo el desarrollo del derecho a la igualdad, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la asociación.

Finalmente, el cuarto y último momento empezó desde la segunda parte del 2011 y continúa vigente. Se resalta que un momento coyuntural fue el 2016, pues cambió el paradigma de *familia*, al permitir la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan suscribir un contrato para conformar una familia, entendiendo hoy en día que este contrato no es otro diferente al contrato matrimonial.

En los dos primeros periodos mencionados, la familia, desde el punto de vista jurídico, era de corte heterosexual: solo podía conformarse por un hombre y una mujer. En los momentos que siguen, se comprendió que también las parejas del mismo sexo podían conformar una familia, pero esto no por un debate legislativo, sino por la vía jurisprudencial. Esto permite afirmar que se ha cambiado el concepto de *familia* que contenía la legislación civil, apartándose del modelo judeocristiano y permitiendo un concepto más amplio y diverso.

En concordancia con lo expuesto, se sostendrá además que el concepto de *familia jurídica*, diferente de la *familia natural* o consanguínea se modificó, y que en la época actual este refiere a aquella forma de asociación en la que dos o más personas, cuyos valores, motivaciones y formas de ver la vida coinciden, se unen para construir un proyecto de vida en común, en el que prima el afecto y la solidaridad, además en el que los asociados no necesariamente involucran la convivencia ni la procreación. Este entendimiento se encuentra protegido por la Constitución Política de 1991 y permite concluir válidamente que el modelo de *familia heterosexual* es tan solo uno más.

Se precisa que en el texto solo se hablará del concepto de *familia*, no de otros derechos o deberes derivados de la conformación de la familia, verbigracia, la posibilidad de adopción plena entre parejas con una orientación sexual diversa ni tampoco las tipologías de familia derivadas de los vínculos de consanguinidad. Siendo así, solo hará alusión a la familia que se constituye como lo establece el sistema jurídico, por medio de un contrato o el mero acuerdo de voluntades.

Para abordar el concepto de *familia* que se planteó con antelación y que se defenderá al final del presente artículo, partiendo de los momentos que ya han sido expuestos, se presentarán en primer lugar los conceptos doctrinales sobre la familia que contienen elementos para la discusión sobre el concepto actual de *familia*, exponiendo por qué son, o no, comprensivos de los cambios que se han realizado.

En segundo lugar, se hablará desde un enfoque constitucional y de bloque de constitucionalidad sobre el reconocimiento de derechos a parejas del mismo sexo; en tercer lugar, acerca de cómo se concibe la familia hoy en Colombia, y, finalmente, se realizará una breve propuesta de qué significa el concepto de *familia*, lo cual permitirá dejar sentadas las bases de las futuras discusiones en torno a tal concepto y los retos que quedan por asumir de hoy en adelante.

Así mismo, es importante tener en cuenta que lo familiar está en constante evolución, que se avizora que en los años que vienen no se hablará de una forma exclusiva de familia, vinculada a un número binario de personas, ni se entenderá que este concepto solo abarca a los diferentes tipos de familia consanguínea que ha establecido la doctrina.

A esta conclusión se llega, teniendo en cuenta que los seres humanos se unen con la inspiración a tener un futuro mejor, de crear un proyecto de vida, que si bien puede no ser comprensible para algunos, se privilegia el querer interno e individual sobre el colectivo. Siendo así, la palabra *evolución* resume el nuevo modelo de *familia*, una familia plural que puede concebir la unión de varias personas, en la que lo que menos importan son las diferencias de sexo, condición social y cultural.

Percepciones doctrinales sobre el concepto de *familia*: elementos para la discusión

Como ya se mencionó en la introducción, y teniendo en cuenta que la doctrina ha desarrollado el concepto de *familia* a partir de los supuestos

de hecho legales, se presentarán diversos conceptos de doctrinantes acerca de esta institución, lo cual permitirá ver la evolución de esta, así como comprender cómo se ha complementado con los fallos de constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional Colombiana. Para esto se presentará cada uno de estos conceptos, organizándolos del primero que fue publicado al más reciente, y posterior a la presentación se hará un breve análisis de los aspectos que abarcan.

A partir de la consideración anterior, se tendrá en cuenta que con la vigencia de la Constitución Política de 1991, la institución familiar se constituyó en el núcleo fundamental de la sociedad (Const, 1991, arts. 5, 42, incl. 1) y además se suprimió desde el punto de vista formal la obligación tácita de cumplir con un sacramento religioso de corte Católico para que esta existiera.

Por lo tanto, hoy en día se comprende que puede conformarse familia jurídica de diversas maneras: por un lado, esto se puede hacer por contrato, utilizando la figura del matrimonio contenida en el Código Civil, y, por el otro, se puede generar por la voluntad libre y responsable de conformarla. Este cambio vino acompañado del respeto de otros derechos, tales como la libertad de cultos (Const, 1991, art. 19), la objeción de conciencia (Const, 1991, art. 18), la igualdad ante la ley (Const, 1991, art. 13) y el libre desarrollo de la personalidad (Const, 1991, art. 16), entre otros.

El concepto de *familia*, entonces, debió ser extendido para no ser concebido como una organización social de tipo doméstico con un fuerte contenido religioso, sino como una organización base del desarrollo social, político y económico del país, pero este cambio no ha sido pacífico, toda vez que, en la literatura jurídica, respecto a los conceptos que se presentarán a continuación se ve que, si bien existe un consenso frente a una de las fuente que le dan origen, al matrimonio, para muchos, no es posible desligarlo de una función biológica —heterosexual— o a pesar de superar este sesgo no la conciben sin el mantenimiento de relaciones de carácter sexual.

A continuación presentaremos en orden cronológico algunos de los conceptos que ha establecido la doctrina jurídica², los cuales contienen diferentes textos jurídicos³ acerca del concepto de *familia*.

2 Se verificará por el año de publicación de dicho texto.

3 Será tema de otro artículo los conceptos de familia presentes en la literatura filosófica, sociológica o antropológica, por ahora es importante precisar que solo se evidenciaran textos jurídicos.

En su *Manual de derecho de familia*, Suárez (1994) observa que

Comúnmente, a la palabra *familia* se le han asignado dos significados: uno en sentido amplio, por el cual se comprende a aquel grupo de personas que por naturaleza o por derecho están sujetas a la potestad de uno. Es sinónimo de conjunto de individuos unidos entre sí por vínculos jurídicos o naturales, como son el parentesco y el matrimonio; otro en sentido estricto, según el cual se le considera como la agrupación de personas cuya generación es común por descender de un mismo tronco o raíz; comprende a los padres y a los hijos (p. 3).

Se entiende a la familia como aquella colectividad que se constituye como un medio moral, legal e idóneo para la conservación de la humanidad, la estabilidad social, la transmisión de valores y la continuación de las tradiciones sociales y políticas del país. No desaparece con esto su concepción tradicional, pero sí se amplía, pues se absorben e integran al sistema jurídico político otras formas de vida familiar.

En un sentido amplio, según Umaña (1995), “[d]esde el enfoque institucional, la familia es un grupo humano compuesto por personas de distintas edades y sexos, entre los cuales al menos dos de los adultos mantienen relaciones sexuales; poseen residencia común y un fin determinado de cooperación económica” (p. 86).

Para Valencia y Ortiz (1995), la familia:

Está integrada por un grupo de personas formado por el padre, la madre y los hijos que viven bajo una comunidad doméstica.

[...] Se señalan como funciones principales de la familia: la satisfacción de las necesidades psicológicas y sexuales de los seres humanos, la transmisión de la vida (función reproductiva) y la crianza y primera educación de los hijos.

[...] La libertad del hombre y la mujer para formar una familia tiende a ser universal hoy día, e implica un notable progreso sobre anteriores ordenamientos (p. 5).

Desde su tipología, los autores establecen que los derechos de familia tienen una consignación especial y de orden público. Concibe al respecto Valencia y Ortiz (2011) que

Todos los derechos familiares tienen un eminente carácter moral y social [...] El fundamento de estos derechos debe buscarse más allá de la norma y lo encontramos en el efecto que debe rodear la comunidad familia, junto con la fraternidad y solidaridad humana [...] En nuestra legislación, la familia tiene diversos orígenes. El matrimonio, que da lugar a la familia matrimonial; la constituida por la volunt ad responsable, llamada comúnmente unión libre, de donde surge la familia extramatrimonial (p. 305)

De lo anterior, destacamos que, si bien los autores definen la familia en términos binarios, afirman la importancia de la transformación en la forma en que esta se ha venido desarrollando. Los autores rescatan la libertad de las personas para decidir formar una familia, lo que permitiría concluir que se deja sentada la posibilidad de conformar una familia por personas del mismo sexo, si así lo deciden libremente.

En términos generales, García (1999) considera que es necesario estudiar la familia desde diferentes disciplinas y evaluar los cambios que ha sufrido, concluyendo, de acuerdo con el precepto constitucional, que

La familia es el fundamento básico de toda sociedad humana [...] concepciones que cambian en el tiempo y en los lugares viendo entonces la familia de distinta manera, unas veces como grupo extenso de personas y de bienes, unidas por un elemento como el religioso: un antepasado común, o económico: la explotación de unos bienes o una actividad común; otras veces de grupos reducidos, formados por el vínculo de consanguinidad muy próximo, afirmando así que las conglomeradas familias se han organizado de diferentes maneras a través de las diversas épocas y en los distintos lugares (p. 6).

A partir del estudio del artículo 23 de la Ley 74 de 1968, Torrado (2000), al igual que otros predecesores, parte del presupuesto constitucional de centralidad de la familia, así como de su especial protección, estipulando que

La familia es la base de la sociedad. Por otra parte, la familia es el escenario de protección y del desarrollo de la especie humana. En efecto, las patrias o curias fueron el origen de la organización del poder político.

Por ello se consagró en la Constitución Política de Colombia la plena libertad para constituir una familia. De manera tal que en la regulación de la materia no se parte de una definición o modalidad específica ni se crean barreras a la cambiante realidad familiar (p. 15)

De lo dicho por Torrado, puede extraerse con claridad el interés por el autor de aceptar un concepto amplio de *familia*, de manera que cualquier modalidad es admisible y no podría cuestionarse a la luz del derecho constitucional.

Por otro lado y teniendo en cuenta el análisis de los derechos del hombre, en especial el derecho a la libertad absoluta de los individuos, Arnaud (2001) considera que esto ha permitido la evolución del derecho de familia, así como además la internacionalización de estos derechos ha generado un gran impacto en la transformación, precisamente del derecho de familia, pero también el autor muestra que esta transformación no es necesariamente la adecuada por cuanto se avala en cierta medida su fraccionamiento. Argumenta el autor:

[...] las cosas, por otra parte, son complejas. Ya no se puede decir, de modo absoluto, de la familia de estilo tradicional que desempeña sus funciones mejor que otras; pero no se puede afirmar tampoco que las familias monoparentales o recompuestas desempeñan estas funciones de modo satisfactorio. Si no temiéramos un pésimo juego de palabras en una situación tan grave, diríamos que el empeño contemporáneo en calificar como “familias” a recomposiciones más o menos heteróclitas creadas a partir de jurones de familias nucleares rebela la conciencia que los propios analistas tienen —y el legislador tras ellos— del hecho de que ratificar la destrucción de la familia bien podría tener las consecuencias irreparables de la fusión del átomo (pp. 33-34).

Esto nos lleva a concluir que, si bien el autor rescata la protección a los derechos de los individuos, también entiende la familia como un ámbito y manifiesta tácitamente la necesidad intervenir en su regulación.

Al considerar la familia como un núcleo fundamental de la sociedad, Araque (2002) considera que, de acuerdo con la legislación, si bien no es necesario que exista una pareja para poder definir la familia, se puede tomar como

El grupo de personas que a causa de sus vínculos de parentesco, o por ser cónyuges o compañeros permanentes, por lo general tienen una residencia común y cuyas finalidades principales son la perpetuación de la especie, la subsistencia y la formación integral de sus componentes (p. 15).

Este concepto es relativamente amplio, debido a que, si se considera que la familia se forma por la unión marital de hecho y se cataloga a la pareja como un “compañero permanente”, podría dar lugar hoy día a que las parejas del mismo sexo se encuentren abarcadas por tal concepto. Al mismo tiempo se ve limitado en el sentido de que plantea que la finalidad principal de la misma es la perpetuación de la especie, hecho que, como se ha dicho a lo largo del escrito, enfatiza el papel biológico y, por ende, el que se considera “natural” de una familia. El concepto dado por el autor, desconoce que los hijos no solo se procrean por medios naturales, sino que se puede a través de métodos científicos, alquiler de vientre, adopción, entre otros.

Para Monroy (2007), la familia tiene diversos significados, pero la perspectiva jurídica establece que

[...] la familia está formada por personas unidas por vínculos jurídicos familiares que tienen su origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. Pero, también hoy el concepto de familia deriva de la mera unión intersexual que forma la familia natural o de hecho llamada anteriormente concubinato.

En sentido estricto la familia se puede reducir a los padres y sus hijos menores (pp. 1-2).

Según Villa y Sánchez (2001), la familia, desde una perspectiva moderna, es:

[...] la principal escuela de valores, en donde aprendemos a formar nuestra identidad y a relacionarnos con los demás y con el mundo, convirtiéndose en el espacio ideal para aprender a comunicarnos, dialogar, para expresar lo que sentimos, es decir, la familia vista como un sistema social, debe tener una estructura tanto para sobrevivir como para cumplir sus metas y funciones.

La familia en derecho está constituida por el conjunto de personas que se hayan vinculadas por el matrimonio, la unión marital de hecho, por filiación o por la adopción (p. 2).

No se detienen los autores a describir los elementos que configuran una familia, sino los vínculos a través de los cuales se puede defender su existencia. Como puede observarse hablan de una estructura para desarrollar las metas de las personas, pero de no la forma ni particularidades de esta.

En sentido amplio, establece Monroy (2001), siguiendo a Belluscio, que la familia se concibe como “[...] el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar” (p. 2).

Pero llevado este concepto al régimen jurídico colombiano, estatuye el mismo autor que

La familia que protege la Constitución (artículo 42) es la monogámica y heterosexual. [...] Sin embargo, sin reconocerlas como familia la Corte en Sentencia C-075 de 2007 aplicó el régimen de la Ley 54 de 1990 que fue modificada por la Ley 979 de 2007 a las parejas del mismo sexo, por lo cual hoy tiene derecho a constituir una sociedad patrimonial en los términos de la Ley 54 sobre uniones maritales de hecho (Monroy, 2001, p. 5)

Se puede ver que este autor desconoce la posibilidad de que las parejas del mismo sexo conformen una familia válidamente en nuestro sistema jurídico, siendo condición para su reconocimiento la heterosexualidad.

Naranjo (2009) considera que la familia:

Es una institución histórica, jurídica y social del más hondo arraigo a través de las diferentes épocas de la civilización [...].

En los primeros tiempos no era posible determinarla, dado que los individuos vivían en un régimen de promiscuidad. Posteriormente se configura lo que los investigadores han denominado “el matriarcado”, caracterizado porque los hombres se agrupan al lado de su madre, sin consideración a los presuntos padres. Más tarde se configura el “patriarcado”, en el que padre es el jefe de familia, para llegar, al fin, a la familia individual, basada en el matrimonio monogámico (pp. 294-295).

Este autor entiende que el matrimonio es entonces esencialmente heterosexual.

Para Laffont (2010), la familia que se consagra en la Constitución Política de 1991 puede verse desde dos puntos de vista: externa e interna. De estos resalta:

Externamente, la considera como una institución autónoma que, frente a la sociedad y al Estado, constituye un “núcleo fundamental de la sociedad”, (art. 42 inciso 1), y, en consecuencia, se dispone que “el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad” (art. 5.º), dentro de la “diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (arts. 7.º, 9.º) y de la igualdad general de las personas y familias nacionales y extranjeras (art. 100). E igualmente lo hace de manera interna, cuando, como se verá más adelante, señala los aspectos fundamentales de su estructura (v. gr. parientes, parejas, hijos, etc.) y funcionamiento (v. gr. efectos personales, económicos y seguridad) (p. 56)

A partir de esta contextualización el autor propone que, en cuanto al reconocimiento de la pareja, esta puede ser diversa, destacando que

En primer término existe el reconocimiento de la conformación de la pareja, esto es, de dos personas, tanto la “pareja heterosexual”, como la compuesta de “un hombre y una mujer”, como la “pareja homosexual”, esto es, la conformada voluntaria y responsablemente por dos personas del mismo sexo (art. 42, inciso 1) (Laffont, 2010, p. 57).

Teniendo entonces como una fuente de la familia al matrimonio, el cual, según Laffont (2010), no puede concebirse más allá de lo que establece el Código Civil: “[...] un contrato solemne por medio del cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente” (Código Civil, 2018, art. 113).

De acuerdo con lo anterior, es un elemento estructural del matrimonio la heterosexualidad, con lo que nuevamente se reproduce el concepto tradicional de la *familia* y se delimita a su aspecto binario hombre-mujer.

Por su parte, Corral (2005) considera que la familia debe conceptualizarse a partir de las finalidades básicas que le son reconocidas,

esto es, la natural, económica y espiritual. A partir de allí el autor conceptúa que la familia:

[...] es aquella comunidad que, iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concebidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo y se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente (p. 32).

Encontramos, finalmente, que, en un sentido amplio, Quiroz (2014) distingue la institución familiar, que va más allá de considerar *familia* a todas las personas unidas por vínculos de parentesco y sus formas de constitución. Dentro de estas destaca su evolución, para afirmar que

Con la entrada en vigencia de la Carta Política ha sido posible evidenciar la protección de otros tipos de familias diferentes a las consagradas en el obsoleto Código Civil; así, se ha establecido que dicho estatuto constitucional reconoce y protege a las familias conformadas por personas del mismo sexo, puesto que el concepto de *familia* lo ha ampliado la Corte Constitucional en el sentido de que consiste en una [...] comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida, o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos (p. 61).

Específicamente para el tema de las parejas del mismo sexo, Quiroz afirma que “las parejas del mismo sexo sí conforman una familia tal como está establecido en la misma Constitución Política colombiana” (p. 57).

Además, Quiroz destaca que la familia es una institución que se fundamenta en la agrupación de personas con vínculos de parentesco, que tienen como fundamento la voluntad de conformarla.

Si se retoma un concepto con un enfoque sociológico, vemos a Giddens (2001), quien por ejemplo, da un concepto amplio de *familia* y considera que es:

Un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos. Los lazos de parentesco son los que se establecen entre los individuos mediante el matrimonio o por las líneas genealógicas que vinculan a los familiares consanguíneos (madres, padres, hermanos y hermanas, hijos, etc.). El matrimonio puede definirse como una unión sexual entre dos individuos adultos socialmente reconocida y aprobada. Cuando dos personas se casan se convierten en parientes; sin embargo, el matrimonio también vincula a un grupo más amplio de personas (p. 231).

Se pasa de largo por la mayoría de los autores previamente citados, la conformación de la familia en su aspecto sociológico, con lo cual se puede afirmar que sus conceptos se orientan más hacia la explicación de los elementos normativos que la regulan, mas no a la forma en cómo esta se estructura en la sociedad. El esfuerzo por delimitar la noción de *familia* se ve influido por las reformas que el legislador y la interpretación de la Corte Constitucional han realizado, disminuyendo en unos casos y olvidando en otros la importancia no del reconocimiento jurídico de la familia, sino del desarrollo social de esta.

Un análisis sobre lo dicho anteriormente y más cercano a la realidad es el adoptado por el Ministerio de Educación Nacional (2016) y otras entidades:

La Familia es la institución social de mayor dinamismo en las sociedades. La realidad de Colombia hace necesario realizar un llamado a transformar la forma en que se conciben las configuraciones familiares en el espacio escolar. A menudo se habla de conformaciones familiares tradicionales: padre, madre e hijos e hijas; sin embargo, bien es sabido que en el país estas configuraciones no son las únicas: también hay familias monoparentales, en cabeza de madres o padres, y familias extensas (p. 78).

De esta manera, la discusión de fondo sobre el concepto de *familia* y, en consecuencia, sobre cómo las parejas del mismo sexo hoy en día sí constituyen válidamente una familia se deja un poco de lado, haciendo evidente la necesidad de reconocimiento de una realidad social que en algunos casos dista considerablemente de la concepción jurídica, máxime cuando el legislador no ha querido regular específicamente la materia y ha

tenido que ser la Corte con sus fallos de constitucionalidad la que asuma esta tarea.

Se verifica entonces que lo que para un amplio sector de juristas la reflexividad social e institucional considera no es relevante para el derecho, debido a que solo interesa la consagración jurídica y la obediencia estricta que se debe a la norma creada por el Estado.

Es importante subrayar en este punto que el reconocimiento por vía jurisprudencial, si bien contribuye a disminuir la brecha de la desigualdad, no es suficiente para transformar la realidad: para esto se requiere que el Estado y la sociedad de forma conjunta asuman los cambios en torno a la familia como algo natural, cotidiano, reconstruido socialmente y, lo más importante, que no afecta sus derechos y que por consiguiente no hay razón para negar posibilidades diferentes a las que cada uno resuelve adoptar o con las que simpatiza más.

Reconocimiento de derechos a parejas del mismo sexo

Teniendo en cuenta el recorrido hecho con antelación, en el cual se analizó no solo la visión doctrinal de la familia, sino también los aspectos que la caracterizan y su comprensión de los fallos de constitucionalidad, en este apartado se tratará brevemente el marco constitucional de protección de la familia, abordando el bloque de constitucionalidad.

El objetivo del análisis en este punto del texto será establecer un concepto para el momento actual, pues se concibe que la evolución constitucional ha estado inspirada también en los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia que propenden por la protección del derecho a la igualdad y por su garantía en cualquier ámbito de desarrollo del ser humano, uno de los cuales es precisamente la familia. Estos tratados orientan, fijan criterios y auspician la creación de procedimientos para el reconocimiento y garantía de los derechos, pues se integran a la legislación interna a través del llamado bloque de constitucionalidad⁴.

4 Implica la integración al ordenamiento jurídico interno de las normas, principios y valores que contienen los tratados y convenios internacionales al régimen constitucional interno, lo cual es posible gracias a lo establecido en el artículo 93 de la Constitución Política.

Siendo así, no se hablará aquí de las disposiciones frente al derecho a la igualdad, sino específicamente lo que dicen algunos instrumentos acerca de la constitución y protección a la familia, por ser este el hilo principal del presente escrito. Nos limitaremos entonces a aquellos instrumentos proferidos a partir del siglo XX, por considerar que fue tan solo pocos años antes que entró en vigencia el Código Civil, aún vigente en Colombia.

En la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁵, se establece en el capítulo primero, artículo 6, que “toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella” (*Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, 1948).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶ (1948), por su parte, estipula, en el artículo 16, que

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio,
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (*Declaración Universal de los Derechos Humanos*, año).

El Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (1966), adoptado por la Asamblea General en 1966^[7], en su artículo 23, estipula que los Estados que hacen parte reconocen que

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

5 Esta declaración fue aprobada en la novena conferencia internacional americana celebrada en Bogotá, Colombia en 1948.

6 Esta declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución 217 A, del 10 de diciembre de 1948.

7 El pacto fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

4. Los estados parte en el presente pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de este.

En caso de disolución se adoptará disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

El Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), en su artículo 10, estipula que los estados que hacen parte reconocen que

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

En la Convención Americana de Derechos Humanos (1972)⁸, se estipula, en su artículo 17, la protección a la familia. Textualmente determina que

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los estados parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de este.
En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro de este.

8 El Pacto de San José de Costa Rica fue aprobado en Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

Estos instrumentos abonaron el camino para el desarrollo de los artículos 5 y 42 de la Constitución Política, base para todas las discusiones sobre la familia a partir de 1991. Estos artículos establecen que la familia:

- A. Es el elemento o núcleo fundamental de la sociedad, concepto que como puede verse, ya estaba contenido en las declaraciones y pactos mencionados con antelación.
- B. Puede constituirse por diferentes medios.
- C. Se basa en la igualdad de derechos y deberes, así como el respeto recíproco de todos sus integrantes.
- D. Debe ser protegida de forma integral por el Estado.
- E. El matrimonio, sus requisitos y elementos se regulan por la ley civil.

La norma constitucional y los instrumentos internacionales no se restringen a las familias conformadas en virtud de disposiciones legales, sino también contemplan la protección a la familia natural o biológica. Para efectos ilustrativos se presenta un concepto comprensivo de *familia*, que tiene en cuenta elementos biológicos, de crianza, familia extensa, ensambladas, así como la matrimonial o la surgida por uniones de hecho, desarrollados por la Corte Constitucional en Sentencia T-292 de 2016:

La familia es una institución sociológica derivada de la naturaleza del ser humano, “toda la comunidad se beneficia de sus virtudes así como se perjudica por los conflictos que surjan de la misma”. Entre sus fines esenciales se destacan la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos. En consecuencia, tanto el Estado como la sociedad deben propender a su bienestar y velar por su integridad, supervivencia y conservación. Lineamientos que permearon su reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991. El constituyente reguló la institución familiar como derecho y núcleo esencial de la sociedad en el artículo 42 Superior. De acuerdo con esta disposición, la familia “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”. En todo caso, el Estado y la sociedad deben garantizarle protección integral. [...]

Entre otras formas de composición familiar que se vislumbran en la sociedad actual se denotan las originadas en cabeza de una pareja, surgida como fruto del matrimonio o de una unión marital de hecho, cuya diferencia radica en la formalización exigida por el matrimonio,

ambas tienen iguales derechos y obligaciones, y pueden o no estar conformadas por descendientes. También existen las familias derivadas de la adopción, nacidas en un vínculo jurídico que permite “prohijar como hijo legítimo a quien no lo es por lazos de la sangre”; las familias de crianza, que surgen cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre [este] y los integrantes de dicha familia”; las familias monoparentales, conformadas por un solo progenitor y sus hijos y las familias ensambladas (Corte Constitucional, Sentencia T-292, 2016).

Sentadas entonces las bases legales internacionales que cimentaron la transformación del derecho de familia y específicamente del concepto de *familia*, así como el criterio constitucional amplio que hoy defiende la Corte, nos detendremos en el reconocimiento de derechos de las parejas del mismo sexo.

Se resalta —como se afirmó en la introducción— que fue a partir del 2007, y por un fallo de Constitucionalidad, que se inició la transición al reconocimiento de derechos de las personas con una orientación sexual hacia su mismo sexo biológico y esto permitió la extensión de la protección hacia normas sobre seguridad social y pensiones, violencia intrafamiliar, especial protección en materia penal sobre el agravamiento de las conductas penales cuando son cometidas hacia la pareja del mismo sexo, entre otras.

El fallo mencionado y que generó toda una ola de protección fue la Sentencia C-075 del 2007, que reconoció el régimen de protección patrimonial que se creó a partir de la Ley 54 de 1990, para las uniones maritales de hecho heterosexuales, también aplicaba para parejas del mismo sexo. Allí, la Corte consideró que se estaba vulnerando la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, así como generando una clara discriminación en razón del sexo para las parejas homosexuales.

Para superar esa discriminación en razón del sexo, la Corte consideró que no existía un imperativo constitucional que justificara dar un tratamiento diferente a la pareja homosexual frente a la heterosexual, y que, por lo tanto, no era admisible el trato desigual, que no obedeciera al principio de razón suficiente, aunado a que en materia de derechos humanos tanto nacionales como internacionales se encuentra prohibida cualquier discriminación por orientación sexual.

A pesar de lo anterior, la Corte consideró que le correspondía al legislador definir las medidas para la protección de las personas con una orientación sexual diversa y, por esta razón, en esa oportunidad resolvió⁹ exclusivamente “Declarar la EXEQUIBILIDAD de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 del 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales”.

Aun cuando la protección fue incipiente y se dejó de lado la discusión de cómo denominar a las parejas del mismo sexo y de si se debía incluirlas o no bajo el manto de protección plena del derecho de familia, este proveído significó el inicio del reconocimiento de derechos.

Posterior a este fallo de constitucionalidad, mediante la Sentencia C-336 del 2008, se dio protección constitucional a las parejas del mismo sexo en el acceso a la pensión de sobrevivientes, entendiendo que la pensión es una expresión del derecho a la seguridad social y que en caso de que uno de los miembros de la pareja homosexual falleciera y que el sobreviviente dependiera económicamente del fallecido, tenía derecho a obtener la pensión para atender sus necesidades, subsistir y hacer frente a todas las contingencias derivadas de la muerte de su pareja. Entonces, a partir del 2008 se reconoce la pensión de sobrevivientes entre personas que convivían en unión marital de hecho o personas casadas sin distinción de orientación sexual.

En el 2009, se presentó una demanda de constitucionalidad que comprendía diferentes textos legales en los que se hacía alusión a la convivencia permanente, al cónyuge, a las uniones permanentes y, específicamente, a las uniones maritales de hecho, entendiendo que estas disposiciones también debían interpretarse en favor de las parejas del mismo sexo, pues de lo contrario constituiría una vulneración del derecho a la igualdad.

Siendo así a partir de la Sentencia C-029 del 2009 y teniendo en cuenta que la diferencia de trato se considera contraria a la Constitución, se reconoce para las parejas del mismo sexo los siguientes derechos y obligaciones:

9 Precisamente mediante un salvamento de voto, Jaime Araújo Rentería alegó que la Corte debió considerar todos los aspectos jurídicos en que estaban desprotegidas las parejas no heterosexuales. Por su parte, los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla aclararon su voto en el sentido de precisar que la familia que el constituyente quiso proteger era la monogámica y heterosexual, y que su voto no tenía que ver con un cambio precisamente en estos aspectos. Finalmente, Jaime Córdoba Triviño aclaró su voto señalando que le correspondía al legislador crear las medidas para la protección de las personas con una orientación sexual diversa.

- Recibir/prestar alimentos: es decir, se aplica el régimen del derecho a recibir alimentos tanto en su adquisición como en su cumplimiento.
- Adquirir la nacionalidad colombiana cuando un extranjero está casado, es compañero permanente de un colombiano o tiene hijos colombianos.
- Fijar su residencia en San Andrés y Providencia cuando se está casado o se es compañero permanente de una persona que reside en estas islas.
- Entender que las causales de agravación punitiva y el régimen de penas establecidas en la ley penal también aplican cuando se comete un delito en contra de la pareja del mismo sexo.
- Acceder a las medidas de protección administrativas y judiciales establecidas por la ley.
- Constituir un patrimonio de familia inembargable y realizar afectación a vivienda familiar.
- Participar en el régimen de subsidios para vivienda, servicios y conexos establecidos para las parejas heterosexuales.
- Acceder a las indemnizaciones, beneficios y conexos establecidos para las parejas heterosexuales.
- Vincularse al régimen de salud de la fuerza pública y acceso a la seguridad social.

Los anteriores fallos abonaron el camino al reconocimiento de derechos. Fue así como en el 2011, se dieron dos cambios en los derechos de las parejas del mismo sexo. En primer lugar, en el régimen sucesoral, pues mediante la Sentencia C-283, se consideró que la exclusión para la obtención de la porción conyugal, entendida como una porción del patrimonio de una persona difunta que la ley le asignaba hasta ese momento solo al cónyuge sobreviviente, era discriminatorio tanto para el supérstite en parejas heterosexuales como parejas homosexuales. Por lo tanto, se es beneficiario de este derecho con independencia la orientación sexual o del tipo de familia que se constituya y, por lo tanto, para su adquisición simplemente se deberán cumplir los requisitos establecidos en la ley.

En segundo lugar, se debatió si las expresiones “hombre y mujer” y “procrear” contenidas en los artículos 113 del Código Civil, 2.º de la Ley 294 de 1996 y 2.º de la Ley 1.361 del 2009 eran contrarias a la noción de *familia* que contiene el artículo 42 de la Constitución Política, puesto que

la norma constitucional no se limita a los vínculos entre un hombre y una mujer, por el contrario permite a las parejas del mismo sexo a que sean reconocidas como familia.

Este debate dio lugar a que mediante la Sentencia C-577, la Corte Constitucional estableciera que era necesario crear o adoptar una figura jurídica contractual que garantizara los derechos de las parejas del mismo sexo, pues al no estar prohibido por la Constitución nada impedía su consagración legal. A pesar de esto, la Corte estimó que no era de su competencia definir el régimen jurídico al que habrían de someterse. Por lo tanto, y al ser una competencia del legislador, interpretó que era aquél el ente encargado de definir cuál era la figura contractual por medio de la que se otorgarían derechos a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Dijo la Corte:

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 (Corte Constitucional, Sentencia C- 577, 2011).

A partir de ese fallo, se entiende que

- La Constitución Política no prohíbe la conformación de una familia por parte de parejas constituidas por personas del mismo sexo.
- No deben existir diferencias en el derecho a conformar una familia, por lo que, las herramientas jurídicas deben posibilitar la misma protección sin distinción de que la pareja sea heterosexual o homosexual.
- Si el Legislador no protege los derechos de las parejas del mismo sexo, es deber de la Corte Constitucional hacerlo.

En el mencionado fallo, desde un punto de vista crítico, se notó que la Corte Constitucional aún tenía cierta reserva con otorgar derechos plenos y resolver que la única figura que garantizaba igual protección era el

matrimonio, toda vez que se ve que no estableció de forma inmediata que el artículo 113 del Código Civil debía aplicarse a las parejas constituidas por personas del mismo sexo.

Lo anterior se observa en su argumentación cuando la Corte aduce que le corresponde al Congreso de la República esta tarea y, por eso, lo exhortó a que, en el término de dos años, legislara sobre los derechos de las parejas del mismo sexo. Tímidamente determinó que si después de ese tiempo y llegado el 20 de junio del 2013 el Congreso no había legislado, las parejas del mismo sexo podían acudir ante un juez o notario para *formalizar* y *solemnizar* sus uniones.

Lo ordenado por la Corte no ocurrió. Puede verse como después de este fallo y hasta el 2016, se dio una etapa de relativa inseguridad jurídica para las parejas conformadas por personas del mismo sexo, pues si bien la Corte determinó que existía un déficit de protección, no tomó la decisión de proteger los derechos y la supeditó a la decisión del legislador, quien tampoco lo hizo.

Cuando se venció el término otorgado al legislador, se entró en una discusión acerca de cómo debía darse esa formalización y solemnización. Se dividieron las opiniones entre quienes consideraban que era un vínculo jurídico diferente al matrimonio y otros que igualaban la protección y comprendían que se daba un verdadero matrimonio.

Es decir, no se pudo acceder al derecho a formar una familia matrimonial del 2011 al 2013, y luego, desde el 2013 hasta el 2016, no se tenía claridad acerca de cómo se denominaba el vínculo y cuál era el régimen de protección aplicable. Por ende, las notarías lo denominaron “contrato solemne”; algunos jueces, “contrato innominado”; otros, “matrimonio”.

Finalmente, como se dijo atrás, en el 2016 la Corte entró a resolver varias tutelas y acciones presentadas sobre esta incertidumbre sobre qué figura utilizar y cómo llamar a las uniones, asunto resuelto mediante sentencia de unificación SU-214. En esta, determinó que realmente las parejas del mismo sexo al solemnizar y formalizar sus vínculos tenían un verdadero matrimonio, con plenos efectos jurídicos. En consecuencia empezó a existir una igualdad de derechos de estas parejas con cualquier matrimonio heterosexual, por lo que le aplicaba a las primeras el mismo régimen legal del código civil y se extendían iguales derechos y obligaciones.

Señaló la Corte Constitucional:

[...] OCTAVO. EXTENDER, con efectos inter partes, la presente sentencia de unificación, a todas las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al veinte (20) de junio del 2013: (i) hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual; (ii) hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (iii) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil se haya negado a inscribirlo y; (iv) en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil, bien ante Jueces Civiles Municipales, ora ante Notarios Públicos, o ante los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces.

NOVENO. DECLARAR que los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al veinte (20) de junio del 2013, gozan de plena validez jurídica.

DÉCIMO. DECLARAR que los Jueces de la República, que hasta la fecha de esta providencia han celebrado matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo en Colombia, actuaron en los precisos términos de la Carta Política y en aplicación del principio constitucional de la autonomía judicial, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

DÉCIMO PRIMERO. ADVERTIR a las autoridades judiciales, a los Notarios Públicos, a los Registradores del Estado Civil del país, y a los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces, que el presente fallo de unificación tiene carácter vinculante, con efectos inter pares, en los términos de la parte motiva de esta providencia [...] (Corte Constitucional, 2016, Sentencia SU-2.014).

A partir de este fallo, todos los denominados “contratos solemnes, innominados o similares”, que se establecieron para identificar a las uniones entre parejas del mismo sexo desde la Sentencia C-577 del 2011, se consideran verdaderos matrimonios, gozan de plena validez, tienen derecho a que se realice el registro y gozan de igual protección que los matrimonios heterosexuales.

Es importante señalar que la sentencia SU-214 del 2016, se profirió con efectos retroactivos; esto significó que las uniones celebradas en el periodo entre el 20 de junio del 2013 y el 28 de abril del 2016, fecha del fallo de unificación, se consideraraban matrimonios, entendiendo que esta figura había evolucionado y la sexualidad y procreación ya no contituían elementos esenciales del matrimonio. Por lo tanto, no puede negarse la conformación del matrimonio a parejas del mismo sexo.

Ahora bien, debe decirse que, a pesar de este fallo, aún se continúa defendiendo por algunos sectores sociales la inexistencia del matrimonio entre parejas del mismo sexo que solemnizaron sus uniones en este periodo, y se verifica también que algunas notarías¹⁰ han negado la inscripción de estos matrimonios, lo cual ha implicado que algunas parejas tengan que recurrir por vía administrativa y judicial al acceso pleno de sus derechos.

¿Qué es una familia hoy día en Colombia?

Luego del recorrido realizado en los apartados anteriores, lo primero que debe decirse, siguiendo la ruta planteada en la introducción, es que hoy en día solo basta para tener una familia que dos personas, sin que importe su sexo biológico, se unan para construir un proyecto de vida en común, entendiendo que para el desarrollo de tal proyecto tienen la posibilidad de elegir si desean tener o no descendencia, y, en caso de que lo deseen, pueden hacerlo a través de un método de procreación científica o de la adopción, pues así lo permite y protege la norma constitucional.

Por lo tanto, con independencia de la familia consanguínea que tenemos todos los seres humanos, reitero que para el presente escrito y como propuesta conceptual se considerará que familia jurídica es aquella forma de asociación en la que dos o más personas cuyos valores, motivaciones y formas de ver la vida coinciden deciden unirse para construir un proyecto de vida en común, en el cual prima el afecto y la solidaridad. El proyecto de los asociados no necesariamente involucra convivir ni procrear.

¹⁰ Uno de estos casos tiene relación con la negativa de la Notaría 71 de Bogotá de inscribir como matrimonio un contrato que la Notaría denominó solemne cuando se celebró el 15 de agosto del 2014, fecha en que no era claro el régimen contenido en la sentencia C-577 del 2011. Este caso lo conoce la autora, pues obró como asesora jurídica de este en el 2018.

El anterior concepto, se encuentra protegido por la Constitución Política de 1991 y ha llevado a admitir que el modelo de familia heterosexual es uno más. Para precisar lo afirmado, podemos decir que existen dos grandes tipos de familia, una entendida como un modelo asociativo entre una o más personas que no están vinculadas por consanguinidad: la matrimonial y la unión marital de hecho. Estas, a su vez, desde el punto de vista de la fuente jurídica se dividen cada una en dos (tabla 1):

Tabla 1. Tipos de familia y fuente jurídica

Matrimonio	Tipos	Fuente jurídica que reconoce y regula derechos
	Heterosexual	Regulado por el código civil, artículos 113 y siguientes.
	Parejas del mismo sexo o igualitario	Reconocido por las sentencias: C-577 de 2011 SU-214 de 2016
Unión Marital de Hecho	Tipos	Fuente jurídica que reconoce y regula derechos
	Heterosexual	Regulada por la Ley 54 de 1990 y la Ley 979 del 2005.
	Parejas del mismo sexo o igualitario	Reconocida en cuanto a su aspecto patrimonial por la sentencia: C-075 del 2007 Y entendida también como forma de familia en la: C-577 del 2011

Modelo tradicional	Características	Modelo actual	Características
	Unión para la convivencia, con distinción de funciones, cuidado y mantenimiento, y con subordinación de la mujer frente al hombre. Conformación binaria: hombre-mujer		Unión para la convivencia sin distinción de roles y basados en el concepto de igualdad de sus miembros. Conformación amplia: sin distinción sexo
Objetivo	Fin reproductivo: procreación perpetuidad-permanencia	Objetivo	Fin colaborativo no necesariamente reproductivo: construcción de un proyecto de vida en común. Provisionalidad
Formas de conformación	<ul style="list-style-type: none"> • Natural: vínculos de consanguinidad o parentesco • Matrimonio 	Formas de conformación	<ul style="list-style-type: none"> • Natural: vínculos de consanguinidad o parentesco • Uniones civiles* • Matrimonio** <p>* Con limitaciones frente a la posibilidad de adoptar y de adquirir plenos derechos derivados de la convivencia. ** Vedado en algunos países para parejas conformadas por personas del mismo sexo.</p>

Fuente: elaboración propia.

Tabla 2. Sociedades de bienes y sus características

	Nacimiento	Contexto	Reglas
Sociedad conyugal	De acuerdo con el artículo 180 del Código Civil, por el hecho del matrimonio se contrae sociedad conyugal.	Para las parejas del mismo sexo de conformidad con la SU-214 del 2017 al ser verdaderamente un matrimonio se aplican todas las reglas del matrimonio heterosexual de conformidad con el artículo 8 de la ley 153 de 1887, es decir por analogía.	<ul style="list-style-type: none"> - Se puede establecer una regulación previa en el aspecto económico: capitulaciones. - Ingresan todos los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la respectiva sociedad.
	Nacimiento	Contexto	<ul style="list-style-type: none"> - Ingresan los salarios y honorarios o emolumentos producto del trabajo de los socios, generados durante la vigencia de la sociedad. - No ingresan los bienes inmuebles adquiridos previo al matrimonio (no importa el título), ni los adquiridos a título gratuito durante la vigencia de la sociedad. (Si se venden se pueden subrogar). - Ingresan los frutos, réditos, pensiones e intereses de los bienes que se tenían previo a la sociedad. - No ingresan los aumentos o mayores valores naturales (sin intervención del hombre) que se generen sobre los bienes. - Ingresan los bienes muebles adquiridos previamente o durante la sociedad a título gratuito pero la sociedad esta obligada a restituir el valor que tenían a la fecha del aporte. - Pueden excluirse los pasivos vinculados estrictamente a obligaciones personales de los socios, así como pasivos adquiridos para el mantenimiento de bienes propios.
Sociedad patrimonial de hecho	De acuerdo con la ley 54 de 1990, artículo 2, cuando existe unión marital de hecho y esta perdura al menos por dos años se forma sociedad patrimonial siempre y cuando no exista sociedad conyugal anterior y en caso de que exista debe estar al menos disuelta.	La ley 54 de 1990 específicamente determina, en su artículo 7, que a la liquidación de la sociedad patrimonial se aplican las normas contenidas en el libro 4, título XXII, capítulos I al VI, Código Civil es decir hay remisión expresa a las reglas de la sociedad conyugal. Así mismo, la sentencia, C-075 del 2007 al establecer igual régimen de protección se liquida por dicha vía.	

Fuente: elaboración propia.

Ahora, la existencia de varios tipos de familia, diferenciados en cuanto a su fuente y la forma en que nacen a la vida jurídica, no implica que exista una diferenciación absoluta en su régimen patrimonial, puede afirmarse que desde el punto de vista económico solo se tiene un régimen de protección, la sociedad de bienes en general, que rige tanto al matrimonio, como a la unión marital de hecho, se compone del mismo haber social, así como le aplican iguales normas para la disolución y liquidación, las contenidas en el Código Civil para la sociedad conyugal. Si bien se estipula que en el matrimonio surge la sociedad conyugal y en la unión marital de hecho se produce la sociedad patrimonial, en ambos casos se entiende integrada por los mismos bienes, y se disuelve y liquida por los iguales preceptos, esto es, aquellos contenidos en los artículos 1781 y siguientes del Código Civil.

A continuación se presenta en contexto lo afirmado con antelación.

Con base en las decisiones de constitucionalidad y del concepto de *familia*, puede afirmarse que las características de la familia en Colombia actualmente son:

- Una unión con ánimo de exclusividad, en las que no necesariamente existe convivencia (aunque en muchos casos es lo esperado).
- No se genera una distinción de roles.
- Se basa en la igualdad de sus miembros.
- Tiene una posibilidad de conformación amplia: sin distinción de sexo, raza, nacionalidad, etc.
- Su fin es colaborativo, no necesariamente reproductivo: es la construcción de un proyecto de vida en común.
- Provisionalidad. El matrimonio y la unión marital de hecho pueden darse por terminados.

Las diferencias entre los dos modelos generales de familia expuestos son las siguientes:

- El contrato de matrimonio necesariamente implica regular la exclusividad sexual de la pareja, ya que constituye expresamente un causal de divorcio las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los miembros de la pareja (artículo 154, numeral 1).
- Puede coexistir la unión marital con un matrimonio o con otra unión marital, y obtener protección al menos en sus efectos personales.

- El matrimonio solo puede terminarse de acuerdo con las causales de divorcio, una de ellas el mutuo acuerdo.
- La unión marital de hecho no requiere causas para su terminación: se da por mutuo acuerdo o simplemente con la suspensión de la vida en pareja. No se requiere que los compañeros estén de acuerdo, basta con que solo uno de ellos lo quiera.
- En el matrimonio, la sociedad conyugal surge automáticamente y tiene plenos efectos.
- En la unión marital la sociedad patrimonial surge desde el primer día de convivencia, pero solo se consolida y produce plenos efectos cuando han transcurrido al menos dos años de la unión.

Por lo tanto, podemos concluir que el concepto de *familia* es amplio, protege sin distinción de sexo a sus integrantes, suponiendo que las parejas del mismo sexo tienen igualdad de derechos y garantías dependiendo del modelo que elijan, bien sea matrimonio o unión marital de hecho. Por consiguiente, las diferencias que surgen están determinadas por los efectos jurídicos que la ley y la jurisprudencia les confiere a cada una y no por razones de orientación sexual.

Ahora bien, es importante resaltar que el avance en la consideración de las parejas del mismo sexo como familia se ha dado no en razón a la voluntad del legislador, pues este ha sido ajeno a la consagración de estos derechos por medio de una ley que termine definitivamente las discusiones al respecto de si la orientación sexual puede ser un criterio para no reconocer derechos.

Como puede verse, ha sido la Corte Constitucional en respuesta a demandas de constitucionalidad presentadas por el movimiento social nacional e internacional, la que, a pesar de dar traspies en la consideración a las parejas del mismo sexo como familia, ha adoptado el criterio de progresividad y no regresividad en la consolidación de los derechos de las personas con una orientación sexual diversa. Primero, otorgó derechos patrimoniales a quienes convivían como pareja y poco a poco fue añadiendo garantías y dando una mayor protección a estas uniones, hasta considerar actualmente que una persona con una orientación sexual hacia alguien de su mismo sexo biológico puede optar por conformar cualquiera de los modelos de familia contenidos en el sistema jurídico colombiano.

Pero, a pesar de dicho reconocimiento, todavía existen en la sociedad instituciones y sectores que niegan los derechos a parejas del mismo sexo y,

por lo tanto, obligan a que las personas con una orientación sexual diversa deban acudir a los escenarios judiciales para su protección.

Conclusiones: breves notas para la discusión de un concepto amplio de *familia*

El concepto de *familia* expuesto en el presente escrito parte de considerar la posibilidad de que la familia jurídica no está compuesta solamente por dos personas, sino por el número que responsablemente decidan los coasociados. En principio esto puede parecer problemático, ya que rompe con el esquema tradicional de que solo es admisible una relación dual, hoy ya sin consideración de la orientación sexual.

Ahora, bajo esta comprensión y teniendo en cuenta las discusiones que se pueden generar al respecto, la propuesta no estaría completa sin un régimen de protección para los integrantes de esta familia. Por lo tanto, se propondrá que, en razón a la autonomía privada de la voluntad, protegida constitucionalmente por derechos como el del libre desarrollo de la personalidad, la objeción de conciencia, el derecho a la intimidad, la libertad de asociación y igualdad de derechos, se permite un concepto muy amplio de *familia*.

Defiendo la hipótesis de que, bajo el principio de la autonomía privada de la voluntad, todos los seres humanos podemos desarrollar nuestro proyecto de vida en los términos que decidimos libremente, estando limitados solamente por el cumplimiento de normas de carácter superior y de orden público, y por los derechos de los demás. Ortiz (2010), al respecto de la autonomía, establece:

La tesis de la autonomía de la voluntad se fundamenta en que el hombre puede por sí mismo establecer sus normas de conducta, crear sus propias leyes en forma autónoma.

[...] Todas las personas tienen poder de autodeterminación y de autorregulación para satisfacer sus intereses privados, y el ordenamiento jurídico les reconoce efectos jurídicos siempre y cuando se satisfagan los requisitos que ese mismo ordenamiento impone.

[...]

La declaración de voluntad es la exteriorización de un querer interno, para provocar un efecto jurídico, que puede ser la constitución, la extinción o la modificación de una relación jurídica (p. 39).

Lo anterior implica que, si de forma consciente se quiere un resultado y este no va en contra de la ley, el Estado tiene que limitar su intervención al respeto de la decisión tomada por los ciudadanos. Al respecto de lo anterior, Valencia y Ortiz (2011) plantean:

La voluntad individual es libre en la celebración de todo negocio jurídico. En un régimen de propiedad individual, es necesario dejar a la voluntad privada el gobierno total de sus bienes. [...]

[...] La interpretación del negocio jurídico solo puede hacerse en consideración de la voluntad interna; la misión del Juez conste únicamente en buscar la intención presunta del autor del acto jurídico (pp. 548 -549).

Por lo tanto, los planteamientos morales o la apelación a las buenas costumbres no deben tomarse en cuenta, pues si con la decisión libre y voluntaria de quienes desean conformar una familia no se afectan derechos de terceros, en nada debe entrar a considerarse la opinión personal de los demás, menos cuando estas opiniones tienen un fuerte contenido religioso, conversador y desobligante de las relaciones y la forma en como un particular ha decidido desarrollar su proyecto de vida.

Partiendo de lo anterior, así como del derecho a la asociación, no importa el número de personas que compongan un modelo familiar, lo importante es que estas personas tengan claro con antelación al vínculo, o lo definan una vez se asocien, cuáles serán las reglas que tendrán en la intimidad familiar, las cuales solo les competen a ellos, así como el régimen económico.

Solo de forma enunciativa, considero que en caso de que resuelvan procrear hijos aplica el régimen común, es decir, se tendrán como padres a los biológicos o adoptivos, y estos serán los que asuman la patria potestad y demás derechos y obligaciones que la condición de padres implica. Para efectos del presente escrito, la discusión acerca de los hijos se dejará solo

enunciada pues por concreción temática y al no ser la procreación un fin del nuevo modelo de familia, no se abordará este tema.

Entonces, teniendo en cuenta que las reglas de la intimidad familiar no son objeto del derecho si no se vulneran derechos de las personas, así mismo porque el aspecto moral tampoco influye en el campo privado, al derecho no debe interesarle cuántas personas comparten la cama, la forma o la periodicidad de las relaciones sexuales, la distribución de las tareas domésticas, entre otros aspectos de orden íntimo. Se aclara que este modelo de familia implicaría una nueva regulación o, de continuar con la actual en el campo colombiano, solo sería admisible para la unión marital de hecho, ya que como se dijo en el numeral anterior, el matrimonio al tener definidas causales específicas de divorcio se basa en la exclusividad sexual.

Así, al régimen económico lo guía el derecho a la asociación, es decir, las partes pueden establecer libremente cuál es su aporte a la sociedad, el tipo de aporte y la forma en que se distribuyen las utilidades y las obligaciones que cada socio debe cumplir dentro de la citada sociedad. De esta manera, prima el ánimo de asociarse.

Por estas razones se sugiere que el acto de constitución de la sociedad familiar de más de dos personas se realice a partir de un contrato que tenga las siguientes características:

1. Ser solemne. Debe regularse al menos de forma clara los aspectos principales que guiarán la sociedad, como el aporte (en trabajo o en dinero), la forma de distribución de las cargas económicas en la familia, las causales de disolución y liquidación de la sociedad una vez se resuelva la salida de alguno de los socios o se termine por completo la relación entre los socios.
2. El carácter de la sociedad es civil. No debe entenderse conforme a la legislación comercial tal y como se hace hoy en día con todos los modelos societarios.
3. Es de libre discusión. Las partes podrán establecer y determinar con claridad la forma en que se regulará su sociedad.
4. Es vinculante para las partes, por lo tanto, debe considerarse la proyección a futuro de la sociedad.

En caso de que no se establezca la regulación previa al inicio de la familia y se deje a lo establecido por el derecho lo tocante a su liquidación, deberá considerarse en la eventual legislación una distribución equitativa de los activos y pasivos de la sociedad, divididos entre el número de socios.

Se pueden presentar varios problemas en el caso de que no se constituya previamente el régimen económico, especialmente considerando que un modelo familiar de más de dos personas que se tienen como compañeros sexuales o sentimentales podría no ser de carácter público o notorio, siendo así que desde el escenario probatorio es muy difícil garantizar derechos a todos los asociados si no se puede probar la respectiva sociedad familiar.

A pesar de lo anterior, no puede dejarse de considerar que hoy en día existen relaciones entre personas que admiten la comunidad de varias de ellas bajo el mismo techo con vinculación afectiva y sexual, y que desarrollan un proyecto de vida en común. Por lo tanto el derecho está llamado a considerarlas, pues ignorarlas constituye una desprotección para los seres humanos que habitan en un territorio y confían en la protección del Estado.

El debate se encuentra abierto. Invito a que los académicos nos pronunciemos y evolucionemos junto con los cambios sociales y culturales. No es necesario esperar a que se cree la legislación, pues, como es tradición, esta no va a la par de las transformaciones y la realidad.

Referencias

- Araque, G. J. H. (2002). *Derecho de familia*. Bucaramanga: Sic Editorial.
- Código civil*. (2018). Edición 41. Bogotá: Legis.
- Constitución política de Colombia Modelo de cita* [Const.] (1991). 2da ed. Bogotá, D. C.: Legis
- Convención Americana de Derechos Humanos*. (1972). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Corral, T. H. (2005). *Derecho y derechos de la familia*. Lima: Editora Jurídica Grijley, E.I.R.L.
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-292. [MP Gabriel Eduardo Mendoza].
- Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-577. [MP Gabriel Eduardo Mendoza].
- Corte Constitucional. (2014f). Sentencia SU-2.014. [MP Alberto Rojas Ríos].
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*. (1948). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Declaración_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf
- Declaración Universal de los Derechos Humanos*. (1948). Recuperado de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- García, S. E. (1999). *Elementos del Derecho de familia, con comentarios y jurisprudencia de la Corte Constitucional y Tribunales*. Bogotá D. C.: Doctrina y Ley.
- Giddens, A. (2004). *Sociología*. 4ª ed. Madrid: Alianza.

- Laffont, P. P. (2010). *Derecho de familia contemporáneo. Derechos humanos. Derecho matrimonial*. Bogotá, D. C.: Ediciones Librería del Profesional.
- Monroy, C. M. G. (2007). *Derecho de familia y menores*. 10ª ed. Bogotá, D. C.: Librería del Profesional.
- Naranjo, O. F. (2009). *Derecho Civil, personas y familia*. 12ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.
- El Pacto de los Derechos Civiles y Políticos*. (1966). Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- El Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. (1966). Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Ramelli Arteaga, A. y Arnaud, A. J. (2001). *Aspectos constitucionales y derechos fundamentales de la familia*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Suárez, F. R. (1994). *Derecho de Familia*. Tomo I. Derecho Matrimonial. Bogotá, D. C.: Edit. Temis.
- Torrado, H. A. (2000). *Código de Familia: legislación, jurisprudencia, doctrina y normas compilatorias*. Bogotá D. C.: Librería del Profesional.
- Ortiz, M. A. (2010). *Manual de Obligaciones*. 5 edición. Bogotá D. C.: Temis.
- Quiroz, M. A. (2011). *Manual Civil*. Tomo V. 2ª ed. Bogotá D. C.: Doctrina y Ley.
- Umaña, L. E. (1995). *Estado-familia*. Bogotá, D. C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Valencia, Z. A. & Ortiz, M. A. (1995). *Derecho Civil*. Tomo V. 7ª ed. Bogotá D.C.: Temis.
- Villa, G. V. & Sánchez, G. A. (2001). *Teoría y práctica de derecho de familia*. Bogotá, D. C.: Doctrina y Ley.