

Evolución del concepto de familia desde la Constitución de 1991

Esperanza Castillo Yara

Para citar este artículo:

Castillo, E. (2022). Evolución del concepto de familia desde la Constitución de 1991. *Vía Iuris*, (32), 1-40.

DOI: <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n32a7>

PUBLICACIÓN ANTICIPADA EN LINEA (Versión previa a la corrección de estilo y diagramación).

La Revista Vía Iuris informa que este artículo fue evaluado por pares externos y aprobado para su publicación en las fechas que se encuentran en la siguiente página. Este documento puede ser descargado, citado y distribuido, no obstante recuerde que en la versión final pueden producirse algunos cambios en el formato o forma.

Evolución del concepto de familia desde la Constitución de 1991 *

Esperanza Castillo Yara **

Fecha de recepción:	29 de agosto de 2021
Fecha de evaluación:	24 de noviembre de 2021
Fecha de aprobación:	16 de diciembre de 2021

Para citar este artículo:

Castillo, E. (2022). Evolución del concepto de familia desde la Constitución de 1991. *Vía Iuris*, (32), 1-40. DOI: <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n32a7>

*Este trabajo corresponde a una parte del contexto en el que se enmarca la investigación doctoral (2019-2022) “El interés superior del niño en la atribución de la guarda y custodia. Estudio Comparado Colombia – España”. Grupo de investigación “Zoon Politikon”. Universidad de Ibagué. (Periodo 2019-2022). Ibagué, Colombia.

Estudiante Doctorado en Derecho Privado (Universidad de Salamanca). Abogada y magister en Educación (Universidad del Tolima). Miembro del Grupo de Investigación “Zoon Politikon” (Universidad de Ibagué). Docente de grado y posgrado (Universidad de Ibagué y Universidad del Tolima). Universidad de Ibagué, Ibagué: Colombia. **Correo electrónico: esperanzacy@gmail.com, id00792292@usal.es, esperanza.castillo@unibague.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0970-4269> **CvLac:** https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000052373&lang=es

Evolución del concepto de familia desde la Constitución de 1991

Resumen

A lo largo de los años, la familia ha afrontado grandes transformaciones en su composición, funcionamiento y alcance, como consecuencia de los fluctuantes vínculos entre las personas; las nuevas formas de convivencia, sin embargo, no siempre se han visto protegidas por el Ordenamiento jurídico. Por consiguiente, el presente trabajo tiene como objetivo general analizar la evolución del concepto jurídico de “familia” en el Derecho Colombiano en los últimos treinta años, mediante una revisión documental teórica de dogmática jurídica. Inicialmente, muestra el panorama jurídico de la familia y sus miembros anterior a la Constitución de 1991, en el que legislador no contaba con criterios de orden superior y como tímidamente comenzó a establecer diferencias en el tratamiento de los derechos de la mujer casada y de los hijos. Adicionalmente, pone de relieve el avance en la protección del interés superior de niños, niñas y adolescentes; muestra como los vínculos jurídicos y naturales han dejado de ser la única fórmula para la configuración de las familias, dado que se conciben más ampliamente las formas de convivencia humana. Ello ha implicado el reclamo de nuevas disposiciones normativas -más apropiadas a dichas realidades-, y en su defecto interpretaciones extensivas de las normas ya existentes.

Palabras clave: Familia, matrimonio, unión marital de hecho, familia homoparental, crianza, familia ensamblada, familia unipersonal.

Evolution of the concept of family since the 1991 Constitution

Abstract

Over the years, the family has faced great transformations in its composition, functioning and scope, as a consequence of the fluctuating links between people. The new forms of cohabitation have not always been protected by the legal system. Therefore, the overall objective of this paper is to analyse the evolution of the legal concept of "family" in Colombian law over the last thirty years, by means of a theoretical documentary review of legal dogmatics. Initially, it shows the legal panorama of the family and its members prior to the 1991 Constitution, in which the legislator did not have constitutional criteria and how it timidly began to establish differences in the treatment of the rights of married women and children. Additionally, it shows the progress in the protection of the best interests of children and how legal and natural ties are no longer the only formula for the configuration of families, the forms of human coexistence are more broadly conceived. In this respect, the family concept has implied the call for new normative provisions - more appropriate to these realities - and, failing that, extensive interpretations of the already existing norms.

Key words: Family, marriage, common-law marriage, same-sex parent family, family role, foster family, blended family, single parent family.

Évolution du concept de famille depuis la Constitution de 1991

Résumé

Au fil des ans, la famille a fait face à de grandes transformations dans sa composition, son fonctionnement et son étendue, conséquence des liens fluctuants entre les personnes ; les nouvelles formes de coexistence n'ont cependant pas toujours été protégées par le système juridique. Par conséquent, l'objectif général de cet article est d'analyser l'évolution du concept juridique de "famille" dans le droit colombien au cours des trente dernières années, à travers une revue documentaire théorique de la dogmatique juridique. Dans un premier temps, il montre le panorama juridique de la famille et de ses membres avant la Constitution de 1991, dans lequel le législateur ne disposait pas de critères d'ordre supérieur et comment il commença timidement à instaurer des différences dans le traitement des droits des femmes et des fils mariés. . En outre, il met en évidence les progrès réalisés dans la protection de l'intérêt supérieur des enfants et des adolescents ; montre comment les liens juridiques et naturels ne sont plus la seule formule de configuration des familles, étant donné que les formes de la coexistence humaine sont conçues de manière plus large. Cela a impliqué la demande de nouvelles dispositions normatives -plus appropriées à ces réalités-, et en leur absence, des interprétations extensives des normes déjà existantes.

Mots clés : Famille, mariage, union de fait, famille homosexuelle, éducation, famille recomposée, famille unipersonnelle.

Evolução do conceito de família desde a Constituição de 1991

Resumo

Ao longo dos anos, a família tem enfrentado grandes transformações na sua composição, funcionamento e alcance, como consequência das ligações flutuantes entre as pessoas. No entanto, as novas formas de coabitação, nem sempre foram protegidas pelo sistema legal. Para o efeito, este documento analisa como o conceito de "família" evoluiu no Direito Colombiano nos últimos trinta anos. Através de uma pesquisa documental, teórica de dogmática jurídica. Em primeiro lugar, o estudo apresenta a situação jurídica da família e dos seus membros, antes da Constituição de 1991, em que o legislador não tinha critérios de ordem superior e como começou timidamente a estabelecer diferenças no tratamento dos direitos das mulheres casadas e dos filhos. Além disso, destaca o progresso na protecção dos melhores interesses das crianças; mostra como os laços legais e naturais já não são a única fórmula para a configuração das famílias, dado que as formas de coabitação humana são concebidas de forma mais ampla. Isto implicou o apelo a novas disposições normativas - mais adequadas a estas realidades - e, na sua falta, a interpretações extensivas das normas já existentes.

Palavras-chave: Família, casamento, união de facto, família de pais do mesmo sexo, família de acolhimento, família mista, família monoparental.

Introducción

La conformación de la familia y la configuración de los vínculos entre sus miembros responden a la naturaleza y cultura propia de una época, una comunidad y un territorio. Engels (1884) propuso una tipificación histórico social de la familia (pulanúa, consanguínea, sindiásmica y monogámica), a partir de la revisión de los estudios existentes para la época, elaborados por Morgan, McLaren y Bachofen. De esa forma, mostró como la división del trabajo y sus distintos modos de producción guardaban una profunda relación con la conformación de la familia y por ende el tipo de relaciones entre los familiares.

Los roles masculino y femenino también han tenido un impacto en la conformación y función en la familia, al punto que el aumento de la riqueza en cabeza del hombre, como producto del trabajo, sirvió para asegurar la sucesión del patrimonio solo en línea paterna. El primer efecto del poder exclusivo de los hombres, se observa en la forma intermedia de la familia patriarcal, cuya organización respondía a un cierto número de individuos, libres y no libres, sometidos al poder paterno del *pater familias* (Pino, 2016, p. 91). Esta distinción entre el hombre y la mujer ha permeado los roles en el hogar, en el trabajo y en las diferentes esferas sociales, de hecho el derecho como eje ordenador estableció que la mujer durante mucho tiempo quedara sometida a la potestad del marido y careciera de capacidad negocial. De ahí que la mujer casada mayor de edad fuera considerada incapaz en la legislación civil colombiana, y que solo hasta la expedición de la Ley 28 de 1932 retomara su capacidad jurídica.

En el caso de la familia monogámica, primordialmente para la mujer, implicó que la disolución de la unión conyugal no fuera sencilla, de modo que la ruptura del vínculo no dependía, en otrora, de la voluntad de los individuos unidos. En la actualidad para que proceda el divorcio es requisito ineludible que se plantee una causal de las contempladas en la ley civil, incluso el consentimiento de ambos cónyuges. Aún queda por discutir la

posibilidad del divorcio, a partir de la exteriorización de la voluntad de dar por terminado el matrimonio, por solo uno de los cónyuges.

De otra parte, pensar que la familia solo se funda en vínculos derivados de la filiación legítima, natural o civil, ya es un asunto a reevaluar. Hoy se encuentran familias nucleares, elementales, simples o básicas; recompuestas, reconstituidas, ensambladas, agregadas o multifiliales; incompletas; unipersonales, uniparentales o monoparentales; parentales, entre otras. De forma, que los modelos familiares como construcciones sociales han pasado de basarse en el nexo de procreación, muy presente en las familias descritas por Engels, al nexo afectivo mucho más presente en las últimas décadas.

Las categorías como “madre”, “padre” y “progenitores”, que en algún momento fueron equivalentes, en la actualidad resultan disimiles; tal diferenciación radica en el carácter socio cultural de los primeros y biológico del segundo. Así, “los padres y madres afines son identificados como aquellos que educan y dan afecto, mientras que los progenitores, otorgan los genes”, tal como lo propone Pérez (2020). Por ejemplo, en las familias adoptivas es latente tal significación, el adoptivo genera unos vínculos afectivos y jurídicos con quienes no le otorgaron el material genético. La familia adoptiva provee todos aquellos insumos para que el niño, niña o adolescente pueda crecer en un medio idóneo para el ejercicio de sus derechos, lo cual respalda la idea de primacía del vínculo afectivo y del interés superior del menor de edad. Ya que en todo caso, los padres adoptivos desempeñan un rol crucial de cara a la autoridad parental, a través de la crianza y educación, custodia o cuidado personal, vigilancia, corrección, orientación y sanción; además del derivado de la patria potestad, en cuanto a la representación, administración y usufructo de los bienes del hijo adoptivo.

Ahora bien, a finales de la década de los años ochenta y comienzos de los noventa, Colombia se enfrentó a una serie de transformaciones políticas, de las que es clara exponente la Constitución de 1991. Diferentes realidades humanas y sociales quedaron evidenciadas en la Carta magna; así, por ejemplo, las uniones maritales no formales, también denominadas

por la doctrina como uniones de hecho o naturales, fueron señaladas en aquella oportunidad como una forma de constituir familia, de modo que, no sólo era familia aquella derivada del matrimonio.

Las uniones entre hombres y mujeres, matrimoniales o de hecho, que fueron acogidas en la Carta Magna, apenas eran una muestra de los variados vínculos existentes que daban origen a las familias ya en aquel momento. La forma en que los individuos se relacionan ha experimentado una gran transformación; hoy por hoy los roles femenino y masculino han virado en muchas sociedades, impactando en la conformación familiar. Como se verá en el presente trabajo, otras familias que tienen un origen distinto a los ya mencionados, han tenido un reconocimiento en las décadas posteriores a los años noventa, por las altas Cortes Jurisdiccionales, particularmente la Corte Constitucional.

Las múltiples formas de familias que hoy se conciben requieren de la protección integral que emana del Estado, por lo tanto su amparo jurídico debe estar basado en el respeto e igualdad de los miembros. Medina (2018) considera que a pesar de los esfuerzos del ordenamiento jurídico para estructurar un sistema familiar, no se puede evitar que muchos conformen sus familias siguiendo los dictados de su naturaleza, sin someterse a los preceptos legales (p. 41). Al respecto, valdría la pena decir que el Estado Social de Derecho debe asegurar el pleno ejercicio de las libertades individuales, siempre que estas no contravengan principios constitucionales, ya que el modo en que las personas deciden conformar su familia, es una manifestación del desarrollo de la personalidad. Incluso materias que carecen de una tipificación jurídica como la gestación por sustitución cuentan con una tipificación social, y requieren de un amparo jurídico por cuanto se encuentran en juego asuntos tan relevantes como el interés superior del menor y todos aquellos derechos- deberes derivados de la filiación.

Por lo anterior y con motivo de los treinta años de la Constitución, el presente trabajo pretende responder a la pregunta ¿Cuál ha sido la evolución del concepto jurídico de

“familia” en el Derecho Colombiano en la última treintena? Resulta conveniente acotar que se tendrá como antesala el estudio de: la Constitución de 1886 y las normas expedidas con anterioridad a la promulgación de la Carta de 1991, relativas al tratamiento de la mujer casada y de los hijos. Se trata de un panorama diferente al de las tres últimas décadas, ya que el legislador bajo la égida de la anterior Constitución no contó con criterios de orden superior para regular las relaciones familiares; pero comenzó tímidamente a establecer una diferencia en el tratamiento de los derechos de los miembros de la familia.

Por consiguiente, se plantean como objetivos específicos: Identificar el marco normativo de protección de la familia en Colombia en los últimos treinta años; describir los criterios jurídicos de conformación de la familia en Colombia en el mismo periodo de tiempo y establecer el alcance de protección de los distintos tipos de familia que, con base en una interpretación amplia de los artículos 5 y 42 de la Constitución Política, han sido reconocidos por la Corte Constitucional.

Metodología

Para llevar adelante el trabajo se optó por una revisión documental teórica de dogmática jurídica. Mediante un método analítico-reflexivo se acudió a la Constitución Política de Colombia, las leyes relativas al objeto de estudio y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Los resultados se estructuran en tres partes: en la primera, se aborda el panorama jurídico de protección de la familia anterior a la promulgación de la Constitución, el 4 de julio de 1991. En la segunda, se realiza el estudio del artículo 5 y 42 de la Constitución Política Colombiana; a tal efecto, se revisa en profundidad la exposición de motivos en la que se justifica el alcance del concepto de familia que contempla y se enuncia el desarrollo normativo que ha tenido. En la tercera, se presentan los distintos tipos de familia que, con base en una interpretación amplia del referido precepto constitucional, han sido reconocidos

por la Corte Constitucional: las familias uniparentales, unipersonales, ensambladas, homoparentales y de crianza. Esto no significa que la Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia no haya tenido un importante desarrollo respecto de la temática estudiada; significa simplemente que en el presente trabajo sólo se aborda la Jurisprudencia Constitucional, como interprete que es de la Constitución, conforme mandato consagrado en el artículo 241 de la Carta magna.

Resultados y Discusión

Protección jurídica de la familia antes de 1991

El derecho de familia no contaba con jerarquía constitucional, ya que la Carta magna de 1886 no consagró manifestación expresa de la familia. Solo dos disposiciones, hacían referencia tangencialmente a ella, el artículo 23, establecía que “nadie podía ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino por orden de autoridad competente y en forma legal”; y el artículo 50, que consagraba que “la ley determinaría lo relativo al estado civil de las personas y al patrimonio de familia inalienable e inembargable”. Por lo tanto, los asuntos de familia, eran únicamente de la incumbencia del legislador, quien no contaba con determinaciones constitucionales referidas a la noción de familia, consecuentemente, el derecho de familia era sólo una rama del derecho civil (Parra, 1996, p. 36).

Adicionalmente, el privilegio del matrimonio católico respecto del matrimonio civil, generó una notable diferencia en el tratamiento a las familias. Si se tiene en cuenta el periodo legislativo entre 1887 y 1974, las leyes civiles imponían el matrimonio católico para las personas que profesaban la religión católica. Entre 1974 y 1991, pasó a ser facultativo el matrimonio católico o civil, sin que el contrayente tuviera que apartarse de su fe si optaba por el segundo. Como consecuencia, había un régimen en el que se aceptaban solamente el matrimonio civil y católico, dejando de lado la libertad de profesar libremente cultos y

religión, ya que la Constitución de 1886 consagraba únicamente la Iglesia Católica, Apostólica y Romana a la nación (art. 38).

Sin tener una noción superior de la familia, el tratamiento legal para sus miembros se fue consolidando a través de diferentes normas de orden legal, que garantizaron mayor participación en los asuntos relacionados al entorno familiar. Sottomayor (2021) expresa que fue clave en esa altura, la lucha feminista por los derechos de las mujeres dentro de la familia, que llevó a que se introdujera el principio de igualdad entre cónyuges en el derecho civil.

Por ejemplo, en lo referente al tratamiento de la mujer casada, la ley 28 de 1932 permitió que esta retomara su capacidad.

Respecto de los vínculos jurídicos entre padres e hijos, la Ley 45 de 1936 volvió a un sistema de hijos legítimos y naturales, similar al que se sostenía antes de 1887; suprimió la mención “hijo de dañado y punible ayuntamiento” e “hijos adulterinos”, con las que se denominaba a los hijos de pareja no casada; y adicionalmente, extendió la patria potestad a los hijos naturales. Aun así, las bondades que trajo la Ley 45 de 1936 no resultaron suficientes para resolver problemáticas de la filiación. De modo que, con el impulso del Doctor Fernando Hinestrosa, fue redactada la Ley 75 de 1968 por medio de la cual se creó el ICBF y regulación sobre filiación. Posteriormente, la Ley 29 de 1982 terminó con la diferencia de tratamiento jurídico entre hijos nacidos fuera y dentro de matrimonio, puesto que igualó los derechos y obligaciones de los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos (Ley 29 de 1982, art.1).

Referente a las uniones de pareja, el legislador estableció el régimen jurídico de las uniones maritales de hecho a través de la Ley 54 de 1990. Los miembros de estas parejas recibieron la denominación de compañeros permanentes para efectos civiles y contaron con la protección de su patrimonio, siempre que contaran con los requisitos consagrados en dicha ley. Expresión de garantía, luego de que este tipo de uniones fueran tratadas en el Código

Civil de 1873 y 1887 junto al adulterio, que estuvieran sancionadas en el Código Penal de 1890 bajo el tipo penal de amancebamiento, y que las concubinas tuvieran una incipiente protección en caso de muerte del concubino (Ley 90 de 1946, art. 55; ley 12 de 1975, art. 1).

Al buscar una definición de familia, solo se encuentran referencias a su conformación u organización. A modo de ejemplo, se pueden presentar las siguientes disposiciones normativas: El art. 874 del Código civil adoptado para la república en 1887, que trata los derechos de uso y habitación, se refiere a la familia comprendida por la mujer y los hijos. El texto original del art. 4 de la Ley 70 de 1931, contemplaba la constitución de patrimonios de familia no embargables a favor de la familia compuesta de marido y mujer y sus hijos menores de edad, así como de la conformada por marido y mujer. Por su parte, el art. 51 inciso 2 del decreto 2388 de 1979, contempló por familia “el grupo de personas unidas por vínculo de sangre, de afinidad o de parentesco civil”.

Con las normas antes mencionadas quiere señalarse que el concepto de familia antes de 1991, comenzó a albergar un cambio de paradigma, al darles más relevancia a los diferentes miembros de la familia, aún sin que esta tuviera una categoría constitucional. Los hijos pasaron a tener igualdad de derechos y obligaciones, independiente si su vínculo filial se originaba en la adopción, o en lazos de consanguinidad, y si el vínculo que unía a sus padres era o no matrimonial. Por su parte, la mujer al interior de la familia, comenzó a tener un rol más activo, en cuanto al ejercicio de sus derechos y obligaciones. Aun así, la jerarquización y sexismo de las relaciones familiares no permitían contar con una igualdad real y quedaba camino por recorrer.

La familia en la Constitución de 1991.

El 4 de julio de 1991 fue promulgada la Constitución de 1991, sucede que la familia fue elevada a la jerarquía constitucional, valga decir que, su consagración fue expresa y de ningún modo tácita. Su incorporación en la norma superior principalmente en los artículos 5

y 42 implicó al igual que en otros ordenamientos, "reconocer expresamente la necesidad de su existencia como elemento esencial e indispensable para la vivencia social, y quien dice vivencia social dice sociedad y dice Estado" (López del Carril, 1968, p.111).

No solo la noción de familia como base de la sociedad, la conformación de la familia y su protección quedaron contempladas en el artículo 42 constitucional. También fueron abarcados otros asuntos del derecho de familia, particularmente: el Patrimonio de la familia inembargable; la Igualdad de los hijos; la Progenitura responsable; la Planificación familiar; la Reglamentación del matrimonio por ley; la Cesación de efectos civiles del matrimonio; el Estado civil; los Derechos de los niños, de los adolescentes, de la tercera edad y de las personas con discapacidad.

El artículo 5 de la Constitución Política establece que: "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad". Esta disposición guarda una relación directa con instrumentos internacionales que recogen la familia como base de la organización social y elemento que debe ser protegido, como, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (artículo 16 inciso 3), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre de 1948 (artículo 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 23 inciso 1), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (artículo 10), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1972 (artículo 17 inciso 1). Sobre esta base, podría decirse que, respondiendo a compromisos internacionales del Estado Colombiano, el Constituyente permite que el reconocimiento normativo de la familia sea de orden superior y público.

El artículo 42 de la Constitución Política, por su parte, determina que:

"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos

naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

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

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

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

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

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

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes” (Art. 42 Constitución Política).

Como puede verse, este precepto dio cabida a la voluntad de los individuos para conformar una familia, la equiparación de derechos de sus miembros y la protección en el ámbito personal y patrimonial. La redacción incluyó la conjunción "o", que da la opción ante varias posibilidades, en este caso dos alternativas, “por la decisión libre de un hombre y una

mujer de contraer matrimonio” o bien por, “la voluntad responsable de conformarla”. Es decir, reconoce como familia a aquella que no solo se origina en el matrimonio, sino también en unión marital de hecho.

Dicho tratamiento de las fuentes de familia resulta pertinente de cara al principio de igualdad. Dado que, en otros ordenamientos jurídicos, las uniones maritales de hecho, no reciben un tratamiento de orden superior o no se reconoce para sus miembros el mismo status que para los miembros de una familia originada en el matrimonio. Por ejemplo, en el Derecho Portugués, la calidad de miembro de la familia es una calidad derivada de las relaciones jurídicas familiares, las cuales surgen solo a partir de la relación matrimonial, la relación de parentesco, la relación de afinidad y la relación de adopción (Código Civil Portugués art. 1576), por lo tanto no tiene cabida la unión marital de hecho. Entonces, las relaciones entre los miembros de una unión marital de hecho, no son consideradas relaciones familiares, sino relaciones parafamiliares.

Como pone de relieve Parra (2018), los elementos estructurales de la familia en la disposición constitucional son “El carácter nuclear, no como un grupo sino como una comunidad básica de vida; el carácter vincular, como un nexo permanente y no esporádico; el carácter monogámico, un hombre, una mujer en singular; la consensualidad responsable, decisión libre como expresión de autonomía de la voluntad” (p. 23). El artículo 42 de la Carta Magna es, pues, reflejo de una comprensión tradicional de las uniones de pareja y pautas morales de la sociedad colombiana, que ha preservado una estrecha relación entre sexualidad, parentesco y regulación social de la familia. Venegas y Lozano (2017) en su estudio sobre los cambios en los modelos de familia destacan en este sentido que “La consecuencia de todo ello ha sido la consolidación de un modelo normativo de familia tradicional patriarcal, caracterizado por la presión social para la formación de parejas heterosexuales, endogámicas y monógamas. La corriente teórica que mejor se acerca a esta definición de familia es el

funcionalismo estructural” (p. 26).

Ahora bien, aunque el mandato constitucional del artículo 42 apostó por un modelo de familia nuclear, se ha verificado en la Gaceta Constitucional No. 85 de 1991, que “las mesas de trabajo y las comisiones preparatorias llevadas a cabo en todo el territorio colombiano, -que estudiaron los temas con destino a la Asamblea Nacional Constituyente-, contaron con un total de 698 propuestas relacionadas con los derechos de la familia, el niño, el joven, la mujer y la tercera edad” (p.5), dentro de las cuales eran resaltadas realidades humanas que no compaginaban con una mirada tradicional.

Una de esas propuestas fue la del denominado “artículo minoritario derechos de la familia”, que no limitaba la celebración del matrimonio a parejas heterosexuales, y consideraba que las familias podían conformarse a partir de uniones entre personas, sin que tuvieran que ser necesariamente un hombre y una mujer. El primer inciso de la propuesta decía: “1. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Está compuesta por personas unidas entre sí por vínculos naturales o jurídicos o por la voluntad responsable de constituirla. Un hombre y una mujer tienen derecho a unirse en matrimonio y a conformar y desarrollar libremente su familia” (Gaceta Constitucional No. 85, 1991, p. 9).

Textos como el transcrito anteriormente, no fueron acogidos por la Asamblea Nacional Constituyente, y el aprobado da cuenta de que “el constituyente optó intencionalmente por aquel que mencionaba expresamente a un hombre y una mujer como fundadores de la familia, y descartó los que dejaban abierta la posibilidad de entender que otras formas de unión también serían objeto de la protección constitucional” (Sentencia C-075 de 2007, p.82).

La exposición de motivos de la ponencia para primer debate en plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, refiriéndose a los “Derechos de la familia” dice textualmente:

“1. No es necesario discutir por qué la familia es el núcleo, principio o elemento fundamental de la sociedad. Se reconoce a ella este lugar de privilegio dentro de la escala social porque todos deberíamos nacer, vivir y morir dentro de una familia. Las personas unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad; o unidas por vínculos jurídicos, que se presentan entre esposos, afines o entre padres adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos, tienen pleno derecho a conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias.

Siendo ello así, es apenas obvio determinar la protección del Estado y la sociedad para esa familia y fijar la inviolabilidad para su honra, dignidad e intimidad, así como sentar las bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes.

Las familias unidas por vínculos naturales o jurídicos han sido reglamentadas durante toda nuestra vida civil.

Interpretando una necesidad nacional debe reflejarse en la Constitución la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes” (Gaceta Constitucional No. 85, 1991, p. 5).

Como puede verse, la propia exposición de motivos resaltó un avance en el concepto de familia. Hubo un reconocimiento de los vínculos – naturales y jurídicos-, por los cuales se origina la familia, pero, al mismo tiempo, los limitaba al exigir que la relación debía ser entre hombre y mujer. Por consiguiente, la concepción de familia se originaba en una pareja

previa con determinadas características; dejando de lado que, las personas libremente pudieran establecer una familia de acuerdo a sus intereses y posibilidades.

Algunos desarrollos legales del artículo 42 de la Constitución Política.

La concepción jurídica de la familia a nivel constitucional implicó un desarrollo normativo encaminado a la protección integral de los miembros de la familia, así como la regulación respecto de cualquier tipo de acto o hecho que afectara la armonía y la unidad familiar; dicho desarrollo normativo ha venido de la mano de:

- Un reconocimiento de la familia monoparental mediante la Ley 82 de 1993, modificada por la Ley 1232 de 2008, que implantó mecanismos de protección para los miembros de estas familias. Se entendía que las mujeres eran quienes principalmente asumían como jefes de hogar, cuando acaecía la muerte o el abandono de su pareja, y por tanto quedaban a cargo del cuidado y custodia de los hijos de forma exclusiva. Esa protección especial para la mujer cabeza de familia respondió :

(..) a las condiciones de discriminación y marginamiento a las que se había visto sometida la mujer durante muchos años, y, también, por el significativo número de mujeres que por diversos motivos se habían convertido en cabezas de familia, y debían asumir, en condiciones precarias y sin apoyo de ninguna naturaleza, tanto las responsabilidades del hogar como las propias de la actividad de la que derivaban el sustento familiar (Corte Constitucional, Sentencia C-722 de 2004, p.10).

No obstante, el beneficio establecido en dichas leyes a favor de los hijos menores de la mujer cabeza de familia, se hizo extensivo a los hijos menores dependientes del hombre que, de hecho, se encontraran en la misma situación que una mujer cabeza de familia, en los términos del artículo 2° de la Ley 82 de 1993.

- La Ley General de Educación (Art. 7 Ley 115 de 1994), más allá de definir las normas

generales para regular la Educación en los niveles preescolar, básica, media, no formal e informal, define a la familia como la primera responsable de la educación de los hijos. Señala también el rol que cumple la sociedad en el aseguramiento del derecho a la educación. En tal sentido, la infancia y la adolescencia son asuntos que atañen a un número amplio de personas, pues hay un interés superior que procurar. No solo se trata de que los progenitores sean los únicos involucrados en el proceso de formación de los hijos, pero cumplen un papel fundamental ya que son los detentores de la autoridad parental. Como consecuencia, el Decreto 1860 de 1994, establece la sanción por desatención de la educación de los menores, en tanto constituye una obligación de la familia.

- La Ley 294 de 1996, promulgada con el fin de prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar; esta ley ha sido objeto de reforma posteriormente por las Leyes 575 de 2000, 1257 de 2008 y 599 de 2000, por medio de las cuales el legislador ha procurado asegurar la armonía a los hogares y medidas tendentes a la protección de sus miembros. Sin embargo, a la fecha aún hay una carencia de medidas legales efectivas para la protección de la mujer víctima de violencia intrafamiliar. De modo, que decisiones judiciales como la contenida en la Sentencia SU-080 de 2020, terminan por adoptar criterios que desbordan la naturaleza jurídica de ciertas instituciones, v.g., la obligación alimentaria, que fue considerada por la Corte Constitucional como una medida indemnizatoria, pese a que no es esa su naturaleza, por lo tanto, solicitar alimentos al compañero maltratador no va a satisfacer realmente el derecho de reparación de la mujer víctima de violencia por parte de su pareja.

- La Ley 1361 de 2009, modificada por la Ley 1857 de 2017 se encaminó a la promoción de medidas de protección de la familia a cargo del Estado, los empleadores y Cajas de Compensación Familiar e introdujo el concepto de familia numerosa, entendiéndose por tal la que reúne más de tres hijos.

- La Ley 979 de 2005 que modificó la Ley 54 de 1990, referente a las uniones maritales de hecho, establece los mecanismos para su declaración y sus efectos patrimoniales.

Mientras el consentimiento expresado por los contrayentes en la celebración de un

matrimonio, caracteriza el surgimiento de la familia, en el caso de la unión marital de hecho, es de facto la convivencia. Al respecto, esa comunidad de vida, permanente y singular origina una sociedad patrimonial integrada por los bienes adquiridos con el esfuerzo conjunto de los compañeros. Sin embargo, esa sociedad se debe probar, pues la Ley solo presume su existencia completados los dos años de convivencia de los compañeros. Mientras entre los cónyuges, la sociedad conyugal surge con hecho mismo del matrimonio.

- La Ley 721 de 2001 en la que se establecieron las pruebas con marcadores genéticos ADN en los procesos para establecer paternidad o maternidad.

La práctica de la prueba científica marcó un paso importante, al tenerse como de mejor rango frente a aquellas pruebas a las que se solía acudir para determinar la paternidad o maternidad. Toda vez que, los resultados de la prueba de ADN permiten contar con una razonable convicción. Sin embargo, para un mismo código genético como en el caso de gemelos idénticos, el análisis de ADN no logra diferenciarlos, para lo cual no queda más que acudir a otros medios probatorios, según corresponda (Sentencia CSJ, Sala Civil, 22 de septiembre de 2010 Exp. 25899-3184-001-2006-00314-01).

- La Ley Estatutaria 1618 de 2013, que dicta medidas específicas para garantizar los derechos de los niños y las niñas con discapacidad y el acompañamiento a las familias, de modo que se asignan responsabilidades concretas a actores específicos en relación con la expedición de políticas, acciones y programas.
- La Ley 1857 de 2017, que modificó algunas disposiciones de la Ley 1361 de 2009, facilita una jornada semestral gestionada por los empleadores para que los empleados pueden compartir con su familia.
- La Ley 2114 de 2021, afectó directamente al Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto amplió la licencia de paternidad a 2 semanas incluidos domingos y festivos.

Por consiguiente, el concepto de familia en que se asienta el Artículo 42 de la

Constitución Política, ha sido el acicate para la expedición de todas estas normas,- que no son las únicas existentes- con las que se pretende dotar de protección a la familia y sus integrantes. Sin embargo, aunque de la propia Constitución se infiere que no hay una única fórmula de familia, su configuración en el plano legislativo se ha quedado muy limitada; así las cosas, ha sido la jurisprudencia, especialmente de la Corte Constitucional, la que ha extendido el amparo a formas diversas de vinculación entre las personas, distintas a la familia tradicional. En palabras de Guío:

El concepto de familia ha tenido diversas interpretaciones, y la tendencia actual es ampliarlo con el fin de que otras formas de vida en común puedan derivar derechos reservados a la institución familiar. La protección de la familia y sus integrantes es una forma de garantizar y propender por la efectividad de los derechos de las personas, fin esencial del Estado social de Derecho (Guío, 2009, p. 77).

Como ya se ha visto, entre las formas de constituir familia, el Ordenamiento jurídico colombiano reconoce los vínculos naturales y jurídicos, hallándose dentro de estos últimos el matrimonio que deriva de la decisión voluntaria y libre de la pareja. Pero aun así, la protección de sus miembros debería extenderse de tal forma que involucre la decisión del rompimiento del vínculo conyugal. Me refiero en este punto a que las causales que se deben invocar para solicitar el divorcio (art. 154 Código Civil), se erigen como disposiciones que imponen restricciones al derecho a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad, en tanto actualmente, un divorcio no se puede adelantar unilateralmente sin invocar alguna de las causales contempladas en el ordenamiento civil. Esto implica que aunque se haya terminado el amor o ya no se planea un futuro en común con la pareja, los cónyuges deben permanecer unidos en caso de que no se puedan señalar: Infidelidad, grave incumplimiento de los deberes, ultrajes, embriaguez habitual, drogadicción, enfermedades graves, incurables y peligrosas o actos de perversión.

Hay una necesidad de regulación en torno al divorcio que facilite las decisiones que toman las personas en torno a su opción libre de permanecer o no en una familia. No es

constitucionalmente admisible obstaculizar las opciones que libremente las personas toman.

Formas de familia reconocidas por la Corte Constitucional

La sociedad contempla “una perpetua volubilidad de las reglas y fragilidad de los lazos” (Bauman, 2003), lo cual se ve reflejado en las configuraciones y reconfiguraciones de las relaciones sociales, especialmente en las familias. Por ello, nos referiremos a continuación a algunos tipos de familia, que no se configuran exclusivamente a partir del matrimonio o de una unión marital de hecho, o de la existencia de una pareja previa. Se trata de una ampliación de las posibilidades de formación de la familia, que, aunque con cierta demora en el tiempo han conseguido obtener protección en el marco del Ordenamiento jurídico colombiano. Con lo que se demuestra la evolución que ha tenido el concepto jurídico de familia, a partir de la interpretación hecha por la Corte Constitucional en su jurisprudencia.

La Familia Unipersonal

Familia unipersonal es la constituida por un sujeto sin vínculos personales inmediatos con nadie o que tiene “su fundamento en la decisión libre de conformar un hogar de manera solitaria” (Corte Constitucional, Sentencia C-534 de 2019,p.15). Plantea una realidad en la que no se trata de una agrupación familiar, sino de un individuo que configura en solitario su propia familia. Se trata de una modalidad que la Corte Constitucional ha reconocido, que tiene una característica muy significativa, la vivienda. Además:

no descarta los vínculos afectivos o eróticos y se rodean de una red social compuesta por familiares, amigos, compañeros de trabajo, vecinos, entre otros. En algunos casos cumple con una labor de apoyo psicosocial a familiares u otros miembros de su red, que presenten algún tipo de calamidad (Uribe, 2010, p.57).

Este reconocimiento se originó bajo la intención de otorgar al sujeto, en su condición individual, el derecho a la vivienda digna. Procuraba las prerrogativas de afectación del inmueble como patrimonio de familia inembargable y el acceso a créditos financieros específicos, las cuales eran brindadas solo a las familias -entendidas como agrupación-. Por lo tanto, la Corte Constitucional en esencia procuró salvaguardar el derecho a la igualdad y vivienda digna, pero su alcance llegó al punto de denominar una nueva forma de familia, que no se fundamenta ni en la solidaridad ni en el parentesco.

La Familia Ensamblada

Asimismo, es posible que, tras el divorcio o separación de una pareja, se consoliden nuevas uniones, dando lugar a lo que se conoce como familias ensambladas, esto es, “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa” (Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2016, p.11). Esta categoría que responde a diferentes nombres atribuidos por la doctrina como familia recompuesta, reconstruida, reestructuradas, entre otros.

La Familia Homoparental

Según se ha podido ver, hasta ahora, la Corte Constitucional ha interpretado que la protección consagrada en el artículo 42 constitucional no sólo se aplica a la familia tradicional, sino también a las distintas conformaciones de familia que coexisten en la sociedad; pues bien, una de esas familias es también la compuesta por parejas homosexuales. Respecto de este reconocimiento pueden distinguirse tres etapas bien diferenciadas en la jurisprudencia constitucional.

La primera se caracteriza por una extensión de los efectos patrimoniales de las uniones maritales de hecho y protección en materia de seguridad social, bajo el criterio de que no

debe haber distinción de trato hacia las parejas homosexuales. En este sentido, son de destacar la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional, que declaró exequible la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, entendiendo que:

(...) la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado.

La decisión no fue unánime, pues contó con cuatro (4) aclaraciones de voto y un (1) salvamento de voto por parte de los magistrados de la sala de decisión. En dicha ocasión, la Corte Constitucional solo extendió la protección al régimen patrimonial, en tanto no trató la totalidad de los efectos civiles como la adopción y la custodia, que también eran del resorte de la ley examinada. Posteriormente, el alto Tribunal admitió que las parejas homosexuales también tienen derecho entre otros, a ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y del régimen de salud (v.g. Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 2006; Sentencia C-811 de 2007).

Un par de años más tardes, en 2009, la Corte Constitucional en su sentencia C- 029 de 2009 sin mencionar expresamente el concepto de familia homoparental, resaltó la necesidad de un trato igualitario para las parejas homosexuales, en los términos que siguen:

Es preciso tener en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la pareja, de si se trata de como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, independientemente parejas heterosexuales o parejas homosexuales, y que, en ese contexto, la diferencia de trato para parejas que se encuentren en situaciones asimilables puede plantear problemas de igualdad y que, del

mismo modo, la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales, pueden dar lugar, a un déficit de protección contrario a la Constitución, en la medida en que desconoce un imperativo superior conforme al cual, en determinadas circunstancias, el ordenamiento jurídico debe contemplar un mínimo de protección para ciertos sujetos, mínimo sin el cual pueden verse comprometidos principios y derechos superiores, como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad (Corte Constitucional, Sentencia C- 029 de 2009, p.121).

La segunda etapa, vino marcada por el reconocimiento como familia a las parejas conformadas por personas del mismo sexo a través de la Sentencia C-577 de 2011. Esta etapa resulta crucial, para los desarrollos jurídicos posteriores porque la Corte fue enfática en resaltar que las posibilidades de conformar familia, derivadas del matrimonio y la unión marital de hecho, son una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, por lo cual no podía ser una prerrogativa exclusiva de las personas heterosexuales. De cara al principio de igualdad, se refirió a las uniones homosexuales en los siguientes términos:

La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia más allá de su diversidad y de las variaciones que tenga su realidad, su concepto y su consecuente comprensión jurídica, las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la constitución de la familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohiado ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural solo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la “voluntad responsable de conformarla” también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales (Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011,p. 183).

Reconocidas como familia, pero aún sin contar con vía libre para celebrar matrimonio, las parejas homosexuales contaron con un gran avance en la protección de sus derechos. A su vez, la Corte Constitucional, consiente de sus competencias exhortó al Congreso de la República para que legislara de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo.

Posteriormente, en una tercera etapa que comprende los últimos seis años, la Corte Constitucional ha abarcado temas relativos a la familia, extendiendo el goce efectivo de derechos a las parejas del mismo sexo, siendo enfática en que la orientación sexual no puede constituir un criterio de exclusión. La Sentencia C-683 de 2015, avanzó en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el entendido que menores que se encuentran en situación de abandono tienen derecho a tener una familia; así que excluir a los compañeros permanentes (heterosexuales u homosexuales) de participar en los procesos de adopción, llevaría a que los menores continuaran en una situación de vulnerabilidad. De modo, que eliminó el requisito de ser pareja heterosexual para adoptar a un menor de edad, zanjándose la discusión sobre la posibilidad de adopción conjunta, que había quedado pendiente en la sentencia C-071 de 2015, en la cual, la Corte Constitucional aprobó en todos los casos la adopción consentida por parejas del mismo sexo cuando fuera el hijo o hija biológico de uno de los miembros de la pareja.

Mediante la Sentencia SU-214 de 2016, la Corte Constitucional decide amparar el derecho de contraer matrimonio a las parejas homosexuales. Una decisión fundamentada en la ya mencionada Sentencia C-577 de 2011, que hizo referencia a que contraer matrimonio es un derecho, y además una manifestación del libre desarrollo de la personalidad.

Más recientemente, la Corte Constitucional en Sentencia C-456 de 2020 declaró la exequibilidad condicionada de las disposiciones normativas del Código Civil referentes a: las asignaciones y donaciones testamentarias, las causales de indignidad sucesoral y de

desheredamiento, el sometimiento de los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero a la legislación civil nacional. Según el alto tribunal, las normas demandadas incurrierán en una diferencia de trato injustificada, dado que excluían de sus efectos a los compañeros permanentes de las uniones maritales de hecho de parejas heterosexuales y a los cónyuges y compañeros permanentes de uniones maritales de hecho de parejas del mismo sexo.

Valga decir que, el Congreso de la República fue exhortado en varias oportunidades, para que expidiera los parámetros normativos correspondientes que aseguraran el goce efectivo de derechos a las parejas del mismo sexo. Tal cual como se evidencia en el *decisum* de las sentencias de la Corte Constitucional que fueron objeto de estudio en este trabajo. Pero esta labor no ha tenido mayor desarrollo y lo que lo que en un principio no era reconocido, luego, principalmente mediante sentencia C-577 de 2011, fue establecido por la Corte Constitucional. Adoptándose, el criterio que “el concepto de familia responde a factores socio afectivos, de manera que, indiscutiblemente, aquellas homoparentales, no solo son familia sino que gozan de la misma protección constitucional que las heterosexuales” (Corte Constitucional, Sentencia T-196 de 2016, p.12).

La Familia de crianza

En ocasiones, personas distintas a los progenitores (ej. otros familiares u otras familias) cuidan de los menores de edad; este comportamiento, ha permitido a muchos niños contar con la debida protección y afecto, dando lugar a la figura denominada familia de crianza, una figura plausible cuando hablamos de proteger el interés superior del menor en situaciones de clara vulneración de sus derechos.

La familia de crianza:

(...) no necesariamente surge por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino principalmente por relaciones de facto que involucran sentimientos de afecto, respeto,

solidaridad, comprensión y protección que consolidan el núcleo familiar. Estas familias generan derechos y obligaciones, y es responsabilidad del Estado concebir escenarios de protección que faciliten el cumplimiento de los deberes a los miembros de estas familias, creando así un ambiente sano para el desarrollo integral del menor (Corte Constitucional, Sentencia T-525 de 2016, p.66).

La familia de crianza es entendida también por la Corte Suprema de Justicia como aquella que :

está compuesta no solo por padres, hijos, hermanos, abuelos y parientes cercanos, sino que incluye también a personas entre quienes no existen lazos de consanguinidad, pero pueden haber relaciones de apoyo y afecto incluso más fuertes, de ahí que no haya una única clase de familia, ni menos una forma exclusiva para constituir la (Corte Suprema de Justicia, STC 6009-2018,p.8).

Algunos autores consideran que la familia solidaria es una fórmula distinta de la familia de crianza³; sin embargo, la Sentencia C-085 de 2019 de la Corte Constitucional equipara las dos figuras, al advertir que la familia de crianza se fundamenta en la convivencia, el afecto, la protección, el auxilio, el respeto, más allá de los vínculos de parentesco civil o consanguíneo y no genera parentesco; idénticos elementos de la familia solidaria, consagrada en el artículo 67 de la ley 1098 de 2006 que la describe como:

(...) una familia distinta a la de origen, que asume la protección de manera permanente de un niño, niña o adolescente y le ofrece condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral de sus derechos y que en tal caso no se modifica el parentesco.

³ Medina Pabón (2018), entiende a la familia solidaria como aquella contemplada en el art. 67 de la Ley 1098 de 2006, que no tuvo mayor eco en los doctrinarios. Mientras que la familia de crianza la caracteriza como un desarrollo de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que genera unos vínculos jurídicos *sui generis*, que les permite a los miembros de la familia, ser tenidos como tal, pero que genera muchas dificultades, principalmente, en cuanto a su iniciación, terminación, derechos y obligaciones de sus miembros (51).

En tal sentido, Martínez-Muñoz y Rodríguez-Yong (2020) consideran que la postura asumida recientemente por el Tribunal Constitucional Colombiano resulta positiva además de ser concordante con la disposición normativa antes citada. Adicionalmente, que “las relaciones de parentesco deben ser efectivamente un asunto de competencia del legislador, en su calidad de máximo órgano democrático, y no de las autoridades judiciales, las cuales carecen de representatividad popular” y además que se trata de una tesis:

(...) cercana a la doctrina de adopción por equidad, cuyo ámbito de aplicación se limita, por regla general, al campo sucesoral. En virtud de lo anterior, no es dable alegarla en asuntos tales como el parentesco, la custodia y las visitas al menor. Con todo, excepcionalmente se ha acudido a la adopción por equidad para exigir el pago de alimentos a menores (p.95).

Por lo tanto, si el legislador no lo ha establecido, no es posible extender los efectos normativos de la legislación civil, dispuestos a favor de las familias consanguínea y adoptiva a las familias de crianza, ya que no son categorías análogas. En tal sentido, el reconocimiento que la Corte Constitucional le ha otorgado a la familia de crianza no ha llegado a definir los efectos jurídicos que tiene sobre la filiación y el parentesco de las personas que hacen parte de ella.

En otras palabras, y en la medida que es una tarea que compete exclusivamente al legislador, no ha establecido en términos generales la capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones de los hijos y padres de crianza como sí ocurre en las relaciones parentales que surgen a partir de vínculos de consanguinidad o por adopción” (Corte Constitucional, sentencia C-085 de 2019, p.39).

Ahora bien, no quiere decir esto que no haya mecanismos legales que permitan acreditar el vínculo entre los padres y los hijos de crianza, pues la adopción se erige como la posibilidad de generar un vínculo jurídico, con injerencia directa en el estado civil del hijo. De modo, que pueda ser reconocida la calidad de hijo, para hacer exigibles los derechos que se desprenden de las relaciones parentales, y para que estas sean oponibles a terceros.

Conclusiones

El análisis del concepto jurídico de la familia en los últimos treinta años en Colombia, da como resultado un avance en la protección de los miembros de la familia, en particular subyace una materialización del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Se encuentra que los vínculos jurídicos y naturales no son la única fórmula para la configuración de las familias, pues se conciben más ampliamente las formas de convivencia humana. Es claro que las transformaciones sociales han implicado el reclamo de nuevas disposiciones normativas -más apropiadas a dichas realidades-, o en su defecto interpretaciones extensivas de las normas ya existentes.

El postulado “la familia es el núcleo básico de la sociedad”, refiriéndose a una mínima agrupación social, en la que los seres humanos obtienen prerrogativas que les permite actuar en sociedad, implica que las nuevas formas de familia no tengan un trato injustificado a la luz de la Constitución Política. Sin embargo, aún hay una jerarquización de las relaciones familiares, en función del género y de la autoridad parental, que subyace en las costumbres sociales, que requiere de implantar medidas dirigidas a eliminar las desigualdades.

La sociedad está alimentada de la tradición y el Derecho como producto social también goza de esta característica; no resulta extraño, pues, que el modelo primigenio de familia contemplado en la Constitución fuera tan delimitado y que de las propuestas recogidas a nivel nacional para debate en la Asamblea Nacional Constituyente, se terminara por adoptar el modelo de familia nuclear. De ahí que el reconocimiento de otras formas de

familia y su protección sea tan relativamente reciente, aunado al silencio legislativo llevado a cabo en la materia.

El concepto de familia contemplado en la Constitución parece restrictivo al mencionar la existencia previa de una pareja de matrimonio o de unión marital. Sin embargo, al aceptar la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares, la Corte Constitucional ha establecido en su Jurisprudencia distintas categorías, que responden a la necesidad de protección, especialmente del interés superior del niño. Las familias monoparental y uniparental dieron respuesta a la necesidad de protección de la mujer y de los hijos menores de edad, tanto en el supuesto de las rupturas matrimoniales o de las uniones maritales, en la adopción por personas solteras.

En aquellos casos en que el hijo se concibe como resultado de un acceso carnal, la Corte Constitucional ha sido tajante, al admitir que la familia no se estructura en torno a la existencia de las obligaciones como pueden ser los alimentos. De este modo, el alcance del concepto de familia va más allá del ámbito biológico, por lo cual es claro que ya no se trata de un concepto que implique la incondicional existencia previa de una pareja y por lo tanto, la familia no se agota con el parentesco.

La familia unipersonal resulta ser un concepto que debe llamar a la reflexión, puesto que la cohesión social en la actualidad implica también el reconocimiento de la individualidad (vivir una vida propia, con la opción de elegir). La decisión de optar por una forma en la que no hay más miembros, que la persona individual, debe ser respetable y amparada, pero aún amerita un profundo análisis de cara a lo que implica una organización familiar. Por su parte, la familia ensamblada constituye una manera de relacionarse, que responde a las coyunturas personales que pueden acercar o distanciar a los miembros de una inicial familia y que parecía estar ignorada por el Estado.

Tanto la familia unipersonal como la familia ensamblada, dan cuenta del dinamismo

del concepto de familia. Los individuos pueden establecer diferentes formas de familia a lo largo de su vida, en un momento pueden ser parte de una familia unipersonal y en otro conformar una familia ensamblada. En otras palabras, las personas pueden hacer parte de una cadena compleja de transiciones familiares durante todo su ciclo vital; se trata de las opciones de vida elegidas por los individuos, que en todo caso, deben ser respaldadas por un Estado Social de Derecho y multicultural, siempre que no vayan en contravía de los derechos fundamentales de los demás.

De otra parte, la familia homoparental aún se enfrenta a grandes dificultades, pese a los avances en el reconocimiento de sus derechos. Que en Colombia no haya regla jurídica sobre filiación, genera problemáticas para las parejas heterosexuales, pero aún más para las homosexuales; por ejemplo, en la fecundación asistida, se plantean interrogantes jurídicos como: el desconocimiento de la parentalidad atribuida, o si el hijo de la pareja homosexual puede impugnar la parentalidad, cuando este no tiene soportes de la fertilización con componentes genéticos heterólogos. Por lo tanto, al igual que en otros asuntos de familia, ya comentados en el trabajo, la tarea del legislador está pendiente.

La familia de crianza fue consagrada con el ánimo de salvaguardar los principios de interés superior del niño, prohibición de discriminación por el origen familiar, la solidaridad y corresponsabilidad de las familias extensas quienes, tomando el lugar de los padres, asumen el cuidado de los niños; sin embargo, tal categoría no es equiparable a los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, lo cual aún genera incertidumbre sobre el momento en qué se generan los derechos y obligaciones y también sobre el contenido de los mismos.

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Gaceta Constitucional No. 85. Recuperado de:
<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3728/>

Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre

de 1969.

Corte Constitucional. Sentencia C- 722 de 2004. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Tres (03) de agosto de dos mil cuatro (2004). Recuperado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-722-04.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Siete (7) de febrero de dos mil siete (2007). Recuperado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-090 de 2007. Magistrado Ponente: Manuel Jose Cepeda

Espinosa. Ocho (8) de febrero de dos mil siete (2007). Recuperado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-090-07.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C- 577 de 2011. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo

Mendoza Martelo. veintiséis (26) de julio de dos mil once (2011). Recuperado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2015. Magistrado ponente Jorge Iván Palacio

Palacio. dieciocho (18) de febrero de dos mil quince (2015). Recuperado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-071-15.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-683 de 2015. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio

Palacio, cuatro (4) de noviembre de dos mil quince (2015). Recuperado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-683-15.htm>

Corte Constitucional. Sentencia SU-214 de 2016. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos,

veintiocho (28) de abril dos mil dieciséis (2016). Recuperado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T-525 de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio

Palacio. Veintisiete (27) de septiembre dos mil dieciséis (2016). Recuperado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-525-16.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-085 de 2019. Magistrada ponente: Cristina Pardo

Schlesinger. Veintisiete (27) de febrero de dos mil diecinueve (2019). Recuperado
de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-085-19.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-534 de 2019. Magistrada ponente: Cristina Pardo

-
- Schlesinger. Trece (13) de noviembre de dos mil diecinueve (2019). Recuperado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-534-19.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C-456 de 2020. Magistrado ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar, veintiuno (21) de octubre de dos mil veinte (2020). Recuperado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-456-20.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C-117 de 2021. Magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo, veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021). Recuperado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/C-117-21.htm>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. STC6009-2018. Radicación No. 25000-22-13-000-2018-00071-01. Magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Nueve (9) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Recuperado de:
<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/05/STC6009-20181.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicación No. 25899-3184-001-2006-00314-01. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010). Recuperado de:
<https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/mujer/mujer0/Providencias/2589931840012006-00314-01%20%5B22-09-2010%5D.pdf>
- Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Diciembre 10 de 1948.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre de 1948. IX Conferencia Internacional Americana.
- Engels, F. (1884). *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado. En relación con las investigaciones de L.H. MORGAN* Edición 2017. Madrid, España: Ediciones Akal S.A.
- Guío , R. E. (2009). El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En *Studiositas, edición de diciembre*, 4(3), 65-81.
- Ley 28 de 1932 (noviembre 12) Congreso de Colombia. Diario Oficial. AÑO LXVIII. N. 22139. 17, AGOSTO. Sobre reformas civiles (Régimen Patrimonial en el Matrimonio)

Ley 90 de 1946 (diciembre 26) Congreso de Colombia. Diario Oficial No 26.322, del 7 de enero de 1947. Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

Ley 12 de 1975 (Enero 16) Congreso de Colombia Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación.

Ley 54 de 1990 (diciembre 28) Congreso de Colombia. Diario Oficial No. 39.615 del 31 de diciembre de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

Ley 82 de 1993 (noviembre 3) Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial 41.101. “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”

Ley 115 de 1994 (Febrero 8). Congreso de la República de Colombia. Por la cual se expide la Ley General de Educación.

Decreto 1860 de 1994 (agosto 3) Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial No 41.473, del 5 de agosto de 1994 Ministerio de Educación Nacional. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 115 de 1994, en los aspectos pedagógicos y organizativos generales. Decreto 1860 de 1994.

Ley 294 de 1996 (Julio 16) Congreso de la República de Colombia. Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 652 de 2001, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 4799 de 2011. Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

Ley 575 de 2000 (febrero 9) Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial No. 43.889, de 11 de febrero de 2000. Por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996

Ley 599 de 2000 (julio 24) Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial No 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se expide el Código Penal.

Ley 721 de 2001 (diciembre 24) Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial No 44.661, de 29 de diciembre de 2001. Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968.

Ley 979 de 2005 (julio 26) Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial No. 45.982 de 27 de julio de 2005 Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

Ley 1257 de 2008 (diciembre 4) Congreso de la República de Colombia. Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.

Ley 1361 de 2009 (diciembre 3) Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial No. 47.552 de 3 de diciembre de 2009. Por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia.

Ley Estatutaria 1618 de 2013 (febrero 27) Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial No. 48.717 de febrero 27 de 2013 por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Ley 1857 de 2017 (Julio 26). Congreso de la República de Colombia. Por medio de la cual se modifica la ley 1361 de 2009 para adicionar y complementar las medidas de protección de la familia y se dictan otras disposiciones.

López del Carril, J. (1968). El derecho de familia en la problemática contemporánea. Buenos Aires, Argentina: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.

Martínez-Muñoz, K. X., y Rodríguez-Yong, C. A. (2020). La familia de crianza: Una mirada comparada entre estados unidos y colombia. *Revista De Derecho Privado (Universidad Externado De Colombia. Departamento De Derecho Civil)*, 39(39), 85-107. DOI <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.05>

Medina, J. E. (2018). Derecho Civil Derecho de familia. Bogotá, Colombia: Editorial

Universidad del Rosario.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

Parra Benítez, J. (1996). El carácter constitucional del derecho de familia en Colombia. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, (97), 34-53.

Recuperado a partir de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4299>

Parra, J. (2018). *Derecho de familia*. Segunda Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Pérez, L. B. (febrero de 2020). Las nuevas construcciones familiares en la sucesión abintestato, en pos de superar trazos hematológicos. En E. Llamas (Presidencia), *Los nuevos retos del derecho de familia*. Conferencia llevada a cabo en el I Congreso Internacional de jóvenes civilistas, Salamanca, España.

Pino, Y. (2016). Una lectura contemporánea al libro de “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”. *Revista Kavilando*, 8 (1), 87-91. Disponible en <https://kavilando.org/revista/index.php/kavilando/article/view/167>

Sottomayor, C. (2021). *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*. Coimbra, Portugal: Editorial Almedina.

Uribe Díaz, P. I (2010). Los hogares unipersonales: nueva tendencia en la estructura familiar. *Tend. Retos*, 15, 57-68.

Venegas, M. y Lozano Martín, A. (2017). Cambio social y cambio en los modelos de familia: trabajar por la igualdad. En D. Becerril y M. Venegas (Ed.), *La custodia compartida en España* (pp. 25-43) Madrid, España: Dykinson S. L.



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>