



FAMILIAS LGBT:
iguales derechos, igual protección

Mauricio Noguera

Diana Esther Guzmán

NÚMERO

10

DOCUMENTOS
DE **DISCUSIÓN**

DOCUMENTOS DE DISCUSIÓN N° 10

Familias LGBT:

iguales derechos, igual protección

Mauricio Noguera, Diana Esther Guzmán

ISBN: 978-958-978-958-57338-0-0

* **Mauricio Noguera:** Investigador Asistente de DeJuSticia y miembro del Comité Legal de Colombia Diversa.

Diana Esther Guzmán: Investigadora de DeJuSticia y profesora de la Universidad del Rosario.

Revisado por Rodrigo Uprimny Yepes, Director de DeJuSticia, a quien agradecemos todos sus valiosos aportes para la realización de este documento.

Contenido

5	Introducción
7	El camino hacia el reconocimiento de las familias LGBT: de derechos de parejas a derechos como familias
8	El reconocimiento progresivo de los derechos de las parejas del mismo sexo
12	La jurisprudencia que venía ampliando el concepto tradicional de familia
13	El paso final: el reconocimiento constitucional de las familias LGBT
15	Consecuencias del reconocimiento de las familias LGBT
15	Familias diversas por su conformación u origen
19	Familias diversas por sus integrantes
21	¿Cómo avanzar en la protección efectiva de las familias LGBT y en la garantía plena de sus derechos?
22	Protección integral e incluyente de las familias diversas
24	Recomendaciones específicas a las autoridades encargadas de proteger también a las familias diversas
27	Referencias

Introducción

En los últimos años se ha dado en Colombia una transformación importante del marco constitucional y legal que reconoce y protege los derechos de las personas con una identidad de género y orientación sexual diversa. Así, por ejemplo, de la mano de la jurisprudencia constitucional se ha reconocido que la orientación sexual homosexual es tan legítima como la heterosexual, y que por tanto requiere de la misma protección, sin discriminación alguna. También se ha reconocido que las parejas del mismo sexo tienen derechos y deben ser protegidas por el Estado.

Pero tal vez uno de los avances más recientes y relevantes tiene que ver con el concepto mismo de familia. Aunque la idea de “familias diversas” se ha generalizado en nuestro país, incluso en el ámbito de las políticas públicas, solo hasta hace muy poco se ha empezado a reconocer que para todos los efectos legales y constitucionales las uniones de personas del mismo sexo y los núcleos de personas con una identidad de género u orientación sexual diversa constituyen familias. En efecto, solo desde el año 2011, en particular con la sentencia de la Corte Constitucional que analiza el matrimonio igualitario,¹ se empieza a reconocer en el país que en el marco de la diversidad que ampara la Constitución de 1991, las familias de lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas —LGBT— tienen los mismos derechos y deberes, y deben ser protegidas por el Estado de manera inmediata.

Este reconocimiento, aunque tardío, tiene implicaciones prácticas y legales fundamentales. En el plano jurídico, por ejemplo, aclara definitivamente que los derechos de las parejas del mismo sexo van más allá de los derechos patrimoniales que les han sido reconocidos, y permite una mejor aplicación de los mecanismos de protección de la familia y de sus miembros a los núcleos familiares conformados por personas LGBT. Además, de la mano de lo anterior, ofrece mejores garantías para las personas que hacen parte de estas familias.

A pesar del avance que representa, la transformación que se ha dado en el concepto de familia y sus implicaciones jurídicas son todavía poco conocidas, y seguramente su aplicación puede enfrentar múltiples dificultades. Este documento pretende entonces aportar en la comprensión de la transformación que se ha dado con el reconocimiento de las familias LGBT, así como en la identificación de sus principales implicaciones, con el fin de avanzar en una adecuada implementación de dicho reconocimiento.

Para esto, el documento se ha organizado en tres partes. La primera ofrece un recuento de los principales antecedentes en relación con el reconocimiento de las familias LGBT. Para esto, hace especial énfasis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de derechos de las

¹ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

parejas del mismo sexo, y en relación con el concepto de familia, en particular a partir de la interpretación del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia. Asimismo, explica brevemente el punto clave de esta evolución, que es la decisión de la Corte Constitucional del año 2011, en la que, al analizar el tema del matrimonio igualitario, reconoce a las personas LGBT como familias de pleno derecho.

La segunda explica las implicaciones que tendría el concepto de familia diversa LGBT adoptado de manera definitiva en la decisión señalada. Para esto se utilizarán dos subcategorías, las familias diversas denominadas así por su origen o conformación, y las así denominadas por la autoidentificación de sus integrantes. Finalmente, la tercera parte incluye algunas recomendaciones para las entidades encargadas de proteger los derechos de las familias, con el fin de que se avance en la garantía integral de derechos de las familias LGBT, de acuerdo con los estándares constitucionales desarrollados por vía jurisprudencial en la materia.

EL CAMINO HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LAS FAMILIAS LGBT: DE DERECHOS DE PAREJAS A DERECHOS COMO FAMILIAS

Con la sentencia C-577 de 2011 la Corte Constitucional reconoció en Colombia, de manera expresa, que las uniones LGBT constituyen una familia y, como tal, tienen derechos y responsabilidades cuyo cumplimiento debe ser garantizado por el Estado.² La Corte analizó si el matrimonio es una institución reservada para las parejas heterosexuales, llegando a la conclusión de que hasta ahora las parejas homosexuales han enfrentado un déficit de protección de sus derechos y que, por tanto, se requería regular la materia reconociendo que tienen derecho a unir sus vidas de manera voluntaria y a recibir protección como parejas y como familias.

Esta es una decisión histórica, no solamente por sus implicaciones frente al matrimonio igualitario en el país, sino porque por primera vez la Corte reconoce que las personas LGBT tienen también el derecho a conformar una familia. Hasta ese momento, la jurisprudencia constitucional en materia de derechos de parejas del mismo sexo, en virtud de una interpretación literal restrictiva del artículo 42 de la Constitución colombiana, sostenía que el concepto de familia protegido constitucionalmente se refería a un modelo único, constituido por una pareja heterosexual y monogámica. Con la decisión de 2011 sobre matrimonio igualitario, la Corte reconoció, como lo venía haciendo en otras de sus decisiones, que la familia es un concepto amplio que admite diferentes modelos y que no se basa exclusivamente en los vínculos biológicos, ni en la heterosexualidad.

La decisión señalada constituye un paso más en el camino del reconocimiento de derechos de la población LGBT, que ha implicado pasar de la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo, a la protección de los derechos de las familias LGBT.

A continuación identificamos y presentamos brevemente los antecedentes jurisprudenciales de esta decisión histórica para describir, posteriormente, la decisión misma. En cuanto a los antecedentes, resaltamos que tienen dos componentes fundamentales. Por una parte, la jurisprudencia que de manera progresiva fue reconociendo que las parejas del mismo sexo tienen derechos; por la otra, la jurisprudencia en la que la Corte va ampliando su interpretación del artículo 42 de la Constitución Política, en el que se define el derecho a la familia. Como se mostrará en este apartado, aunque estos dos desarrollos jurisprudenciales avanzaron de manera paralela y casi autónoma, al final fueron integrados y derivaron en la decisión del 2011 en la que se reconoce la diversidad de las familias en el país.

² Al momento de terminar este documento aún no había sido público el texto de la sentencia.

En cuanto a la decisión, resaltamos especialmente los elementos que hacen referencia al concepto de familia, sin entrar a analizar de manera detallada sus implicaciones en materia de matrimonio. Aunque el problema jurídico que aborda la decisión se refiere a esta última institución, para efectos de este documento nos centramos en la definición de familia por implicar un reconocimiento clave que tiene consecuencias esenciales y diversas. Al respecto, resaltamos esta transformación como el resultado de una interpretación sistemática de la Constitución, así como otros factores, tales como la incidencia política, social y cultural que ha realizado el movimiento LGBTI (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneristas e Intersexuales) ante diversas instancias para el reconocimiento progresivo de sus derechos y la transformación del concepto de familia constitucionalmente protegida.

El reconocimiento progresivo de los derechos de las parejas del mismo sexo

Un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia permite identificar tres periodos de desarrollo en los que se expresan tendencias diferentes. El primero (1994-2000) puede ser caracterizado como un periodo de avances en la protección de la orientación sexual diversa. Un segundo periodo (2000-2007) de estancamiento en el reconocimiento de derechos. Finalmente, el tercer periodo (2007- 2011) puede ser caracterizado como de reconocimiento progresivo de derechos a las parejas LGBT.³

En el primer periodo (1994 a 2000) la Corte desarrolló una jurisprudencia consistente, encaminada a reconocer, de forma progresista y progresiva, que la orientación sexual homosexual y la identidad de género diversa constituyen opciones legítimas que deben ser protegidas por el Estado. En consecuencia, reconoció que las personas LGBT tienen derechos que deben ser garantizados de manera integral.

Durante el segundo periodo en mención (2000 a 2007), la Corte empezó a resolver casos en los que se reclamaban derechos de parejas, y ya no solo de individuos. A pesar de que durante este periodo la Corte siguió desarrollando su jurisprudencia progresista en materia de derechos LGBT individuales, no reconoció derechos a las parejas del mismo sexo. Este contraste fundamentaría la jurisprudencia posterior en materia de reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo.

La primera decisión de la Corte Constitucional sobre parejas —la cual marcaría la tendencia de este segundo periodo— negó el reconocimiento de sus derechos. En el año de 1996, tras una demanda de constitucionalidad interpuesta por el abogado Germán Humberto Rincón Perfetti en contra de la Ley 54 de 1990, la Corte desarrollaría dos ideas fundamentales que orientarían la interpretación del concepto de familia frente a las parejas del mismo sexo hasta el año 2007.

En primer lugar, la Corte Constitucional insistió en que la orientación sexual homosexual constituye una concepción válida y legítima de la persona humana. No obstante, la Corte admitió que no resulta contrario a la Constitución el que la Ley no otorgue derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo. Para llegar a esta conclusión la Corte consideró que la no inclusión de las parejas homosexuales en las normas que protegen los derechos de las parejas no constituye en sí misma una forma de discriminación o una práctica lesiva del derecho a la igualdad, pues

³ Véase Guzmán y Uprimny (2010).

existen realidades fácticas que marcan diferencias relevantes entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, por lo cual es válido que se les brinde una protección legal diferenciada.⁴ Esta interpretación, que orientó la jurisprudencia de este periodo, se tradujo en la denegación de derechos tales como pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo⁵ y afiliación en salud como beneficiario de la misma.⁶

En segundo lugar, la jurisprudencia de este periodo asume que las parejas del mismo sexo no constituyen familia. La Corte Constitucional, particularmente en la sentencia de 2001 que estudió la adopción por parte de estas parejas, es enfática al señalar que no constituyen familia “dada la naturaleza heterosexual y monogámica de la misma”.⁷ Con esto, la Corte asume que otros derechos asociados con la familia no son asimilables para las parejas homosexuales.

En suma, se trata de una jurisprudencia que asume que: i) las personas LGBT tienen derechos como individuos; ii) el hecho de que las normas que reconocen derechos y establecen mecanismos de protección no incluyan a las parejas del mismo sexo no resulta discriminatorio; y iii) el concepto de familia es heterosexual y monogámico, al que no se ajustan las parejas homosexuales ya que viven realidades muy diferentes.

Durante el segundo periodo (2007 a 2011) la jurisprudencia constitucional sufrió importantes transformaciones frente a las parejas del mismo sexo, pues se empieza a reconocer que son titulares de derechos. Este reconocimiento progresivo de derechos empezaría con los patrimoniales,⁸ pero no se limitaría a ellos, pues posteriormente llevaría al reconocimiento de derechos familiares, aunque todavía sin reconocer explícitamente a las uniones LGBT como familias.⁹

El reconocimiento progresivo de derechos patrimoniales en cabeza de las parejas del mismo sexo empieza en el año 2007, en virtud de la sentencia C-075. En dicha decisión, la Corte Constitucional establece que la Ley 54 de 1990 también incluye a las parejas homosexuales. En consecuencia, pueden conformar uniones maritales de hecho, cuando cumplan con los requisitos exigidos por la ley y, cuando ello ocurra, podrán gozar de la misma protección patrimonial que se les brinda a las parejas heterosexuales. A pesar de ciertas dificultades iniciales de algunos notarios para el registro de las declaraciones de uniones entre parejas del mismo sexo, la expedición de una circular de la Superintendencia de Notariado y Registro ordenándolos,¹⁰ así como una instrucción posterior para llevar a cabo el registro del número de uniones realizadas¹¹ han fortalecido el impacto de la sentencia de la Corte Constitucional.

⁴ “Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su ‘protección integral’ y, en especial, que ‘la mujer y el hombre’ tengan iguales derechos y deberes (CP, arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales”. Corte Constitucional, sentencia C-098 de 1996.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-349 de 2006.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-999 de 2000.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-814 de 2001.

⁸ Para mayor información consultar Bonilla (2008) y Albarracín y Noguera (2008).

⁹ Para mayor información consultar Azuero y Albarracín (2011) y Noguera (2011).

¹⁰ Para mayor información ver la Instrucción Administrativa núm. 10 del 14 de septiembre de 2007 de la Superintendencia de Notariado y Registro.

¹¹ Para mayor información ver la circular núm. 16 de 2009 de la Superintendencia de Notariado y Registro: <http://>

Desde el año 2007, entonces, la jurisprudencia de la Corte empieza a considerar que la protección de la opción sexual diversa debe incluir la posibilidad del individuo de construir un proyecto de vida junto a otra persona. Esta interpretación se fundamenta en el respeto a la dignidad del individuo homosexual y en la igualdad en la protección de derechos, razón por la cual son reconocidas unas garantías mínimas de protección patrimonial en relación con un mínimo vital, en concordancia con el derecho a la libre asociación. Así, de acuerdo con la jurisprudencia de ese periodo, las parejas del mismo sexo debían ser protegidas constitucional y legalmente, con las mismas consecuencias patrimoniales que las parejas heterosexuales.

Sin embargo, el origen del reconocimiento de derechos que se hace durante ese periodo no es el artículo 42 de la Constitución —que consagra el derecho a la familia—, sino protecciones análogas fundamentadas en otros derechos constitucionales. A pesar de que esto implicaba mantener la lógica de la jurisprudencia del periodo anterior, en cuanto se seguían justificando las diferencias de trato entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo, la nueva interpretación traería consecuencias jurídicas importantes, como el reconocimiento de unos derechos específicos (patrimoniales) que hasta entonces se habían reconocido únicamente para las parejas heterosexuales.

Tras la expedición de la sentencia que reconoció los derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, se abrió el camino para el reconocimiento de otros derechos asociados a la garantía y protección mínima que, independientemente del sexo o de la identidad de género¹² de quienes conformaran la unión marital de hecho, debía ser otorgada. En particular, la Corte agregó dos nuevos derechos al listado de protecciones constitucionales que debían otorgarse a las parejas del mismo sexo: la salud¹³ y la seguridad social¹⁴ (traducida esta última en el reconocimiento al derecho a la pensión de sobrevivientes). A pesar del avance en el reconocimiento de derechos, durante este periodo la Corte sigue sin reconocer que las parejas del mismo sexo constituyen familia.¹⁵

Hasta este momento de la evolución jurisprudencial, la Corte Constitucional había logrado establecer en sus fallos una clara diferencia entre los derechos de las parejas del mismo sexo y los derechos de las parejas heterosexuales. Para las primeras se trataba de un conjunto de derechos que, interconectados entre sí, les brindaban cierta protección, sin que fueran derechos asociados a la noción de familia protegida en el artículo 42 de la Constitución. Sin embargo, una nueva demanda de constitucionalidad lograría impactar en las divisiones que hasta la fecha había construido la Corte y que cada vez hacían más tenue la diferencia entre una unión marital de hecho conformada por una pareja del mismo sexo, que no constituía familia, y una unión marital de hecho conformada por una pareja heterosexual, que sí la constituía.

www.supernotariado.gov.co/supernotariado/images/smilies/circular%20116%20de%202009.pdf. [Consultado el 14 de enero de 2011].

¹² El criterio de identidad de género es irrelevante también para la conformación de uniones maritales de hecho, por lo que las personas transgénero también pueden acceder a estas uniones, ya que independientemente de su construcción identitaria seguirán estando registrados/as como hombres o mujeres en sus documentos de identidad. Pueden acceder a la unión marital de hecho como pareja del mismo sexo o como pareja heterosexual.

Para mayor información ver la pestaña “Trans... !Como cualquier pareja! en www.comohacemos.com

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-521 de 2007.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-336 de 2008.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007.

La demanda contra los artículos del Código Penal colombiano que establecían la obligación alimentaria entre quienes conformaban la unión marital de hecho, que de ser incumplida por una de las partes incurriría en el delito de inasistencia alimentaria, generaría una primera aproximación a la noción de familia diversa LGBTI. El derecho de alimentos surge del apoyo y la solidaridad mutua que debe existir entre una familia. A pesar de que la Corte Constitucional asoció estos principios al apoyo recíproco que se debe proporcionar una pareja, sea heterosexual o del mismo sexo, la consecuencia inevitable de esta sentencia fue la asociación de los derechos, e incluso también sus obligaciones, con aquellos protegidos por el derecho de familia. Aunque en el texto de la sentencia no se hace ninguna referencia al respecto, ello se evidencia en la controversia que se suscitó con los salvamentos de voto, ya que mientras algunos magistrados alegaron lo limitado del texto final, por no hacer referencia expresa a un concepto de familia que incluyera a las parejas del mismo sexo,¹⁶ otro sector de magistrados expresó su inconformidad, ya que la naturaleza de estos derechos y obligaciones deviene de un concepto de familia.¹⁷

Este reconocimiento de derechos, cada vez más amplio, permitió que se empezara a superar la idea de que las parejas del mismo sexo tenían exclusivamente derechos patrimoniales. Esta tendencia a ampliar el tipo de derechos reconocidos a las parejas homosexuales se consolidaría en forma definitiva con la sentencia C-029 de 2009. Con más de 50 normas demandadas, y haciendo referencia a derechos diversos (reconocidos en normas civiles, penales, administrativas, relacionadas con el conflicto armado, regímenes especiales de las fuerzas militares y de la policía nacional, normas relativas a la residencia y nacionalidad colombiana, así como al derecho de familia), la Corte Constitucional equiparó los derechos de las parejas del mismo sexo con los de las parejas heterosexuales, excluyendo dos temas clave que incluso no fueron demandados, y para los cuales la Corte no consideró pertinente la unidad normativa: el concepto de familia y la adopción de niños.

Nuevamente, el estudio de constitucionalidad se centró en los derechos de las parejas del mismo sexo, pues este era el objetivo mismo de la demanda; sin embargo, parecía inevitable que la Corte se pronunciara sobre la noción de familia protegida constitucionalmente, pues algunas de las normas demandadas se referían a subsidios de familia, protección a los bienes familiares, protección contra la violencia intrafamiliar y acceso de la familia a ciertos derechos y garantías. Desde luego, la interpretación se enfocó en la inclusión de las parejas del mismo sexo, pero esta sentencia tuvo un impacto directo sobre las normas de familia. Por esta razón, desde esta sentencia, las parejas del mismo sexo tendrían derechos de familia, sin ser reconocidas formalmente como tal.

Aún no se ha realizado un estudio exhaustivo sobre el nivel de impacto que tuvo esta sentencia en el imaginario de los funcionarios públicos, de la sociedad en general y de los mismos beneficiarios de estos derechos (las parejas del mismo sexo), pero lo cierto es que al menos en lo

¹⁶ “Me permito reiterar que la única forma de familia no es solo la que surge del matrimonio y que las parejas de homosexuales conforman una familia a la cual debe reconocérsele todos los derechos sin excepción ni restricción ninguna”. Salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería a la sentencia C-811 de 2007.

¹⁷ “La ratio legis de la obligación alimentaria es la protección a la familia, no cabe señalar que, en relación con ese propósito las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales estuviesen en igualdad de condiciones, porque este último tipo de pareja no encaja en el concepto de familia”. Salvamento de voto de los magistrados Nilson Pinilla y Rodrigo Escobar Gil a la sentencia C-811 de 2007.

jurídico los derechos de estas parejas quedarían integrados al derecho de familia tradicional. Esto, a pesar de que la fuente de interpretación no fuera el artículo 42 de la Constitución, como en el caso de las parejas heterosexuales. A pesar de estos avances, las parejas del mismo sexo seguían sin ser reconocidas explícita y formalmente como familia.

En conclusión, el reconocimiento de los derechos de parejas del mismo sexo se inició en el año 2007, primero con derechos patrimoniales y posteriormente con aquellos asociados al derecho de familia. Sin embargo, esta protección tuvo siempre como límite la interpretación del artículo 42 de la Constitución colombiana, en virtud del cual la Corte Constitucional asumía en esta jurisprudencia que las parejas del mismo sexo no constituyen familia.

La jurisprudencia que venía ampliando el concepto tradicional de familia

Mientras que la Corte seguía sin reconocer que las parejas del mismo sexo eran familia, considerando que la única constitucionalmente protegida es la heterosexual monogámica, paralelamente venía desarrollando una jurisprudencia que ampliaba este concepto. En particular, la Corte venía reconociendo que la familia que merece protección legal y constitucional no solo es la conformada por parejas, ni solo la constituida por vínculos biológicos.

Así, en primer lugar, la Corte había ya reconocido, desde sus primeros pronunciamientos, que las familias biológicas monoparentales deben recibir una protección legal igual a la de las familias constituidas a partir de parejas. Se trata de la protección que deben recibir los grupos familiares que pueden conformarse por una madre o un padre, que tienen personas a su cargo, ya sean hijos, hermanos, personas en situación de discapacidad o de la tercera edad. El reconocimiento de la existencia de estas familias ha sido reiterativo en la legislación¹⁸ y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En esta última se destaca, por ejemplo, la sentencia C-184 de 2003, en la que se considera que resulta ajustado a la Constitución que se brinde una protección especial a las familias conformadas por mujeres “cabeza de familia”, por cuanto por esta vía

se pretende apoyar a la mujer a soportar la pesada carga que por razones sociales, culturales e históricas han tenido que asumir, abriéndoles oportunidades en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal y garantizándoles acceso a ciertos recursos escasos, al tiempo que se busca preservar condiciones dignas de vida a los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a cargo de ella.¹⁹

Este reconocimiento ha permitido también que grupos familiares que tuvieron su origen en la pareja “heterosexual y monogámica” puedan dividirse y conformar familias diferentes, en la medida en que son monoparentales, que deben recibir la misma protección constitucional.

En segundo lugar, la Corte había garantizado también los derechos de las familias monoparentales adoptivas. En efecto, había reconocido la existencia de familias conformadas desde su inicio con un solo padre o madre que decidía, mediante la adopción, asumir la responsabilidad de criar a niños o niñas que pasaban a ser sus hijos. A diferencia de algunas familias biológicas

¹⁸ Entre otras normas se encuentra la Ley 82 de 1993, “por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-184 de 2003.

monoparentales, en la conformación de estas nunca existió una intención de conformar un hogar en pareja. Las adopciones individuales son el caso patente de ello. La Corte ha destacado que aun un solo padre o madre adoptante constituyen una familia ideal para niños y niñas susceptibles de ser adoptados.²⁰

Finalmente, la Corte había reconocido también que las familias de crianza, sin vínculos biológicos, debían recibir protección constitucional y legal. Esta tercera forma de familia, que no se encontraba tampoco expresamente estipulada en el artículo 42 de la Constitución, ha sido protegida por la Corte en repetidas ocasiones.²¹ Se trata de aquella conformada por padres que han criado niños/as sin tener ningún tipo de vínculo biológico. La Corte, tras conocer situaciones en las que personas adultas han prodigado cuidado y afecto a niños/as abandonados a los que han reconocido como sus hijos/as, les ha dado plena validez jurídica como familia, incluso por encima de sus familias biológicas, como ocurrió en 1994, en la sentencia T-278. En dicha ocasión la Corte manifestó que:

No solo sería injusto sino además absurdo, que se ordenara a la menor regresar al lado de una persona, que se dice su madre, por el solo hecho de haberla traído al mundo, pero que por lo demás es un ser desconocido y lejano para la niña. Y es que debe enfatizar la Corte, madre no es solo quien da a luz o trae al mundo un hijo, sino fundamentalmente, quien le inculca los principios y valores esenciales para su vida, y le ofrece el amor, el cuidado y la protección que requiere para lograr su desarrollo armónico y equilibrado.²²

El contraste parece entonces claro. Mientras que frente al análisis de los derechos de las parejas del mismo sexo la Corte insistía en que la única familia protegida constitucionalmente era la heterosexual monogámica, reconocía jurisprudencialmente que grupos familiares diversos a aquellos merecían igual protección constitucional. Estos desarrollos, aunque en un principio se dieron de manera paralela y autónoma a la jurisprudencia en materia de parejas del mismo sexo, terminaron por ser determinantes para que en el año 2011 se reconociera que las personas LGBT también constituyen familias.

El paso final: el reconocimiento constitucional de las familias LGBT

Tras el progresivo reconocimiento de derechos que se había iniciado a partir de 2007, y los logros subsecuentes que había alcanzado el movimiento LGBTI, así como ante una perspectiva mucho más progresista y garantista que se estaba dando en Colombia al igual que en Latinoamérica, especialmente en Argentina y México, se interpusieron dos demandas encaminadas a buscar el reconocimiento pleno de derechos para las parejas del mismo sexo en los años 2009 y 2010.

En el año de 2009,²³ Luis Eduardo Montoya interpuso una nueva demanda similar a la que había interpuesto en el año de 2001,²⁴ buscando el reconocimiento del derecho a la adopción para las parejas del mismo sexo. En el año de 2001 la respuesta de la Corte Constitucional había

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-090 de 2007. Asimismo, el numeral 1° del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y de la Adolescencia, reconoce este tipos de familias.

²¹ Corte Constitucional, sentencias T-217 de 1994 y T-292 de 2004.

²² Corte Constitucional, sentencia T-278 de 1994.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2009.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-814 de 2001.

sido contundente, negando dicha posibilidad. Asimismo, negó la viabilidad jurídica de que estas pudieran ser vistas como familias, de acuerdo con el artículo 42 de la Constitución. Este pronunciamiento cerraría la posibilidad de una interpretación legal diferente durante los próximos años. Para el año de 2009, con la nueva demanda, la Corte, a pesar de múltiples intervenciones y la movilización ciudadana aduciendo la pertinencia de pronunciarse en relación con la posibilidad de la adopción por parte de las parejas del mismo sexo, emitió un fallo inhibitorio en el que no se pronunció, argumentando la ineptitud sustantiva de la demanda.²⁵

Tras estas decisiones inhibitorias, a finales de 2010, y después de conocer la naturaleza de estos fallos, Felipe Montoya y Jaime Berdugo interpusieron una demanda por el reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio.²⁶ Era claro que había dos temas fundamentales que debería abordar la Corte Constitucional: el concepto de familia, pues esta discusión resultaba inaplazable tras el progresivo reconocimiento de derechos; y el derecho al matrimonio, en la medida en que los derechos reconocidos en relación con la unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo podían ser considerados un mínimo en protección, mas no una protección plena que garantizara efectivamente los derechos de dichas parejas.

En julio de 2011, la Corte Constitucional finalmente se pronunció de fondo sobre el matrimonio igualitario en el país, tras la demanda interpuesta conjuntamente por Colombia Diversa, DeJuSticia y abogados constitucionalistas. En dicha decisión,²⁷ la Corte consideró pertinente partir de un análisis del artículo 42 de la Constitución, pues sin duda, el concepto de matrimonio, que era el objeto de discusión de la demanda, remitía ineludiblemente al de familia. Al respecto, la Corte señala algunas características de la familia. En particular sostuvo que se trata de una “institución anterior al Estado y de raigambre sociológica”, fundada en el pluralismo²⁸ y en los principios del Estado social de derecho, por lo cual se opone a la definición de un modelo único de familia.

En este sentido, la configuración de la familia por vía del matrimonio entre personas de distinto sexo solo constituye una de las posibles formas de conformación. Con esto, la Corte reconoció

²⁵ “La Corte Constitucional concluye que las demandas no cumplieron a cabalidad con las condiciones y los requisitos que se exigen —claridad, pertinencia y suficiencia— para poder entrar a un examen de fondo de los cargos planteados y de esta manera emitir un fallo de mérito sobre la constitucionalidad de los contenidos normativos demandados del artículo 113 del Código Civil y del artículo 2º de la Ley 294 de 1996”. Corte Constitucional, sentencia C-886 de 2010.

²⁶ Fueron interpuestas dos demandas, una de ellas fue presentada conjuntamente por Colombia Diversa y DeJusticia.

²⁷ Para este documento se retomó el comunicado de prensa en el que se comunica la decisión, pues el texto total de la sentencia no ha sido publicado y, en todo caso, es el documento en el que se recogen los aspectos principales de la decisión: comunicado núm. 30 del 26 de julio de 2011. Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011. La relevancia del comunicado de prensa de la Corte Constitucional radica en que a pesar de que este no es equiparable a la sentencia misma, de acuerdo con el Auto 315 de 2009, entre otros, sí tiene relevancia constitucional en la medida en que los comunicados informan el sentido del fallo, y “las sentencias de constitucionalidad producen efectos desde el día siguiente a su adopción, siempre y cuando sean debidamente comunicadas por los medios ordinarios adoptados por esta Corporación”, como ese estableció en sentencia C-973 de 2004.

²⁸ “[...] conviene precisar que el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 2009.

explícitamente la diversidad en la estructura de la familia y sostuvo que resulta injustificable constitucionalmente la negación del reconocimiento de la familia LGBT. Al respecto señaló:

se opone a la pluralidad de familias distintas de la heterosexual que, incluso, han hallado protección en sede de tutela, así como a la evolución del concepto de familia y a su carácter maleable, lo que llevó a considerar la variación de la interpretación tradicional del artículo 42 superior, para que responda de mejor modo a la realidad actual.

Para la Corte, no existen razones jurídicamente atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre personas heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo. A su juicio, la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, pues hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquier otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituye familia.²⁹

Esta decisión implica entonces una transformación en la concepción de la familia que se había manejado en el ámbito constitucional colombiano, pues adopta un concepto de la misma que supera la definición estática, tradicionalmente aceptada, que impone un modelo único. Además, implica un paso más en la evolución de la protección de las parejas del mismo sexo y, en general, de las personas LGBT. De tal forma, las parejas del mismo sexo pasan de tener unos cuantos derechos dispersos en la jurisprudencia colombiana, a ser catalogadas como familia, con las consecuencias que ello tiene.

CONSECUENCIAS DEL RECONOCIMIENTO DE LAS FAMILIAS LGBT

A continuación desarrollamos algunas de las principales consecuencias jurídicas que tendría el reconocimiento de las familias LGBT. Con el fin de organizar la exposición, presentamos dichas consecuencias tomando en cuenta que habría al menos dos tipos de familias diversas LGBT. En primer lugar, aquellas en cuya conformación u origen concurre una pareja del mismo sexo o una persona LGBT. En segundo lugar, se planteará el concepto de familias diversas también en función de sus integrantes. Se trata de grupos familiares que, aunque pueden tener un origen heterosexual, son diversos en el sentido de que algunos de sus integrantes se reconocen a sí mismos como LGBT. Esta categorización que no pretende ser única y concluyente, por el contrario, está abierta a la discusión y a la construcción de nuevas categorías que permitan interpretar de mejor forma la amplitud del concepto de familia y de lo que se puede entender por familia diversa.

Familias diversas por su conformación u origen³⁰

Las consecuencias del reconocimiento de que las familias LGBT deben tener protección constitucional, sin discriminación, son múltiples. Para aquellos grupos familiares que tienen origen

²⁹ Comunicado núm. 30 del 26 de julio de 2011. Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

³⁰ Se hace referencia al origen y a la conformación de la familia atendiendo al artículo 42 de la Constitución que señala “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”. Se destacan así tres fuentes de origen de la familia: el matrimonio, la unión marital de hecho y la adopción, que son las situaciones estudiadas en esta sección.

en parejas del mismo sexo o en la decisión de individuos con una orientación sexual u identidad de género diversas, implica que tienen derecho, al menos, a: i) a formalizar su conformación mediante diferentes vínculos; ii) recibir protección integral como familia, incluida la protección que debe brindarse a los miembros que sean víctimas de violencia, y otras garantías penales; iii) llevar una vida familiar que incluya el ejercicio de la paternidad/maternidad, bien sea por vínculos biológicos o por adopción.

Formalización de la conformación de la familia

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las parejas del mismo sexo que decidan conformar una familia tienen derecho a formalizar su unión con miras a que puedan recibir una mejor protección legal. Así, pueden exigir el reconocimiento legal de su unión mediante la declaración de una unión marital de hecho, con las consecuencias que ello tiene en materia de derechos patrimoniales y familiares.

Además, está abierta la posibilidad para que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio. En efecto, en la decisión de 2011, aunque la Corte estableció que es el Congreso de la República el que debe desarrollar la ley que regule el tema del matrimonio igualitario, y le dio para tal fin un periodo de dos años que se cumplen en julio de 2013, en caso de no darse tal regulación se entendería que habrá una extensión automática del matrimonio heterosexual para las parejas del mismo sexo. En todo caso, lo que queda claro es que les ha sido reconocido a estas parejas el derecho a tener una protección constitucional y legal equivalente a la del matrimonio, que no sea discriminatoria.

Protección integral en el ámbito familiar

La sentencia C-029 de 2009 estudió algunas leyes que previenen y sancionan la violencia intrafamiliar entre las parejas del mismo sexo, como “la ley para la prevención, erradicación y sanción de la violencia intrafamiliar”,³¹ al igual que la tipificación penal de dicha forma de violencia³² y la comisión de ciertos delitos que afectan a la familia directamente, como la malversación y dilapidación de bienes familiares.³³ Estos delitos en particular pueden ser conocidos por comisarías de familia, que deberían apoyar la aplicabilidad de estas normas, así como en el caso de delitos de dilapidación, por jueces de familia o comisarías para proteger el patrimonio familiar. De igual forma, la sentencia estableció que en situaciones de violencia contra la pareja, la mayor punibilidad que recae sobre el agresor debe también operar en casos de violencia al interior de las parejas del mismo sexo. Además, indicó que en delitos como homicidio, secuestro extorsivo, tráfico de migrantes, trata de personas, tortura y extorsión, en los que se aplica una mayor pena cuando son perpetrados por el compañero o compañera, también deben entenderse incluidas las parejas del mismo sexo.³⁴ Además, en el ámbito penal se contemplaron algunas garantías procesales a

³¹ Artículo 2 de la Ley 294 de 1996.

³² Artículo 229 del Código Penal.

³³ Artículo 236 del Código Penal.

³⁴ Ver al respecto los artículos 34, 104 numeral 1, 170 numeral 4, 179 numerales 1 y 4, 188 b numeral 3, 233, 245 numeral 1, 454 A del Código Penal.

las parejas del mismo sexo, como la exclusión al deber de declarar en contra del compañero o compañera permanente.³⁵

Las garantías para las parejas del mismo sexo, en tanto familia, no se reducen únicamente a la protección frente a la violencia y a ser titulares de ciertas garantías penales. El reconocimiento de otros derechos como la protección de los bienes afectados como vivienda familiar,³⁶ la constitución de patrimonio de familia no embargable,³⁷ o la posibilidad de adquirir subsidio familiar³⁸ y subsidios de vivienda familiar,³⁹ quedaron plenamente garantizados para estas familias.

El derecho a ejercer la paternidad/maternidad

La evolución de la jurisprudencia en materia de familias diversas ha permitido ir aclarando que las personas con identidad de género u orientación sexual diversa tienen derecho a la paternidad y que los derechos de los padres y madres LGBT no podrían limitarse únicamente en razón de su orientación sexual e identidad de género. Esto se predica tanto en los casos en los que el vínculo entre padres e hijos es biológico, como en el caso de la adopción.

En efecto, la idoneidad paterna en Colombia no puede ser puesta en duda, ni limitada, en razón de la orientación sexual o identidad de género del padre o la madre. Por ejemplo, si una mujer lesbiana decide tener hijos, su maternidad no puede ser limitada por el hecho de tener una orientación sexual diversa. En este punto resulta relevante resaltar el caso que se debate actualmente en el sistema interamericano de derechos humanos sobre el ejercicio de la maternidad por parte de una mujer con orientación sexual homosexual. En dicho caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) consideró que los derechos a las debidas garantías judiciales, protección de la familia, protección de la vida privada, igualdad y protección judicial habían sido vulnerados a las señora Karen Atala y a sus hijas, debido a que se había limitado su maternidad en razón a su orientación sexual. En este sentido la CIDH, en su informe final del 18 de diciembre de 2009, recomienda a Chile: “reparar integralmente” a Karen Atala por haberse vulnerado su “derecho a vivir libre de discriminación”. De igual forma, se recomienda al Estado chileno “adoptar legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia”.⁴⁰

Además, desde el año de 1995 existe claridad acerca de la posibilidad de que las personas LGBT realicen adopciones individuales, ya que la orientación sexual o la identidad de género no podrían ser criterios para limitar, por sí mismos, la posibilidad de que un individuo ejerza la maternidad/paternidad en virtud de la adopción. Siguiendo el artículo 42 de la Constitución

³⁵ Artículos 8, 282, 303, 385 de la Ley 906 de 2004.

³⁶ Artículos 1 y 12 de la Ley 258 de 1996.

³⁷ Artículo 4 de la Ley 70 de 1931.

³⁸ Artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982.

³⁹ Artículo 7 de la Ley 3 de 1991.

⁴⁰ Ante la falta de respuesta del Estado chileno, actualmente se tramita una demanda interpuesta en su contra por la Comisión ante la Corte IDH. Este caso es ilustrativo en cuanto a la imposibilidad por parte del Estado de limitar la paternidad de una persona en razón a su orientación sexual e identidad de género, no obstante la ocurrencia aún de situaciones discriminatorias análogas realizadas por entidades encargadas de velar por la familia.

Política, el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 dispone que las personas solteras pueden adoptar si satisfacen los requisitos establecidos para tal fin: capacidad, haber cumplido 25 años de edad, tener al menos 15 años más que el adoptable, y garantizar idoneidad física, mental, moral y social suficientes para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Por su parte, en la Resolución 3748 de 2010, que establece el lineamiento técnico para adopciones en Colombia, se desarrollan en detalle los requisitos planteados. En ninguna de estas normas se incluye la orientación sexual como un criterio relevante de análisis o como un impedimento para realizar una adopción.

Igualmente, en la sentencia T-290 de 1995, la Corte se refirió a un caso de adopción individual por parte de una persona homosexual, en la cual esta corporación aclara que la orientación sexual no debe ser un elemento relevante para evaluar la idoneidad del adoptante. Aunque en el caso se negó la adopción al solicitante, que era un hombre homosexual, la decisión del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), que fue aceptada por la Corte, se basó en criterios diferentes a la orientación sexual. La Corte explícitamente dice en el encabezado de la sentencia que al negar la adopción, “la homosexualidad del actor no fue el factor determinante de la decisión del ICBF y, por lo tanto, no se le violó el derecho a la igualdad”. Las razones que tuvo en esa ocasión el ICBF para negar la adopción eran otras, esas sí relevantes, como las precarias condiciones de higiene de la vivienda, el posible abuso del alcohol por el peticionario, los riesgos de seguridad de la zona en donde vivía, etc. Por ello la Corte reiteró en esa sentencia que no hubo violación “del derecho del actor a la igualdad”, pues el ICBF se basó en razones objetivas diferentes a la orientación sexual.⁴¹ Esto muestra entonces que conforme a esa sentencia, si la razón del ICBF para negar la adopción hubiera sido la condición de homosexual del actor, entonces su conducta hubiera sido discriminatoria y violatoria de los derechos fundamentales, tanto de este como de la menor XX, pues la Constitución y la ley prohíben tener en cuenta la orientación sexual como elemento para impedir la adopción de un niño o una niña.

Finalmente, y en relación con este punto, vale la pena resaltar un reciente concepto elaborado por la oficina jurídica del ICBF en el que se respondió a la directora nacional de adopciones la pregunta de si era o no constitucional que se incluyera entre los adoptantes individuales a las personas homosexuales, y si podía ser incluida dentro de los lineamientos técnicos de adopción una pregunta sobre la orientación sexual del adoptante, la oficina jurídica concluyó:

Por las anteriores razones consideramos inviable jurídicamente incluir en el Lineamiento Técnico Administrativo del programa de adopciones la pregunta sobre la orientación sexual a las personas solteras que presenten solicitud de adopción toda vez que va en contravía de la protección constitucional, de que nadie puede ser discriminado por causa de su orientación sexual para cuyo efecto tampoco puede ser interrogado en ese sentido.⁴²

En consecuencia, la conformación de las familias diversas integradas por un padre o madre LGBT adoptante, está plenamente protegida por la jurisprudencia constitucional actual, así como el régimen legal y las regulaciones administrativas en la materia.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia T-290 de 1995.

⁴² Concepto 5926 de 2011 del ICBF. Para ver la totalidad del concepto ingrese a https://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/concepto/concepto_icbf_0005926_2011.html [Consultado el 11 de enero de 2012].

A pesar de estos avances, la adopción conjunta sigue estando en debate. El precedente jurisprudencial al respecto, en particular en virtud de la sentencia C-814 de 2001, niega la posibilidad de que una pareja del mismo sexo adopte conjuntamente. Aunque esta sentencia sigue siendo la relevante en la materia, entre el 2001 y el 2011 se han dado transformaciones jurídicas que permitirían reevaluar las principales tesis que sustentaron para ese momento la exclusión de la posibilidad de adoptar. En particular, en la medida en que en la actualidad se ha reconocido que el concepto de familia incluye a las agrupaciones familiares LGBT, una pareja del mismo sexo en unión marital de hecho cumpliría con los requisitos establecidos en el Código de Infancia y Adolescencia⁴³ para adoptar, y podría brindarle a los niños y las niñas una familia. Además, en lo que respecta al interés superior del menor, la jurisprudencia constitucional ha venido aclarando que la orientación sexual diversa es legítima y que, por tanto, debe ser protegida constitucionalmente. En consecuencia, esta no puede ser asumida, en sí misma, como un riesgo para el interés superior de los menores. La homosexualidad no crea un riesgo cierto, claro e incontrovertible en la salud mental, emocional o psicológica de los niños o las niñas, y no hay evidencia científica que le atribuya la posibilidad de causar un daño o riesgo a la salud y desarrollo de los menores.

Familias diversas por sus integrantes⁴⁴

En este segundo grupo de familias el atributo “diverso” no se deriva del vínculo que dio pie a conformar el hogar, sino de la orientación sexual o identidad de género diversa de quienes integran la familia. Desde luego, bien podría decirse que una familia conformada por una pareja del mismo sexo sería también una familia diversa en razón de sus integrantes, pero lo que se desea resaltar con este segundo grupo es que existen familias que a pesar de ser conformadas por una pareja heterosexual, pueden ser incluidas como familias diversas pues alguno o algunos de sus integrantes se reconocen como LGBT.

En este sentido, lo que se destaca es que la institución de la familia se ha definido como heterosexual pensando principalmente en quienes la fundan, en virtud de alguno de los vínculos vistos en la sección anterior (unión marital de hecho, matrimonio, etc.). Sin embargo, otros integrantes, como los hijos, los abuelos, los hermanos, pueden ser también LGBT e infortunadamente en el derecho de familia no se ha planteado una preocupación real por proteger estos otros miembros susceptibles de discriminación en razón de su orientación sexual o identidad de género.

La principal consecuencia que se deriva del reconocimiento de la familia LGBT es que el Estado está llamado a protegerla en su diversidad, lo cual implica proteger tanto a los núcleos familiares como a sus miembros, así como reconocer su existencia, lo cual involucra, a su vez,

⁴³ “Artículo 68. Requisitos para adoptar. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar: [...] 3. *Conjuntamente los compañeros permanentes*, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior”.

⁴⁴ La Constitución Política de 1991 contempla en los artículos 44, 45 y 46 una preocupación manifiesta por los niños, adolescentes y adultos mayores que integran la familia, y la responsabilidad de esta de proveer protección y cuidado.

tomar en cuenta sus particularidades al momento de diseñar e implementar las políticas públicas destinadas a garantizar la diversidad.

Así, para que el Estado garantice adecuadamente la protección de las familias LGBT, se requiere que tome en cuenta las situaciones particulares que enfrentan aquellos de sus miembros que en razón de su orientación sexual o identidad de género pueden enfrentar discriminación, exclusión y violencia. Dadas sus especiales condiciones de vulnerabilidad, esto puede ocurrir principalmente en contra de niños, niñas y jóvenes LGBT, así como en contra de personas de la tercera edad.

Frente a los primeros, aunque están amparados por los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes consagrados en el artículo 44 de la Constitución colombiana, la garantía de los mismos tiende a dejar de lado las particularidades que se derivan de su orientación sexual o identidad de género y, en consecuencia, usualmente no reciben una protección adecuada. En particular, a pesar de que los niños, las niñas y los jóvenes LGBT enfrentan múltiples formas de violencia debido a su orientación sexual o identidad de género, no se han desarrollado políticas públicas adecuadas para enfrentar dicha violencia.⁴⁵

Existirían al menos tres elementos que permitirían al Estado colombiano adelantar con mayor contundencia una política de protección para los niños LGBT víctimas de la violencia, cuando esta ha estado motivada en su orientación sexual o identidad de género:⁴⁶

1. Las observaciones del Comité de los Derechos del Niño y la Niña. La Observación General 13⁴⁷ sobre el derecho de los niños a no ser objeto de ninguna forma de violencia, señala entre el grupo de los niños en situación de vulnerabilidad potencial a aquellos que son lesbianas, gays, bisexuales o transgénero. En concordancia con esta misma Observación, constituiría una práctica positiva para el Estado colombiano acogerse a las observaciones finales del Comité en 2002 que ha hecho referencia a la obligación del Estado de proteger a los niños discriminados por su orientación sexual; en particular, recomendó al Gobierno británico “Proveer información adecuada y apoyar a los jóvenes homosexuales y transexuales”.
2. La Resolución 910 de 2007 del ICBF en la que aprueban los lineamientos técnicos para el “Marco general y orientaciones de políticas públicas y planes territoriales en materia de

⁴⁵ “La vivencia de nuestra realidad como jóvenes se encuentra caracterizada por la violación del derecho a la vida, somos víctimas de tortura, de mutilaciones genitales e intervenciones médicas compulsivas y de violencia sexual. Se atenta contra nuestros derechos a la salud, la educación, la identidad, al trabajo y a la participación. Somos permanentemente víctimas de estigmatización y exclusión en la familia y en la sociedad. Se nos invisibiliza y se nos niega el derecho a nuestra identidad social y legal. Todas estas violaciones de derechos son causadas por prejuicios sociales, culturales y religiosos que anulan nuestra dignidad como ciudadanas y ciudadanos”. Declaración leída por el niño colombiano Camilo Rojas en el marco de las sesiones de la 38ava. Asamblea General de la OEA.

⁴⁶ Esta resulta particularmente urgente y relevante si se toma en cuenta la sentencia T-314 de 2011 que ordenó al ICBF, entre otras entidades, adelantar una política pública nacional para la protección de los derechos de la población LGBT.

⁴⁷ Observación General 13 (2011), Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Para mayor información ver http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf [Consultado el 3 de enero de 2011].

infancia y adolescencia” del ICBF. En dicha resolución se incluyó en el marco de interpretación el enfoque diferencial también entendido como “otras experiencias de diversidad [...] Tal es el caso de los grupos LGBT (lesbianas, gays, bisexuales, transgeneristas)”.

3. La Ley 1482 de 2011. Modificó el Código Penal y estableció sanciones a quien realizara actos de hostigamiento dirigidos a causar daño físico o moral por razón de su orientación sexual,⁴⁸ y agravó dicha conducta cuando esta se dirigiera contra niños, niñas o adolescentes⁴⁹.

Con estas herramientas jurídicas, las entidades encargadas de velar por la protección integral de los derechos del niño y el adolescente podrían enfrentar situaciones de violencia intrafamiliar, y otras formas de violencia, en razón de su orientación sexual, identidad de género o expresiones de género.

En relación con los adultos mayores, además de las medidas de protección establecidas frente a la violencia intrafamiliar que deben cobijar a todos los miembros de las familias LGBT, deberían desarrollarse también medidas de protección en otras materias como el bienestar emocional, la seguridad social, el derecho a la vivienda, en especial cuando son abandonados por sus familias⁵⁰ y no asumen el deber de solidaridad impuesto en el artículo 46 de la Constitución para con ellos.

¿CÓMO AVANZAR EN LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LAS FAMILIAS LGBT Y EN LA GARANTÍA PLENA DE SUS DERECHOS?

La transformación del concepto de familia en el sentido de incluir el reconocimiento de las familias LGBT debería conducir a un proceso de modificación de la forma como el Estado asume y protege los derechos de los grupos familiares conformados por parejas del mismo sexo, o por personas LGBT. A continuación incluimos algunos de los elementos que deberían considerarse al respecto.

El punto de partida que permitiría al Estado avanzar en la protección efectiva de las familias LGBT y en la garantía plena de sus derechos es el hecho de que el concepto monolítico de familia, en el que resultaba aceptable una sola forma de esta y se excluían las diversas posibilidades de conformarla, ha sido superado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de forma progresiva. A la fecha, los grupos familiares conformados por parejas del mismo sexo no solamente tienen plenos derechos en tanto uniones maritales sino que constituyen familia, con las consecuencias que se derivan de ello en materia de derechos.

Esta ampliación del concepto refuerza la obligación que tiene el Estado de asegurar una protección integral de los derechos de las familias LGBT; para esto deberían desarrollarse políticas públicas que permitan garantizar dicha protección. Tales políticas deberían incluir una concepción

⁴⁸ Artículo 134B del Código Penal.

⁴⁹ Artículo 134C del Código Penal.

⁵⁰ “Preocupa la falta de políticas en familia encaminadas a reconocer como una grave situación de protección social la de los adultos mayores LGBTI”. Entrevista con Daniel Verástegui, director del Centro Comunitario Distrital LGBT, 12 de enero de 2012.

amplia de lo que son las familias LGBT, que incluya: i) aquellas que han sido denominadas así por su origen o conformación inicial, es decir, por vínculos jurídicos como la unión marital de hecho y eventualmente el matrimonio, o por la decisión libre y autónoma de un individuo, como en el caso de las adopciones; ii) aquellas en las que alguno de sus integrantes se identifique como LGBT. Este último grupo enfrenta múltiples complejidades y obstáculos para su protección diferencial, aunque actualmente estén amparados en la ley. Sin embargo, su protección resulta esencial y por tanto se requiere de desarrollos en materia de política pública por parte del Estado.

A partir de estos elementos, le corresponde a las entidades adelantar acciones múltiples en función de las tareas que les han sido encomendadas constitucional y legalmente. Como se vio en los apartados anteriores, actualmente, conforme a la jurisprudencia constitucional, contamos con un marco general bastante apropiado para defender adecuadamente los derechos de las familias diversas y para que las autoridades cumplan sus obligaciones con las mismas.

Para ello es necesario, conforme al principio según el cual las normas legales y administrativas deben ser interpretadas de manera que maximicen la fuerza normativa de la Constitución,⁵¹ reinterpretar el marco legal existente para hacerlo compatible con la jurisprudencia constitucional y que las autoridades incorporen esos nuevos criterios jurisprudenciales en su labor concreta y específica. Por ello, las recomendaciones que se presentan a continuación seguirán esa lógica pues comenzarán por reinterpretar el marco legal relevante, en especial la Ley de protección integral de familia, en clave igualitaria, tal y como lo ordena la jurisprudencia constitucional, para luego entrar a hacer recomendaciones específicas a distintas autoridades que protegen a las familias.

Protección integral e incluyente de las familias diversas

La Ley 1361 de 2009 tiene como finalidad garantizar la protección a la familia. No obstante, tiende a reproducir una noción tradicional y reducida de la misma, derivada de una interpretación restrictiva del artículo 42 de la Constitución. Así, dicha ley podría ser interpretada en el sentido de que no brinda protección a los grupos familiares LGBT. Sin embargo, teniendo en cuenta las transformaciones recientes del concepto de familia señaladas en este documento, esta misma ley tiene un potencial impacto benéfico y enriquecedor para el fortalecimiento de la garantía y protección de los derechos de las familias diversas.

Retomando el principio de universalidad de esta ley, que plantea la importancia del adelantamiento de “acciones dirigidas a todas las familias”,⁵² es posible incluir dentro de este concepto a las familias diversas (tanto por su origen como por sus integrantes) y, en este sentido, habría tres tareas gruesas para que, con la ayuda de esta ley, el Estado lograra verdaderamente avanzar en la materialización de la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

1. Deber de proporcionar información y asesoría adecuada a las familias:⁵³ tanto las ins-

⁵¹ Al respecto la Corte Constitucional ha señalado, en sentencias como la C-569 de 2004, la preponderancia de la interpretación de las normas bajo el principio de “efecto útil”, en concordancia con la Constitución y la interpretación jurisprudencial de la Corte.

⁵² Artículo 2, Ley 1361 de 2009.

⁵³ El artículo 5 en su numeral 10, sobre los deberes de la sociedad y el Estado, señala: “Las instituciones públicas

tuciones públicas como privadas deben adelantar acciones para informar a las familias diversas de sus derechos y deberes. Este trabajo resulta fundamental en la medida que la reciente jurisprudencia de la Corte no ha sido divulgada de manera suficiente ni por las entidades estatales encargadas de velar por las familias, ni por las entidades privadas que desempeñan funciones asociadas con su bienestar. De tal forma, un primer esfuerzo por la materialización del concepto de familia sería la divulgación de información de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y su interpretación amplia frente a dicho concepto.

2. Dar cuenta de los programas encaminados a proteger las familias diversas y redireccionar aquellos que no las incluyan.⁵⁴ Acorde con la anterior tarea, corresponde al Estado la recopilación de los programas y las acciones encaminadas a proteger a las familias. Para ello, tanto el ICBF como los entes territoriales y el DANE tendrían la posibilidad de evidenciar la ausencia de programas que incluyan el concepto de familias diversas y, en este sentido, redireccionar las políticas locales y nacionales para dicho fin. El énfasis en este punto no es la recopilación de información para construir una línea base, sino el redireccionamiento de políticas inclusivas que evidencien las necesidades específicas de las familias conformadas o integradas por personas LGBT.
3. Política nacional de apoyo y fortalecimiento a la familia:⁵⁵ el diseño y la puesta en marcha de una política pública nacional para generar espacios de reflexión e interrelación para los miembros de las familias constituiría un avance fundamental para las familias diversas. En este sentido, el objetivo principal para el cumplimiento de la jurisprudencia constitucional en relación con estas “nuevas” formas de familia sería que el Ministerio de la Protección Social encamine esfuerzos para dar asistencia integral a las familias o que “direccione programas, acciones y proyectos del Estado y la sociedad de acuerdo con las necesidades, dinámicas y estructuras de las familias”,⁵⁶ que tengan en cuenta las necesidades particulares de las familias diversas.

La reinterpretación de esta ley, bajo los criterios jurisprudenciales, permitiría que una norma que ha sido leída para la exclusión, pueda ser reinterpretada ahora como un mecanismo de divulgación de derechos y de adelantamiento de acciones concretas que protejan a las personas LGBT que conformen o integren familias diversas a partir de las funciones encomendadas a las entidades nacionales. En este sentido, se presentan algunas recomendaciones específicas a las autoridades encargadas de velar por los derechos de las familias, incluidas las familias diversas.

y privadas que desarrollen programas sociales deberán proporcionar la información y asesoría adecuada a las familias sobre las garantías, derechos y deberes que se consagran en esta ley para lograr el desarrollo integral de la familia”. Ley 1361 de 2009.

⁵⁴ “Artículo 10. Recopilación de información. El Estado a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de conformidad con sus competencias, los Entes Territoriales y el Departamento Nacional de Estadísticas (DANE) recopilarán la información de los programas y acciones que se desarrollan en el Territorio Nacional para las familias, a fin de poder evaluar y redireccionar las mismas”. Ley 1361 de 2009.

⁵⁵ Ver al respecto el artículo 11 de la política nacional de apoyo y fortalecimiento a la familia de la Ley 1361 de 2009.

⁵⁶ *Ibíd.*, numeral 8.

Recomendaciones específicas a las autoridades encargadas
de proteger también a las familias diversas

El Gobierno nacional

Debería adelantar, dentro de la Política Pública LGBTI Nacional (con la Secretaría Técnica del Ministerio del Interior), la inclusión de un acápite enfocado a la construcción de la política pública LGBTI en familia, atendiendo asimismo al exhorto⁵⁷ realizado por la Corte Constitucional en la sentencia T-314 de 2011 y en coordinación con sus entidades.

Departamento Nacional de Planeación (DNP)

Dentro de las funciones asignadas por la Ley de protección integral a la familia, el observatorio de familia⁵⁸ debería incluir en sus criterios diferenciales a las familias diversas. Asimismo, debería hacer seguimiento a situaciones particulares de violencia contra los integrantes de familias diversas (niños/as LGBT y situaciones de violencia intrafamiliar contra personas LGBT).

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El ICBF debería adelantar procesos de capacitación dirigidos a todos sus funcionarios y en particular a los y las defensoras de familia, para el conocimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo. Además, resulta clave que dichos procesos de capacitación incluyan una mayor comprensión sobre las complejidades presentes en el concepto de familia diversa.

También debería integrar protocolos de atención para sus trabajadores sociales y psicólogos, a fin de prestar una adecuada atención psicosocial a las familias diversas, tanto en los casos que afecten derechos de padres y madres LGBT, como en las situaciones en que se vean afectados los derechos de niños, niñas y adolescentes, así como adultos mayores LGBT. Esto teniendo en cuenta especialmente la Resolución 910 de 2007, que reconoce la importancia de un enfoque diferencial que incluya la protección de los derechos de este sector poblacional.

Dentro de sus sistemas de información debería incluir el criterio diferencial LGBT para evidenciar la situación de violencia intrafamiliar contra este sector poblacional, tanto en relación con la violencia doméstica en los casos de las parejas del mismo sexo, como con la violencia contra integrantes de la familia que se identifiquen como LGBT.

Superintendencia de Notariado y Registro y notarías

Las notarías del país deberían acatar con más fuerza las sentencias de la Corte Constitucional, en particular en relación con los derechos de parejas del mismo sexo y la realización de uniones maritales de hecho, así como a los procedimientos contemplados en las diferentes leyes para garantizar el patrimonio de la pareja. Asimismo, es una tarea conjunta de las notarías y la Superintendencia dar cumplimiento a la circular 16 de 2009 para integrar un criterio diferencial en el

⁵⁷ Resuelve núm. 5 de la sentencia T-314 de 2011.

⁵⁸ Artículo 9º de la Ley 1361 de 2009.

registro de las uniones maritales de hecho y los procedimientos adelantados para las parejas del mismo sexo, y dar cuenta de ello a la opinión pública.

Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía General de la Nación debería impartir una circular en la que se informara a los Centros de Atención a la Violencia Intrafamiliar (Cavif) sobre la interpretación amplia del concepto de familia expresada por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, en concordancia también con la sentencia C-029 de 2009, que resulta clave en los temas relacionados con situaciones de violencia intrafamiliar entre las parejas del mismo sexo. De la misma forma, la Fiscalía debería integrar la categoría diferencial LGBT en sus sistemas de información para evidenciar situaciones de violencia intrafamiliar motivada en la orientación sexual o identidad de género del individuo, así como la comisión de delitos agravados contra la pareja del mismo sexo.

Medicina Legal

Dentro de los informes Forensis que anualmente presenta la entidad, debería dar cuenta de la situación de violencia intrafamiliar entre las parejas del mismo sexo, así como las situaciones que haya conocido por este motivo contra las personas LGBT ocasionadas por su orientación sexual o identidad de género. Esto resultaría clave para desarrollar mejores políticas frente a la violencia que afecta a las familias diversas LGBT.

Entidades encargadas de la promoción, protección y garantía de los derechos de las familias

Entidades como la Procuraduría Delegada para la Infancia, la Adolescencia y la Familia y la Defensoría del Pueblo deberían impulsar ante las Comisarías de Familia y los despachos judiciales de familia, procesos de capacitación para la difusión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo, así como para la sensibilización ante la situación de los integrantes de familias diversas que podrían verse afectados/as por manifestaciones de violencia intrafamiliar debido a su orientación sexual y su identidad de género, en particular tratándose de niños, niñas y adolescentes LGBT.

Abogados/as, jueces, juezas y magistrados/as

En general, la principal tarea de este amplio sector de profesionales es la asimilación y promoción de un concepto de familia que supere la noción clásica que ha sido transformada por la Corte Constitucional. En este sentido, están llamados a acoger la jurisprudencia de la Corte en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo, así como las nuevas complejidades en la interpretación de la familia. Dichas interpretaciones deberían reflejarse en sentencias que acojan la jurisprudencia constitucional y respeten las garantías procesales de las personas LGBT entendiéndolas como integrantes también de familias.

Finalmente, la concreción de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la aplicación cotidiana de la ley, en relación con el reconocimiento de las familias diversas, supone el reto más grande al que se ven abocados tanto el Estado y sus entidades, como la sociedad civil. La protección jurisprudencial que brinda la Corte de los derechos para dichas familias no ha ido en todos los

casos al ritmo de la implementación de la protección efectiva de ellas. De esta forma, corresponde a las entidades estatales el conocimiento y la puesta en práctica de estos derechos, al tiempo que los movimientos sociales deben continuar el acompañamiento a la aplicación de estas sentencias, así como el seguimiento a la efectiva reinterpretación de las leyes que realicen los funcionarios.

REFERENCIAS

- Albarracín, Mauricio. 2011. "Movilización legal para el reconocimiento de la igualdad de las parejas del mismo sexo". Tesis de Maestría, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.
- Albarracín, Mauricio. 2009. "Reconociendo derechos, buscando la igualdad: análisis de sentencias sobre derechos de parejas del mismo sexo en el 2009", en *Derechos de las mujeres y discurso jurídico. Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales - 2009*. Corporación Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, Bogotá.
- Albarracín, Mauricio y Mauricio Noguera. 2008. "Políticas públicas para la garantía de derechos". Pp. 211-237, en *Situación de los derechos humanos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgeneristas en Colombia 2006-2007*. Bogotá: Colombia Diversa.
- Azuero, Alejandra y Mauricio Albarracín. 2011. *Activismo judicial y derechos de los LGTB en Colombia*. Serie Judicatura y Democracia. Bogotá: Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA).
- Bonilla, Daniel. 2008. "Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público. La historia de la sentencia C-075/07", en *Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad, sentencia C-075/07*. Bogotá: Colombia Diversa y Universidad de los Andes.
- Céspedes, Lina. 2004. "¿El fin o la modificación del juego? Las parejas homosexuales frente al derecho de afiliación a la seguridad social en salud". Tesis de maestría en género, Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Estudios de Género, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Guzmán, Diana y Rodrigo Uprimny, *Constitución, familia y género: Algunas transformaciones en la protección otorgada por el régimen constitucional colombiano a la familia*, Bogotá: Secretaría de Integración Social (En prensa).
- Lemaitre, Julieta. 2005. "Los Derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso", en *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.
- Noguera, Mauricio. 2011. "Las otras familias", en *Todos los deberes, pocos los derechos: situación de las personas Lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas 2008-2009*. Bogotá: Colombia Diversa.