

Haydée Valencia de Urina**
Mario Andrés Cadena***
Luisa Fernanda Díaz***
Cristian Alberto Bedoya***
John Deivi Sánchez***

Modificaciones de la estructura jurídica de la familia en Colombia como resultado de las sentencias creadoras de Derecho de la Corte Constitucional*

Modifications of the juridical structure of the family in Colombia like result of the creative judgments of right of the Constitutional Court

Recibido: 22 de octubre de 2013 / Aceptado: 28 de noviembre de 2013

Palabras clave:

La familia, Estado Social de Derecho, Diversidad, Corte Constitucional.

Resumen

Este artículo de reflexión analiza la categoría de familia, que presenta nuevas formas de estructuración de su dinámica fruto del acceso de la mujer al trabajo, competencia laboral, igualdad de género, madresolterismo, parejas por la Internet, hijos criados por sus abuelos, mujeres cabeza de familia, padres que desempeñan labores en el hogar, por señalar algunos. Los cambios de la familia en este siglo, deja más preguntas que respuestas: ¿qué sucederá con los roles tradicionales de masculinidad, maternidad y paternidad? ¿Cómo enfrentará el “hijo” de una pareja del mismo sexo su falta de especificidad? Las normas legales en materia de familia se crearon pensando en la conformación tradicional del grupo familiar. La propuesta en esta investigación es abordar la relación entre el Derecho y la familia, el impacto social que genera y prepararnos para los cambios que hoy y en un futuro no muy lejano seguiremos encontrando.

Key words:

The family, Social State of Right, Diversity, Constitutional Court.

Abstract

This article of reflection analyzes the family category, present new forms of structure of his dynamics fruit of the access of the woman to the work, labor competition, equality of kind, mother solterismo, for the Internet, children raised by his grandparents, women head of household, parents who recover labors in the home, for indicating some. The changes of the familia in this century, it leaves more questions that answers: what will happen with the traditional roles of masculinity, maternity and paternity? How there will face the “son” of a pair of the same sex his lack of specificity? The legal procedure as for family were created thinking about the traditional conformation of the familiar group. The offer in this investigation is to approach the relation between the right and the family, the social impact that it generates and to prepare ourselves for the changes that today and in a not very distant future we will continue finding.

* El presente artículo de reflexión es un avance del trabajo de investigación “Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional creadoras de Derecho en la estructura jurídica de la familia en la legislación colombiana en lo relacionado con su conformación y régimen patrimonial”. Semillero Derecho de Familia. Universidad La Gran Colombia, Seccional Armenia.

** Abogada egresada de la Universidad de Caldas. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Santo Tomás), Derecho Comercial (Universidad Pontificia Bolivariana), Docencia Universitaria (Universidad La Gran Colombia). Docente e investigadora en el área de Derecho de familia. Universidad La Gran Colombia, Armenia. valenciadhaydee@miugca.edu.co

*** Estudiantes de séptimo y noveno semestre, integrantes del semillero de Derecho de Familia de la Universidad La Gran Colombia.

INTRODUCCIÓN

En Colombia el concepto de familia se trajo del Derecho chileno; don Andrés Bello, a su vez, lo había tomado del Derecho francés y este, del romano. El tipo de familia que impera en Colombia y en general en toda América Latina es la que trajeron los españoles y portugueses, se funda en bases judeo-cristianas de estirpe patriarcal girando la autoridad alrededor del padre, este ostentó un poder casi absoluto, con la facultad en ciertos casos de vender y hasta de empeñar a sus hijos. La familia española en la época de la Conquista se conformó según lo estipulaba la legislación de las Siete Partidas, modificada por las ideas de la Casa de Austria que excluía a los extranjeros y a quienes no profesaban el culto católico.

En lo económico estaba caracterizada por el mayorazgo, con la consiguiente indivisión e intransmisibilidad de los bienes heredados, y por el retracto gentilicio, derecho concedido a los parientes de grado próximo a recuperar, dentro de un plazo los bienes vendidos, a fin de no sustraerlos a la comunidad familiar. La familia comprendía la mujer, los hijos, los criados, indios y esclavos que vivían bajo la autoridad patriarcal.

En la Colombia de hoy, la familia no puede ser considerada social ni jurídicamente de manera exclusiva como patriarcal o matriarcal. Con la expedición del Decreto 2820 de 1974 se colocó a los cónyuges en un mismo pie de igualdad jurídica, responsables de la familia por ellos formada, se puede hablar de familia conyugal. En la Constitución de 1991 en 12 oportunidades

se elevaron a canon constitucional aspectos atinentes al matrimonio tanto civil como religioso, el divorcio, igualdad jurídica del hombre y la mujer, derechos del niño, del joven, de la tercera edad y se le reconoce un lugar de privilegio dentro de la escala social. La familia es “el núcleo fundamental de la sociedad” (Art. 42 C.P.), “...son igualmente dignas de respeto y protección las familias originadas en el matrimonio o constituidas al margen de este” (C. Const.; C-105/1994) & (Castillo, 1996).

Ilba Myriam Hoyos considera que la familia está conformada por personas, seres únicos e irrepetibles que tienen el derecho a ser concebidos, a nacer, a crecer y a morir en su seno. Sin personas no hay familia y sin familia no existe sociedad. La relación persona, familia, sociedad está consagrada en la Constitución (Hoyos, 2000). La misma profesora Hoyos Castañeda (Hoyos, 2003) reflexiona sobre algunos problemas que ameritan un diálogo con quienes defienden la tesis de la no juridicidad de la familia. A su juicio, la familia es el lugar del derecho mismo o el ámbito en que surge plenamente la complejidad de darse las personas a las demás. Sin la juridicidad de la familia no se entiende la juridicidad de las personas. En relación con los llamados “nuevos modelos familiares” se estructuran en los radicales antropológicos de la familiaridad, pero su articulación no les da una semejanza completa con la familia nuclear. Por esta razón, las relaciones familiares deben ser promovidas y tuteladas por la ley, teniendo en cuenta su identidad y aporte a la articulación de la sociedad. El Derecho está inserto en la reali-

dad social, lo jurídico es también algo real. La familia es una realidad jurídica, un fenómeno social, histórico y cultural. Se debe evitar caer en la tesis de establecer solo una noción legal de familia, porque se cierra el paso a múltiples y complejas relaciones en la sociedad.

Para Fradique Méndez (2006), “La familia es la célula fundamental de la sociedad y la primera escuela y universidad del ser humano, la ley y la sociedad deben ampararla y protegerla. En teoría la ley colombiana sobreprotege la familia, en la práctica, la misma ley, la sociedad y los funcionarios patrocinan su desintegración y violación de sus derechos. La tarea de reestructurar la familia exige una revolución cultural, bajo el entendido que la ley, más que en el texto frío de los códigos debe estar en la mente y el corazón de los ciudadanos y en la preparación de los habitantes para el correcto cumplimiento de los deberes familiares y, la vigilancia permanente del Estado para garantizar los derechos de sus integrantes”.

El doctor Fradique Méndez (2006), en su trabajo, al referir la evolución del Derecho de Familia en Colombia, parte de las primeras Constituciones del siglo XIX, que consagraron principios del Derecho francés, las cuales consideraban que el buen ciudadano es aquel que en su infancia es buen hijo; en la adolescencia, buen hermano y, en la madurez, buen esposo y padre. Expresa cómo desde esa época hasta hoy, las leyes de familia han cambiado en su texto literal y en la jurisprudencia, de uno a otro extremo, así: de la penalización del concubinato, a su reconocimiento como paradigma de fuente de

la familia; de la monogamia a la bigamia protegida; de la infancia con derechos y deberes a la infancia con derechos y sin deberes; de la dictadura del marido en la familia a la anarquía en el gobierno de la empresa familiar; de la disciplina que forma y construye al ser humano, a la plena y hasta ilimitada libertad en el desarrollo de la personalidad; de la penalización del fraude a la ley, a la protección del fraude con la ley.

María Cristina Escudero sostiene que por tradición la familia ha sido el núcleo fundamental de la sociedad, pero es una concepción simplista que debe evolucionar, al respecto retoma diversas definiciones de autores internacionales que la consideran desde un sentido amplio, restringido e intermedio, como conjunto: relaciones de parentesco, familia pequeña o conyugal, relaciones intersexuales y la familia como colectividad (Escudero, 2006).

Monroy Cabra (2011), analiza el concepto de familia en el Derecho colombiano, parte del inciso tercero del artículo 874 del Código Civil que al referirse a los derechos reales de uso y habitación, alude a la familia extensa al comprender la mujer, los hijos, el número de sirvientes necesarios para la familia y las personas que a la misma fecha vivan con el usuario o el habitador, y las personas a quienes estos deben alimentos.

Llega al artículo 42 de la Constitución Política, pone en plano de igualdad la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos, sigue la Ley 294 de 1996 que enumera como integrantes de la familia a los cónyuges o compañeros permanentes, el padre y la madre de familia aunque no convivan bajo un mismo techo, los ascen-

dientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos y todas las personas que de manera permanente se hallen integrados a la unidad doméstica; la Ley 82 de 1993 contiene normas sobre la mujer cabeza de familia y reconoce que en el Derecho colombiano hay varios criterios para el concepto de familia: el de autoridad, parentesco, vocación sucesoral y económico; la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas), reconoce para efectos de la restitución de tierra, como víctimas a los integrantes de las parejas del mismo sexo (Art. 3).

Es una realidad que en Colombia, la Corte Constitucional ha asumido grandes retos y la familia como núcleo fundamental de la sociedad modificada en su estructura jurídica, extendiendo los efectos de la sociedad patrimonial y los derechos y obligaciones de las parejas heterosexuales que conforman una unión marital de hecho a las del mismo sexo, haciendo la aclaración en la Sentencia C-814 de 2001, en la que declaró exequible la expresión “La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres años”, contenida en el numeral 2º, del artículo 90 del Decreto 2737 de 1989, que “...la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica”.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-557 de 2011, al revisar una demanda de inexecutable contra el artículo 113 del Código Civil que define el matrimonio como “un contrato solemne entre un hombre y una mujer”, dejó intacta la institución matrimonial, pero exigió al

Congreso dictar leyes que solemnicen la unión entre personas del mismo sexo, otorgándole como plazo perentorio, máximo hasta el 20 de junio de 2013, y reiteró que si no lo hace, los jueces y notarios deben proceder a celebrarlo. Dicho plazo venció y ninguna ley se profirió.

El artículo 42 de la Constitución Política presenta la familia desde diferentes aspectos: protección de sus derechos fundamentales y prestaciones, de la mujer, del niño, del adolescente, del discapacitado, poblacional, territorial, de género, como herramienta de derechos humanos, país multicultural y multiétnico. La familia se constituye por la voluntad responsable de conformarla, mediante un vínculo jurídico solemne (el matrimonio), o consensual (la unión marital de hecho), mujer o varón cabezas de familia derivadas de la filiación, familia de crianza (solidaria) vínculos naturales o jurídicos. Igualdad de los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, la paternidad responsable y asistencia científica en la procreación.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La aproximación al concepto de familia y los cambios que en él surgen dentro del Derecho colombiano vigente debe hacerse partiendo de sus fundamentos constitucionales, los cuales tienen eficacia directa y son vinculantes para el Estado y el conglomerado social (C. Const. T-406/1992). En el sistema de fuentes del Derecho la Constitución ocupa un lugar prevalente (C.N. Art. 4), y el órgano encargado de salvaguardarla es la Corte Constitucional.

La familia en Colombia en el Código Civil sancionado el 26 de mayo de 1873 (L. 47/1887), se conformaba entre un hombre y una mujer, era símbolo de estabilidad y seguridad. Para los romanos, derecho que sirvió de modelo a Bello, era una forma de tomar distancia, con respecto a lo que se denominaba “pueblos bárbaros”. La mujer por el matrimonio adquiría la condición de incapaz y quedaba sometida a la potestad marital del esposo, no podía suscribir ninguna clase de contratos, ni aceptar herencias sin su autorización y trabajar, si este no le daba su consentimiento.

La potestad marital era definida como “el conjunto de derechos y obligaciones que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer” (C.C. Art. 177 modificado D. 2820/1974. Art. 10), por el hecho del matrimonio el marido tomaba la administración de los bienes de la mujer. El marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido (C.C. Art. 176 modificado D. 2820/1974. Art. 9), el esposo tenía derecho a obligar a la mujer a vivir con él y a seguirlo a dondequiera que trasladase su residencia, no podía suscribir contratos ni comparecer en juicio, sin autorización del marido (C.C. Art. 181 subrogado L. 28/1932. Art. 4), para ejercer una profesión o industria, directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetrix, posadera, nodriza, se presumía la autorización del marido, mientras este no reclamare (C.C. Art. 195 derogado L. 28/1932. Art. 9).

El legislador poco a poco fue dando paso a los derechos de la mujer casada. La Ley 8ª de

1922¹ le reconoció la facultad de administrar y usar de manera libre los bienes determinados en las capitulaciones matrimoniales, y los de su uso personal, como vestidos, ajuares, joyas e instrumentos de su profesión u oficio. El artículo 24 de la Ley 83 de 1931, le permitió recibir directamente su salario; la Ley 28 de 1932², expedida bajo el gobierno de Enrique Olaya Herrera, le otorgó capacidad jurídica a la mujer casada, mayor de edad, al disponer que para la administración de sus bienes no requería de autorización marital ni licencia judicial. El Decreto Reglamentario 1003 de 1939 ordenaba a la mujer casada llevar el apellido de su marido, precedido de la partícula “de”³. En el periodo anterior a 1939 se aplicaba el Derecho consuetudinario español, y era usual que la mujer casada lleva-

1. Ley 8ª de 1922. Artículo 1º. La mujer casada tendrá siempre la administración y el uso libre de los siguientes bienes. Artículo 1º. Los determinados en las capitulaciones matrimoniales. 2º. Los de su exclusivo uso personal, como son sus vestidos, ajuares, joyas e instrumentos de su profesión u oficio. 4º. Con los mismos requisitos y excepciones que los hombres las mujeres pueden ser testigos en todos los actos de la vida civil.
2. Artículo 1o. Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación. Artículo 2º. Cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de las cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil.
3. Artículo 31. La mujer casada o viuda llevará en los actos de la vida civil su nombre y apellido, y el apellido de su marido precedido de la partícula de. La mujer que hubiere contraído varios matrimonios, llevará su nombre y apellido, y el apellido de su último marido precedido de la partícula de. La mujer divorciada llevará únicamente su nombre y apellido de soltera.

ra el apellido de su marido, el Decreto 1260 de 1970 derogó el Decreto 1003 de 1939 y guardó silencio a este respecto, sin embargo las mujeres casadas siguieron llevando el apellido del esposo. El artículo 4º de la Ley 999 de 1988 modificó el artículo 91 del Decreto 1260 de 1970 y permitió a la mujer casada adicionar o suprimir el apellido de su marido⁴. El Decreto 2820 de 1974 eliminó la potestad marital y otorgó la patria potestad sobre los hijos comunes a ambos padres⁵.

Los efectos del cambio tecnológico también han influido en la familia, en la forma de relacionarse y en la organización familiar, produciendo una readaptación general. De la familia extensa se ha pasado a la familia nuclear ampliada, de esta a la aislada, familias reconstituidas, ensambladas, monoparentales y homoparentales.

La Corte Constitucional en sus sentencias creadoras de Derecho ha permeado el Derecho de Familia, cuando ha señalado los eventos en que es permitido el aborto inducido (C. Const. T-388/2009), el derecho de alimentos para el

compañero(a) permanente que conforman una unión marital de hecho (C. Const. C-283/2011), el ejercicio de la guarda por el compañero permanente frente a su otro compañero (C. Const. C-844/2010), reconocimiento de los efectos jurídicos de la sociedad patrimonial de las parejas heterosexuales a las del mismo sexo (C. Const. C-336/2008), régimen patrimonial reconocido a las parejas del mismo sexo, extendido a los otros derechos civiles (C. Const. C-075/2007), edad para contraer matrimonio (C. Const. C-507/2004), porción marital al compañero(a) permanente (C. Const. C-283/2011), derechos hereditarios al compañero o compañera permanente con quien se conforme una unión marital de hecho de igual o de diferente sexo (C. Const. C-238/2012), abolición de la presunción de derecho sobre el término que del nacimiento debe preceder a la concepción (C. Const. C-004/1998), ampliación del concepto de familia a las uniones entre parejas del mismo sexo (C. Const. (s.n.) 2011)⁶ aplicando directamente

4. Cambio de nombre: Mediante escritura pública, el propio inscrito podrá por una sola vez modificar, sustituir, rectificar, corregir o adicionar el nombre, con el fin de fijar la identidad personal, no olvidemos la composición del nombre indicada en los conceptos básicos (Artículo 94 Decreto 1260 de 1970, modificado por el Art. 6º del Decreto 999 de 1988).

La expresión solo una vez se aplica para los mayores de edad, ya que en el caso de menores, el representante legal fija el nombre mediante escritura pública y el inscrito cuando llega a la mayoría de edad puede cambiarlo con otra escritura pública.

La mujer casada podrá adicionar o suprimir el apellido del marido, precedido de la partícula de, en los casos que lo hubiere adoptado o hubiere sido establecido por la Ley.

5. En vigencia de la Ley 75 de 1968, artículo 19, sobre los hijos legítimos la ejercía el padre y con antelación el artículo 288 del C.C., subrogado por el 53 de la Ley 153 de 1887, se definía la patria potestad como "...el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados. Estos derechos no pertenecen a la madre. Los hijos de cualquiera edad no emancipados se llaman hijos de familia, y el padre con relación a ellos, padre de familia".

6. La Corte Constitucional tomó esta trascendental decisión al revisar una demanda de inexecutable contra el artículo 113 del Código Civil, en el que se define el matrimonio como "un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente". La demanda interpuesta por la Organización de Justicia y por Colombia Diversa pedía declarar inexecutable las expresiones "un hombre y una mujer" y la palabra "procrear", por considerar que contravenían los derechos de las parejas del mismo sexo. En la sentencia el Alto Tribunal no cambió el concepto de matrimonio para equiparar en el nombre la unión entre parejas homosexuales con el de las heterosexuales. Sin embargo, exhorta al Congreso a regular y amparar los derechos de las parejas del mismo sexo.

Lo fundamental de la decisión consiste en el cambio en el concepto de familia contenido en el artículo 42 de la Constitución Política, en el sentido de su conformación "por un hombre y una mujer", por cuanto se amplió dicha definición para incluir familias en las que solo hay un padre o una madre, a manera de ejemplo, pero también a la formada por dos personas del mismo sexo. El argumento esgrimido en la sentencia es que la noción de familia constitucional es incluyente y permite otras

la Constitución Política, al considerar que se está en presencia de vacíos legislativos u omisiones normativas del legislador (sentencias integradoras) (CSJ. 2011)⁷ o en los eventos en que la norma es declarada exequible pero se condiciona a una determinada interpretación del texto legal (exequibilidad condicionada) (CSJ. 2006)⁸.

La Universidad debe reflexionar sobre el compromiso del juez constitucional, que no solo tiene el poder de decidir sobre la exequibilidad de las leyes, sino el de ser creador de Derecho, como intérprete de la Constitución, y de la responsabilidad en la seguridad jurídica, producto de la aplicación directa de la Carta Magna,

como uno de los aspectos más importantes de la transformación del Derecho Constitucional, por la consagración expresa de su poder normativo.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Qué modificaciones han generado las sentencias de la Corte Constitucional creadoras de Derecho en la estructura jurídica de la familia en la legislación colombiana, al extender los efectos de la sociedad patrimonial, derechos y obligaciones de las parejas heterosexuales que conforman una unión marital de hecho, a las del mismo sexo?

HIPÓTESIS

Las sentencias de la Corte Constitucional creadoras de Derecho, han modificado la estructura jurídica de la familia en Colombia, extendiendo los efectos de la sociedad patrimonial, derechos y obligaciones de las parejas heterosexuales que conforman una unión marital de hecho, a las del mismo sexo.

OBJETIVOS

General

Analizar las sentencias de la Corte Constitucional creadoras de Derecho, en la estructura jurídica de la familia en Colombia, que extienden los efectos de la sociedad patrimonial, derechos y obligaciones de las parejas heterosexuales que conforman una unión marital de hecho, a las del mismo sexo.

Específicos

Identificar las sentencias creadoras de De-

formas de expresión, de consiguiente deben recibir una protección constitucional integral e igualitaria. Para la Corte, la legislación colombiana no garantiza los derechos de las familias homosexuales, y esto implica un déficit de protección que debe ser corregido, pues es discriminatorio. Para ello, además de las uniones maritales de hecho, que ya son una realidad en el país, pero que resultan insuficientes, deberá asegurarse a las parejas del mismo sexo que deseen formalizar su convivencia el mismo nivel de protección que se ofrece al matrimonio, y es ahí donde debe actuar el Congreso. La Corte Constitucional le pidió al Congreso que regule, no solo el derecho de las parejas del mismo sexo a formalizar su vínculo, sino todo lo que eso implica, como es el caso de las obligaciones morales y contractuales que varían de las de las familias heterosexuales.

7. Sentencia integradora por omisión legislativa. Procedencia. Las omisiones legislativas resultan inconstitucionales por ser discriminatorias y cuando se configuran no es la declaratoria de inexecutable de la disposición omisiva la que se impone, sino la incorporación de un significado ajustado a los mandatos constitucionales mediante una sentencia integradora que le permita al Tribunal Constitucional llenar los vacíos dejados por el legislador, a fin de armonizar la disposición con el ordenamiento superior.
8. "Así, en relación con las sentencias de constitucionalidad condicionada, la Corte Constitucional ha dejado en claro que si una "disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecúan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimas constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuales algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento".

recho de la Corte Constitucional creadoras de Derecho, en la estructura jurídica de la familia en Colombia, que extienden los efectos de la sociedad patrimonial, derechos y obligaciones de las parejas heterosexuales que conforman una unión marital de hecho, a las del mismo sexo.

Describir la estructura jurídica tradicional de la familia en Colombia, en lo relacionado con su régimen patrimonial, derechos y obligaciones de la pareja.

Analizar las sentencias creadoras de Derecho de la Corte Constitucional relacionadas con los efectos de la sociedad patrimonial, derechos y obligaciones de las parejas heterosexuales que conforman una unión marital de hecho, a las del mismo sexo.

Explicar el aporte jurídico que la Corte Constitucional ha hecho a la estructura jurídica de la familia en Colombia, al extender los efectos de la sociedad patrimonial, derechos y obligaciones de las parejas heterosexuales que conforman una unión marital de hecho, a las del mismo sexo.

Contrastar la estructura tradicional de la familia en Colombia con los cambios que se han generado en virtud de las sentencias creadoras de Derecho de la Corte Constitucional, al extender los efectos de la sociedad patrimonial, derechos y obligaciones de las parejas heterosexuales que conforman una unión marital de hecho, a las del mismo sexo.

Analizar los cambios que la decisión judicial creadora de Derecho ha generado en la estructura jurídica de la familia en Colombia, al extender los efectos de la sociedad patrimonial, derechos y obligaciones de las parejas heterosexuales que

conforman una unión marital de hecho, a las del mismo sexo.

JUSTIFICACIÓN

La nueva visión de los jueces en el seno del Estado y la función que cumplen en su labor hermenéutica, es de trascendental importancia, es el paso del positivismo legalista, al amplio campo del juez creador del Derecho. No es posible considerar en la actualidad, que la aplicación de la ley, es aquella que fluye de sus propias palabras, que si la intención del legislador es clara, no cabe la interpretación, y que la seguridad jurídica solo es posible aplicando literalmente el texto legal.

La importancia y relevancia de esta investigación es aún mayor, en el contexto de la discusión política que se dio en el Congreso de la República y que finalizó, al menos temporalmente, el 24 de abril de 2013, al votar negativamente por una amplia mayoría 51 frente a 17 el proyecto de ley sobre el “matrimonio igualitario”. Los conservadores y la bancada uribista votaron “no”, como lo habían pedido las iglesias Católica y Cristiana y los liberales de pensamiento votaron “sí”, al considerar que la igualdad significa reconocer derechos con los mismos principios.

Nunca antes un proyecto de ley había dado lugar a tanta polémica, hasta el punto que activistas de una y otra parte se pronunciaron en las distintas ciudades de Colombia expresando su acuerdo o desacuerdo frente al discutido proyecto, y conocida la decisión del Congreso de la República en la Plaza de Bolívar de Bogotá y de otras ciudades del país, se aplaudió la decisión,

pero también se tiraron tomates a una valla del Procurador General de la Nación que intervino en el debate públicamente en su condición de órgano de control y representante de la sociedad (*El Espectador*, 2013).

Los medios de comunicación también fueron prolijos en la divulgación del proyecto a los colombianos y tomaron parte activa en el debate, haciendo publicidad a la comunidad LGTB al publicar fotos de “matrimonios simbólicos” celebrados frente a la Corte Constitucional en Bogotá, y las declaraciones de la señora Martha Lucía Cuéllar de San Juan, quien asistió al Congreso en defensa de los derechos de su hijo homosexual, titulado el reportaje “La cruzada de una madre” (*El Espectador*, 2013).

Es necesaria esta investigación, porque en ella se adentrará en aspectos tales, como que la ley es un concepto, pero no todo el Derecho; que la decisión del juez, es parte del Derecho y que este está sometido, más que a la ley, a los valores y principios que la informan.

El aporte que quiere hacerse, del cual deriva su pertinencia, tiene como soporte fundamental, promover el cambio en la enseñanza del Derecho, al integrar los conceptos de paz y de solidaridad en la pedagogía jurídica, por ende, educar al abogado para la justicia y la paz, y sobre todo enfatizar, que la doctrina de la ciencia dogmática del Derecho, que partía del silogismo jurídico está llamado a perecer, que el juez no es “la boca de la ley”, que todo el Derecho no está en la ley, que la seguridad jurídica, no siempre está en la ley, y que un rigorismo jurídico absoluto, puede generar en suma injusticia.

Ampliar el horizonte del futuro abogado y hacerlo consciente que el Estado Social de Derecho que consagra la Constitución Política, tiene como uno de sus deberes el bienestar general de la población, por ello aquel debe esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos sus habitantes, la posibilidad de una vida digna, que el principio fundamental de la igualdad, dentro de la diversidad, sea una realidad, y que entre los fines del Estado, está garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución, todo para asegurar una convivencia pacífica y un orden justo.

DISEÑO METODOLÓGICO

1. Método de investigación: Histórico hermenéutico.
2. Enfoque: Investigación cualitativa.
3. Tipo de investigación: Analítica.
4. Técnicas e instrumentos: Revisión documental de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, creadoras de Derecho, que han generado cambios en la estructura de la familia, al extender los efectos de la sociedad patrimonial, derechos y obligaciones de las parejas heterosexuales que conforman una unión marital de hecho, a las del mismo sexo.
5. Fases de la Investigación: Identificar, describir, clasificar, explicar, contrastar y analizar las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, creadoras de Derecho, que han generado cambios en la estructura de la familia, al extender los efectos de la sociedad patrimonial, derechos y obligaciones de las

parejas heterosexuales que conforman una unión marital de hecho, a las del mismo sexo.

6. Población y muestra.

Esta investigación analizará las sentencias proferidas por la Corte Constitucional entre los años de 1996 a 2012. En este periodo se identi-

ficaron 24 decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional en las cuales se han reconocidos derechos a las parejas del mismo sexo que conforman una unión marital de hecho como compañeros permanentes.

Nro.	Año	Magistrado Ponente	Asunto
C-098	1996	Eduardo Cifuentes Muñoz	“La unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo debe ser regulada”
C-481	1998	Alejandro Martínez Caballero	“Toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón del sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto”.
C-507	1999	Vladimiro Naranjo Mesa	Declaró inexecutable el literal c) del artículo 85 del Decreto 85 de 1989 que calificaba de antisociales a los homosexuales y a las prostitutas, fundamentada en que estas son opciones sexuales válidas dentro de nuestro Estado Social de Derecho, y exequibles los literales e) y d): “practicar actos de homosexualismo” bajo el entendido que se trata de actos sexuales, sean de carácter homosexual o heterosexual, que se realicen de manera pública o en desarrollo de las actividades del servicio o dentro de las instalaciones castrenses.
C-814	2001	Marco Gerardo Monroy Cabra	La Corte estudia la posibilidad de la adopción a las parejas del mismo sexo, al respecto expresa que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, y por ende no le resulta indiferente la familia dentro de la cual autoriza insertar al menor.
C-373	2002	Jaime Córdoba Triviño	La Corte consideró inconstitucional alegar como causal de inhabilidad la homosexualidad para acceder a un cargo notarial.
C-821	2005	Rodrigo Escobar Gil	La Corte declaró exequible el numeral 1º, del artículo 6º, de la Ley 25 de 1992, que modificó el 154 numeral 1º, del C. C. (causal de divorcio del matrimonio). Expresó que en Colombia no se privilegia una determinada familia, pero por la diversidad de su origen los casados no son simplemente personas que viven juntas, sino que previamente hay una declaración judicial, por ende, requiere que jurídicamente se presente su disolución, ante una determinada causal, lo que no sucede en la unión marital de hecho, que al ser consensual, no exige ninguna intervención judicial para su disolución, como tampoco la existencia de causales.
C-1043	2006	Rodrigo Escobar Gil	Al decidir demanda de inexecutable en contra del artículo 74, literal a) parcial, de la Ley 100 de 1993 modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003 expresó que las parejas homosexuales y heterosexuales deben recibir el mismo trato en materia de pensión de sobreviviente, y que no hacerlo así resulta discriminatorio.
C-075	2007	Rodrigo Escobar Gil	La Corte Constitucional dio apertura a la unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo, al declarar exequible algunas normas de la Ley 54 de 1990 y hacerlas extensivas a ellas.

C-158	2007	Humberto Antonio Sierra Porto	La Corte se declaró inhibida para decidir sobre las normas demandadas (la expresión “un hombre y una mujer” de los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 1° de la Ley 979 de 2005, modificatorio del artículo 2° de la Ley 54 de 1990) considerando que la acusación no es pertinente, porque corresponde a una interpretación particular y concreta de la norma, y para resolver un problema particular del accionante. Reitera que la declaración de la unión marital de hecho solo tiene el alcance de hacer efectiva una sociedad patrimonial, cuando una norma se refiere específicamente a “los compañeros permanentes” no se exige la declaración de una unión marital de hecho, y es válido otro tipo de acreditación, para efectos tales como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y beneficios de seguridad social, entre otros.
C-811	2007	Marco Gerardo Monroy Cabra	Reconocimiento como familia y cobertura del plan obligatorio de salud para las parejas del mismo sexo.
C-521	2007	Clara Inés Vargas Hernández	La Corte examinó la constitucionalidad del artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social y se dictan otras disposiciones”, la Corte declaró inexequible la expresión “cuya unión sea superior a dos años” para las parejas que conforman una unión marital de hecho, como requisito para acceder a la seguridad social.
C-336	2008	Clara Inés Vargas Hernández	Concepto de pareja “Relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia”. Se reconoce en esta sentencia la pensión de sobreviviente para las parejas del mismo sexo (Ley 100 de 1994, artículos 47 y 74).
C-755	2008	Nilson Pinilla Pinilla	La Corte decidió la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 48 de 1933 artículo 28 literales c) y g) por medio de la cual “Se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización”, declaró exequible el literal g), en cuanto a la exención de prestar el servicio militar, en el sentido de que se extiende a quienes conviven en una unión permanente.
C-798	2008	Jaime Córdoba Triviño	Obligación alimentaria para el compañero permanente y tipificación del delito de inasistencia alimentaria entre parejas del mismo sexo, siempre que la pareja reúna las condiciones de que trata la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005.
C-1035	2008	Jaime Córdoba Triviño	Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b (parcial) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de señalar el derecho del cónyuge y compañera permanente a la pensión de sobreviviente, cuando han convivido de manera simultánea en los últimos cinco años anteriores a la muerte del causante. La Corte declaró la exequibilidad condicionada al extenderla al compañero permanente, y en proporción al tiempo.
C-029	2009	Rodrigo Escobar Gil	Esta sentencia declaró la exequibilidad condicionada de normas de carácter penal, civil, comercial, seguridad social y relacionada con el conflicto armado, que discriminaban a las parejas del mismo sexo de las heterosexuales, en el sentido de que son constitucionales si se aplican a las parejas del mismo sexo.
C-802	2009	Gabriel Eduardo Mendoza	Estudio a la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 68 numeral 3°, de la Ley 1098 de 2006 (Ley de Infancia y Adolescencia). Para la posibilidad de la adopción a los compañeros permanentes del mismo sexo que demuestren los requisitos de ley. La Corte se inhibió argumentando la falta de una debida argumentación.

C-121	2010	Juan Carlos Henao Pérez	Se examinó la demanda de inconstitucionalidad en contra del Decreto Ley 613 de 1977 artículos 54, 113, 134, 137, por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional. La Corte determinó que se debe incluir a los compañeros permanentes en los derechos que tiene la esposa o cónyuge y se le concedió el derecho al compañero permanente sobreviviente a contraer nuevas nupcias sin perder la pensión.
C-886	2010	Mauricio González Cuervo	Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 113 del Código Civil (el matrimonio es un contrato solemne entre un hombre y una mujer) y el artículo 2º, de la Ley 294 de 1996 (violencia intrafamiliar), los cuales refieren como familia la conformada por vínculos jurídicos o naturales por un hombre y una mujer. La Corte se inhibió de pronunciarse por ineptitud sustantiva de la demanda.
C-100	2011	María Victoria Calle Correa	Se examinó la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 numeral 5 de la Ley 599 de 2000 (delito de desaparición forzada) excluyendo dentro de las víctimas al cónyuge o compañero(a) permanente. La Corte determinó la exequibilidad de la norma en el entendido que a la hora de su interpretación se debe incluir al cónyuge y compañero(a) permanente, de igual o de diferente sexo.
C-283	2011	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	Se reitera la protección de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo. Exhorta al legislador para que regule la materia. El compañero permanente que sobreviva al otro, tiene derecho a la porción conyugal, incluidas las parejas del mismo sexo.
C-577	2011	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	Declaró constitucional el matrimonio entre un hombre y una mujer (artículo 113 del C.C.) y se exhortó al Congreso a definir el nombre de las uniones del mismo sexo antes del 20 de junio de 2013, con la finalidad de eliminar el déficit de protección. Si al 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.
C-238	2012	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	Reconoce derechos hereditarios al compañero(a) permanente en la sucesión del otro, sea que la unión se encuentre conformada por personas de igual o de distinto sexo.
C-710	2012	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	Demanda de constitucionalidad contra el inciso 1º, del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 (“idoneidad moral” como requisito para adoptar). La Corte expresa que tal exigencia no se refiere de manera explícita a la condición de homosexual, ya que ella sea indicativa de su carencia. Se abstuvo de hacer un pronunciamiento de fondo al considerar que se hacía una interpretación subjetiva de la expresión acusada.

REFERENCIAS

- Burns, J. (1970). Roosevelt: El león y el zorro. En J. Burns, *Roosevelt, El león y el zorro*. Barcelona, España: Ediciones Grijalbo S.A.
- Castillo, J. (1996). *Derecho de Familia*. Bogotá: Leyer.
- Castillo, J. (2004). Derecho de Familia. En R. J. Castillo, *Derecho de Familia* (22). Bogotá D. C.: Leyer.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-933 de 2011. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-933-11>. Recuperado el 5 de marzo de 2012.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-933/2011 & T-548/ 2011. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-548-11.htm>. Recuperado el 6 de marzo de 2012.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-577/2011. www.corteconstitucional.gov.co. Recuperado el 5 de febrero de 2013.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-814/2001. www.corteconstitucional.gov.co. Recuperado el 5 de abril de 2013.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-075/2007. www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm. Recuperado el 4 de enero de 2012.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-283/2011. www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-283-11.htm. Recuperado el 5 de febrero de 2012.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-336/2008. www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=30895. Recuperado el 8 de febrero de 2012.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-820/2006. https://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/cc_sc_nf/c-820_2006.html
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-844/2010. www.superfinanciera.gov.co/Normativa/.../8442010.doc. Recuperado el 5 de febrero de 2012.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-238/2012. www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-238-12.htm
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-004/1998. www.secretariassenado.gov.co/senado/.../cc_sc.../1998/c-004_1998.ht... Recuperado el 2013.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-250/2011. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-250-11.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-283/2011 M.P. Pretelt, J. Geogle. Recuperado el 11 de noviembre de 2011, de www.ambitojuridico.com/.../noti-110414-01
- Escudero, M. (2006). *Procedimiento de familia y del menor*. Bogotá: Temis.
- Fradique, C. (2006). *La familia frente a la ley y la vida*. Bogotá.
- Hoyos, I. (2000). *La persona y sus derechos*. Bogotá: Temis.
- Hoyos, I. (2003). *En búsqueda de la identidad de la familia*. (U. d. Sabana, Ed.) Pensamiento y Cultura.
- Hoyos, L. (2013). *El Espectador* Nro. 36.076, 23 de abril de 2013. ISSN 0122-28556. Entrevista a la doctora Ilba Myriam Hoyos, Procuradora Delegada.

- Monroy, C. (2007). *Derecho de Familia y de la Infancia y la Adolescencia*. En C. M. Bogotá. D. C.: Ediciones Librería del Profesional Ltda. Décima edición.
- Monroy, M. (2011). *Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Olano, G. (noviembre de 2006). dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/download/.../1501. (R. U. 15, Editor, & U. d. Sabana, Productor). Recuperado el 27 de septiembre de 2013.
- Portafolio* (junio de 2011). <http://www.portafolio.co/opinion/blogs/juridica/conferencia-%E2%80%9Cactivismo-judicial-lacorte-constitucional-colombiana%E2%80%9D> Recuperado el 4 de abril de 2012.