

**LA ADOPCIÓN ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO Y LA  
TRANSFORMACIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA A PARTIR DE LA  
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA**

**YENNYFER EILEEN GUARNIZO SANDOVAL  
LINA RAQUEL SANCHEZ TELLO**

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA  
SECCIONAL IBAGUÉ  
FACULTAD DE DERECHO**

**2018**



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

**LA ADOPCIÓN ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO Y LA  
TRANSFORMACIÓN DE LA FAMILIA EN COLOMBIA A PARTIR DE LA  
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

**YENNYFER EILEEN GUARNIZO SANDOVAL  
LINA RAQUEL SANCHEZ TELLO**

**Monografía para optar por el título de Abogado**

**Dr. ERICK FERNANDO ARISTIZABAL  
DIRECTOR Y METODÓLOGO**

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA  
SECCIONAL IBAGUÉ  
FACULTAD DE DERECHO**

**2018**

**Nota de aceptación:**

---

---

---

---

**Firma del jurado**

---

**Firma del jurado**

## **AGRADECIMIENTOS**

Este trabajo fue el resultado de un arduo proceso de aprendizaje y experiencia personal que, sin la ayuda de nuestro tutor, formadores y aquellas personas que sabiamente nos orientaron, no hubiese sido posible concluirlo.

A ellos nuestros agradecimientos.

## **DEDICATORIA**

A Dios, a nuestros seres amados y a aquellas personas que con tanta paciencia y sabiduría aportaron una semilla para la construcción de nuestra vida profesional.

## CONTENIDO

<i>INTRODUCCIÓN .....</i>	<i>7</i>
<i>CAPÍTULO I. Enfoques Interpretativos y Jurisprudencia Constitucional. ....</i>	<i>14</i>
<i>CAPÍTULO II. La transformación de la idea de familia y el reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo en Colombia.....</i>	<i>19</i>
<i>CAPÍTULO III. A modo de conclusión: el neoconstitucionalismo y los DESC como posibilidad de avance en el reconocimiento de derechos. ....</i>	<i>29</i>
<i>BIBLIOGRAFÍA.....</i>	<i>39</i>



## INTRODUCCIÓN

Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991 se autodenominó Estado Social de Derecho, designación que obedeció a la necesidad de una forma de organización jurídico-política que respondiera a las exigencias del momento y a la posibilidad de avanzar progresivamente hacia la satisfacción de las demandas sociales, principalmente aquella encaminada a la búsqueda de la igualdad material que permita disminuir la brecha de inequidad e injusticia.

Sobre la base de lo que podría denominarse como un amplio dialogo social, el Constituyente Primario de 1991 logró un consenso y pudo materializar en un documento jurídico (la Constitución Política) de carácter vinculante, los deseos de un pueblo que clamaba por una justicia con sentido social.

La idea de avanzar progresivamente hacia la consolidación de mejores condiciones de vida deja de ser una simple aspiración programática del Estado para convertirse en un principio rector de toda la actividad pública. Ello implica el reconocimiento de la necesidad de promover condiciones económicas, sociales y culturales adecuadas para garantizar la efectiva realización de la dignidad humana, pilar fundamental de toda organización democrática, a partir de la incorporación de instituciones jurídicas capaces de mantener los logros alcanzados y promover una efectiva igualdad social en todos los campos de la sociedad.

La Constitución Política de Colombia de 1991 incorporó, dentro del amplio catálogo de derechos, en el capítulo II del título I, los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, y en dicho capítulo, artículo 42, precisó 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”*. Esta prescripción



normativa ha sufrido una serie de interpretaciones por vía jurisprudencial a partir de la actividad desarrollada por la Corte Constitucional, lo que ha derivado en la transformación del concepto de familia desde el punto de vista jurídico.

Una de las posiciones más controversiales que ha surgido en el marco de la actividad de la Corte Constitucional ha girado alrededor de la posibilidad de adopción por parejas del mismo sexo. En la sentencia C-683 de 2015, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio, el alto tribunal *“declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 64, 66 y 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 del 2006) y del artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, mediante los cuales se estipulan los efectos jurídicos de la adopción, el consentimiento y los requisitos para adoptar. Para el alto tribunal, dichas disposiciones se deben interpretar bajo el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas las parejas del mismo sexo que conforman una familia”*.

De lo anterior se desprende que, partiendo de un nuevo enfoque interpretativo constitucional acerca de la institución de la familia, se ha dado una ampliación de las posibilidades que en principio estaban reservadas para un tipo de familia, la homoparental, hacia otros tipos de familia. En ese sentido, analizar dichos enfoques desarrollados por la Corte Constitucional posibilitan una mejor interpretación acerca de las decisiones adoptadas por ésta con el fin de comprender las posibilidades de cambio en otras instituciones jurídicas ligadas al concepto de familia. Así, cabe preguntarse entonces ¿De qué forma la jurisprudencia constitucional relativa a la transformación de la idea de familia en Colombia ha incidido en las posibilidades de adopción por parte de parejas del mismo sexo en Colombia?

La Constitución Política de 1991 incorporó en el contexto jurídico nacional una nueva idea de acerca de sí misma, pasando de ser considerada un programa

político para constituirse en una norma jurídicamente exigible. Tal exigibilidad, sumado a las nuevas instituciones consagradas, como la Acción de Tutela y las funciones atribuidas a la Corte Constitucional, promovieron un escenario propicio para el desarrollo, a partir de criterios interpretativos adoptados por la misma Corte, de nuevas posibilidades de extensión de derechos tanto de orden fundamentales como sociales. *“Este cambio de concepción respecto al carácter normativo del texto fundamental lleva a la jurisdicción constitucional, al igual que los Tribunales Constitucionales del mundo occidental, a asumir una función política de primer orden; la interpretación evolutiva de la Constitución con miras a que ésta se adapte a las situaciones históricas cambiantes, le tome el pulso al país y contribuya a alcanzar el consenso social y la convivencia pacífica”* (Arango, 1993).

De acuerdo a lo anterior, la Corte Constitucional, en el marco de su actividad jurisprudencial, ha venido ampliando el catálogo de derechos de las parejas del mismo sexo. Paulatinamente ha venido reconociendo nuevas posibilidades para dichas parejas, empezando por el reconocimiento de derechos patrimoniales en el año 2007, pasando por el paradigmático cambio en la concepción de familia (2011) hasta llegar a la adopción igualitaria en el 2015. En términos del derecho de familia, la Corte Constitucional ha transformado unas instituciones que, en otrora, y desde una visión formalista, sería impensable.

El reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo se constituye entonces en el más claro ejemplo de la dinámica constitucional colombiana, cuestionada por unos y aplaudida por otros, pero a todas luces, transformadora de la realidad y cultura jurídica del país.

Es a partir de lo anterior que surgió la necesidad de Analizar la incidencia de la jurisprudencia constitucional relativa la transformación de la idea de familia

con respecto a las posibilidades de adopción entre parejas del mismo sexo en Colombia, para lo cual se procedió en tres etapas, correspondiente al desarrollo de tres objetivos específicos, los cuales se constituyen en la estructura capitular del presente trabajo.

La primera etapa consistió en reconocer la existencia de unos enfoques interpretativos a través de los cuales la Corte Constitucional fija el alcance y límites de las normas de origen legal frente a los principios contenidos en la Constitución; en la segunda se abordó el análisis (estático) de una serie de sentencias proferidas por la Corte Constitucional relativas a la transformación de la idea de familia y el reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo, y finalmente, el desarrollo del tercer objetivo en el capítulo correspondiente se propuso comprender la relación entre la transformación de la idea de familia y el reconocimiento de derechos de las parejas del mismo sexo, particularmente el derecho de adopción.

La pertinencia de esta investigación se sitúa en la misma posibilidad y responsabilidad que sobre la academia recae con relación a la comprensión de nuevas realidades socio-jurídicas y de las posibilidades de transformación social que desde el mismo derecho se promueven.

Dentro de los componentes centrales de la investigación se situaron los enfoques interpretativos sobre los que la Corte Constitucional ha basado sus decisiones frente a la familia como institución jurídica en Colombia y como tales enfoques han incidido en la posibilidad de adoptar que hoy tiene las parejas del mismo sexo.

Es así que el marco teórico, que se incorporó de manera transversal en cada uno de los capítulos, se construyó a partir de la idea de interpretación que le sirve a la que la Corte Constitucional para fundamentar sus decisiones. Así,

por ejemplo, en la sentencia SU-214 de 2016, a través de la cual la Corte se pronunció acerca del matrimonio igualitario en parejas del mismo sexo, trajo a colación la idea de interpretación elaborada por Dworkin, señalando que este autor “analiza el razonamiento judicial a partir de una analogía con la interpretación literaria en el dominio del arte. Decidir el Derecho Constitucional como integridad, equivale a interpretar no sólo las normas, sino los valores y principios morales que subyacen a éstas y que, inevitablemente, se incorporan al Derecho mediante principios. Así, la Corte Constitucional, en diferentes etapas, ha desarrollado un modelo constructivo de jurisprudencia en el cual los principios constitucionales de no discriminación (igualdad), dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, que amparan los derechos de las personas y parejas del mismo sexo, han sido aplicados en un constante proceso de derecho viviente, ajustado a la cambiante realidad social” (SU-214, 2016).

En la misma sentencia citada en el párrafo inmediatamente anterior, la Corte señaló que: *“Parafraseando la metáfora de Ronald Dworkin (novela en cadena), la interpretación judicial que realiza esta sentencia en el sentido de extender la figura del matrimonio civil para todos, sin discriminación por motivos sexuales, continúa la obra jurisprudencial pronunciada por la Corte Constitucional desde sus inicios, con la finalidad de interpretar todos sus precedentes y la Sentencia C-577 de 2011 particularmente y culminar una evolución jurisprudencial singular y unificada que proporciona la mejor interpretación constructiva de los derechos de las parejas del mismo sexo, vista como una narrativa jurisprudencial en desarrollo”* (SU-214, 2016).

Otro importante autor es Robert Alexy, que ha influido considerablemente las decisiones de la Corte, a partir del denominado juicio de proporcionalidad. Es así que en la sentencia C-336 de 2008, a través de la cual el Alto Tribunal se refirió al derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo y a la diversidad

sexual, mencionó: *“Como consecuencia lógica del respeto por la dignidad de la persona se encuentra el de libre desarrollo de la personalidad, cuyo núcleo esencial protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual, entre otras manifestaciones de la personalidad merecedoras de protección. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social. Se configura una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia. Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria **ponderación valorativa** se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado”* (C-336, 2008).

El diseño metodológico se correspondió con el de una investigación documental de tipo descriptivo, característica propia de las monografías, acudiendo a la hermenéutica jurídica como método de investigación, haciendo posible con ello la interpretación del contexto actual desde el cual se aborda el problema de investigación, garantizando a su vez la comprensión a partir de

un análisis sistemático de la jurisprudencia constitucional. Pero la hermenéutica sola no basta, es preciso acudir a técnicas de análisis e interpretación de información, para lo cual se tomó como base orientadora la propuesta de análisis dinámico y estático del precedente jurisprudencial propuesto por el jurista Diego López Medina (López, 2006). Por otra parte, la investigación se desarrolló desde un enfoque cualitativo, buscando, sobre la base de datos no cuantificados (Tamayo, 1999) comprender, desde la jurisprudencia constitucional y la dogmática del derecho.

## **CAPÍTULO I. Enfoques Interpretativos y Jurisprudencia Constitucional.**

Este capítulo busca reconocer la existencia de unos enfoques interpretativos a través de los cuales la Corte Constitucional fija el alcance y límites de las normas de origen legal frente a los principios contenidos en la Constitución.

La Constitución Política de Colombia de 1991 significó, para el mundo del Derecho y para la sociedad, el punto de partida en una serie de transformaciones (García, 1993), derivadas principalmente de la actividad interpretativa que sobre los derechos se realiza en el marco de la jurisdicción constitucional, fundamentalmente de la Corte Constitucional.

Para Arango, *“la adopción de una jurisdicción constitucional ampliada en el Derecho colombiano después de repetidos intentos fallidos de reforma obedece fundamentalmente a un cambio en la concepción del significado de la Constitución”* (1993). Tal cambio de concepción se centra en el carácter normativo fundamental *-lex superior-* de la Constitución, así como en la *“fuerza vinculante bilateral de la misma”* (García de Enterría, 1991), es decir, en la reciprocidad de deberes y obligaciones entre el pueblo (constituyente) y los poderes públicos constituidos.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 4° se autoproclama *“norma de normas”* (Const., 1991), frente a lo cual la Corte Constitucional ha manifestado que *“uno de los elementos definitorios del Estado Constitucional que nos rige es precisamente el carácter normativo y supremo de la Constitución. Ello significa que la Constitución es norma jurídica, y es la norma de mayor jerarquía de todo el ordenamiento, que vincula tanto a los particulares como a las autoridades, con eficacia general y directa”* (Corte Constitucional, 2012).

Asimismo, la Constitución de 1991 adoptó un carácter teleológico, es decir, que en ella se consignaron los fines que el Estado debe perseguir y asegurar (Const., 1991, Art. 2), no solo desde el punto de vista de la exigibilidad jurídica, sino también desde una perspectiva programática política (García, 1993). La articulación del carácter normativo y teleológico de la constitución vincula tanto a las autoridades como a los particulares.

*“La Constitución, como norma de normas, es entonces jerárquicamente superior a las demás disposiciones del ordenamiento jurídico y sus mandatos y reglas se aplican de manera preferente y directa, sin requerir de la mediación de la ley. En virtud del principio de supremacía constitucional, las autoridades públicas se encuentran obligadas a aplicar la Constitución, (i) ya sea para interpretar el derecho a la luz de los principios y valores superiores, (ii) para definir un determinado asunto mediante la aplicación directa de un precepto constitucional, y (iii) para inaplicar la ley cuando ésta resulte contraria a las previsiones superiores” (Corte Constitucional, 2012).*

Para asegurar *“la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”* (Const., 1991, Art. 241) fue creada en la misma Constitución de 1991 la Corte Constitucional, en tal sentido, a este alto tribunal, en el marco de las funciones asignadas, le corresponde el desarrollo de un ejercicio interpretativo que haga posible la armonización del Derecho y la coherencia del ordenamiento jurídico.

La resignificación de la Constitución a partir de 1991 en Colombia implica a su vez que *“este cambio de concepción respecto al carácter normativo del texto fundamental lleve a la jurisdicción constitucional, al igual que los Tribunales Constitucionales del mundo occidental, a asumir una función política de primer orden la interpretación evolutiva de la Constitución con miras a que se adapte a las situaciones históricas cambiantes, le tome el pulso al país y contribuya a alcanzar el consenso social y la convivencia pacífica”* (Arango, 1993).

Lo mencionado hasta el momento se circunscribe dentro de una reciente tendencia teórica que permite analizar y comprender los diferentes fenómenos asociados al paradigma del Estado constitucional consolidado a partir de la segunda posguerra: el neoconstitucionalismo.

El neoconstitucionalismo puede ser entendido como una perspectiva teórica y práctica del derecho que pretende explicar las transformaciones que han sufrido los Estados constitucionales desde el fin de la segunda guerra mundial, como es conocido comúnmente, en el periodo de la segunda posguerra; asimismo, puede entenderse como una tendencia de la práctica jurídica que da una especial relevancia al derecho de origen jurisprudencial y cuestiona la idea estática de un sistema de fuentes del Derecho que pone a la Ley como única fuente autorizada, de donde emana la normatividad aplicable a la solución de casos concretos (Carbonell, 2007, 9).



La comprensión del neoconstitucionalismo como teoría y práctica jurídica (específicamente en el marco del constitucionalismo moderno) puede ser posible a partir de, a decir de Carbonell, distintos niveles de análisis (2007, 9).

En primer lugar es preciso considerar la transformación que los textos constitucionales han tenido a partir de la segunda posguerra. Si las constituciones anteriores se caracterizaban por ser una carta política, un derrotero y a definir la estructura orgánica del Estado de Derecho, las nuevas constituciones incluyen un catálogo de derechos humanos fundamentales y una serie de instrumentos para garantizar su efectividad. Las constituciones de la posguerra empiezan a ser consideradas como verdaderas normas de normas.

Por otra parte, debido a la inclusión en los nuevos textos constitucionales de una serie de derechos (principios) *“los jueces constitucionales han tenido que a prender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio pro personae, etcétera”* (Carbonell, 2007, 10).

Finalmente un tercer frente de análisis es el correspondiente a los desarrollos teóricos que se han dado en el derecho constitucional contemporáneo debido a las nuevas prácticas jurisprudenciales producto de los nuevos textos constitucionales contenedores de normas-principio. Para Carbonell, *“aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchis o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas Constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas”* (2007, 11).

Según Luis Prieto Sanchíz, citado por Carlos Bernal Pulido *“sostiene que el neoconstitucionalismo es una forma política inédita en el continente europeo y una nueva cultura jurídica o por lo menos una teoría del derecho, distinta de la teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de Derecho decimonónico, y que es producto de la singularidad del neoconstitucionalismo europeo de la segunda posguerra”* (2009, 78).

Esta perspectiva de la teoría jurídica neoconstitucional está soportada en tres premisas fundamentales: i) la fuerza normativa de la constitución, ii) la expansión de la jurisdicción constitucional y iii) la nueva interpretación constitucional (Barroso, 2008).

“la interpretación jurídica constitucional realizada por los tribunales constitucionales puede ser definida como aquella actividad que procura determinar el sentido de las disposiciones jurídicas constitucionales, y a partir de allí de los textos normativos de inferior jerarquía o de comportamientos conformes o no con la Constitución, con pretensiones de corrección, teniendo en cuenta además como lo resalta Hesse “que el proceso de concretización debe venir determinado por el objeto de la interpretación —la Constitución— y por el problema en cuestión”” (Zuluaga & Bedoya, 2014)

Por su parte, para Barroso la interpretación constitucional es una *“consecuencia natural de la fuerza normativa de la constitución, es decir, del reconocimiento de las normas constitucionales como normas jurídicas”* (2008), que son susceptibles de generar controversias que han de ser dirimidas por un órgano jurisdiccional (Prieto Sanchís, 1991).

Generalmente se han aceptado tres enfoques interpretativos o formas de dar alcance al contenido de una norma legal, en el marco del constitucionalismo contemporáneo:

### **Interpretación textual, gramatical o literal**

La interpretación textual atribuye el significado a los preceptos normativos a partir de las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje empleado en ellos: “Una disposición debe ser interpretada según el significado ordinario de las palabras y las reglas gramaticales de la lengua comúnmente aceptadas”. De este modo, el contenido está en función de las reglas comunes de uso del lenguaje en el que se expresa la disposición, y de su contexto lingüístico (Gascón & García, 2005).

### **Interpretación finalista y teleológica (funcional)**

Dentro de este esquema, la atribución de significado está en función de la finalidad específica del precepto y del cuerpo normativo en el que se inscribe.

Para su determinación se puede apelar, entre otras cosas, a la voluntad del órgano de producción normativa expresada en los trabajos preparatorios y en las exposiciones de motivos, a los considerandos del texto normativo, e incluso a las disposiciones legales que expresan los respectivos objetivos (Gascón & García, 2005).

### **Interpretación contextual y sistemática**

En la interpretación contextual la atribución de significado de las disposiciones jurídicas se efectúa enmarcándolas en el sector del ordenamiento al que pertenecen, o en el sistema jurídico en su conjunto. El argumento de la consistencia terminológica, el denominado argumento *sedes materiae*, el principio hermenéutico del efecto útil, y el argumento *a coherentia*, son esquemas interpretativos que hacen parte de este criterio (Gascón & García, 2005).

La Corte Constitucional también ha sostenido que

*“los métodos tradicionales de interpretación están basados en el reconocimiento del carácter incuestionado de la actividad de producción normativa a cargo del legislador, fundada a su vez en la titularidad de soberanía que el adscribe el modelo contractualista clásico de justificación del poder político. Esta justificación, como es sencillo observar, contrasta con los fundamentos del constitucionalismo contemporáneo, que impone a la Carta Política y en particular a los derechos fundamentales, como límite y parámetro obligatorio de la función legislativa.*

*No obstante, advierte la Corte que el vínculo entre el origen de los métodos de interpretación y el contractualismo liberal no resta utilidad a aquellos en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. Esto debido a que de acuerdo con el principio de interpretación conforme, explicado en el fundamento jurídico 6.2 de esta sentencia, las normas legales, entre ellas las previstas en el Código Civil y que definen dichos métodos hermenéuticos, deben ser armonizadas con los derechos, principios y valores constitucionales” (Sentencia C-054, 2016).*

La Corte Constitucional, al considerar la necesidad de armonizar el contenido de las normas legales con los principios y valores constitucionales, adopta una tendencia que oscila entre los enfoques sistemático y teleológico.

La anterior consideración resulta de vital importancia en la medida en que posibilita comprender el ejercicio mismo de la Corte como creadora de normas de origen jurisprudencial, pues, si se quiere, se trata de desvelar en las sentencias mismas si lo que se persigue es alcanzar cierto fin que se presupone inserto en los principios constitucionales o si se busca garantizar un derecho en consideración a las dinámicas sociales y luchas reivindicatorias de las minorías.

## **CAPÍTULO II. La transformación de la idea de familia y el reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo en Colombia.**

La Honorable Corte Constitucional, a través de la sentencia C-577 del 26 de julio de 2011, con el propósito de resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 113 parcial del Código Civil, se planteó el siguiente problema jurídico: *“determinar si, pese a que la unión matrimonial heterosexual y la de parejas homosexuales constituyen tipos de familia, existe un mandato constitucional que imponga aplicar a las parejas homosexuales, que deseen conformar una familia y solemnizar su unión, la misma forma jurídica prevista para dar lugar a la familia heterosexual surgida de la expresión del consentimiento en que se hace consistir el matrimonio”*. La sentencia C-577 de 2011 se constituyó en un hito tanto para la jurisprudencia misma de la Corte como para la sociedad colombiana, acostumbrada a reconocer, tanto jurídica como culturalmente, un solo tipo de familia: la heterosexual.

La Corte Constitucional, en su base argumentativa, es decir, en la ratio decidendi, reconoció la necesidad de ampliar el concepto de familia con el fin de superar el déficit de protección de las parejas del mismo sexo. Así lo consideró la Corte:

*“Hasta el momento, la jurisprudencia constitucional relativa al concepto de familia se fundamenta, básicamente, en la interpretación literal del primer inciso del artículo 42 superior y, en lo que hace al matrimonio, se ha sostenido que “el contrayente asume, con conocimiento de causa, las consecuencias que se siguen a la celebración del contrato”, una de las cuales “directamente derivada del texto constitucional es la de que únicamente es admitido en Colombia el matrimonio entre un hombre y una mujer, pues la familia que se acoge por el Constituyente no es otra que la monogámica”. El requisito de heterosexualidad y el carácter monogámico de la unión también presiden la conceptualización de la denominada familia de hecho originada en la convivencia de los miembros de la pareja, quienes no expresan el consentimiento que es esencial en el matrimonio. Claramente la Corte ha señalado que la “unión libre de un hombre y una mujer, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales”, debe ser protegida, “pues ella da origen a la institución familiar” y ha enfatizado que, según el artículo 42 superior, la unión marital de hecho es una “unión libre de hombre y mujer”. Con apoyo en los anteriores criterios, reiteradamente la Corporación ha afirmado que la Constitución “consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos”, lo que implica el reconocimiento de su diverso origen y de la diferencia entre la unión marital y el matrimonio, fincada en que mientras la primera de las mencionadas formas “corresponde a la voluntad responsable de conformarla sin mediar ningún tipo de formalidad, la segunda exige la existencia del contrato de matrimonio a través del consentimiento libre de los cónyuges”. La interpretación textual del artículo 42 de la Carta indica que la familia sustentada en vínculos jurídicos se funda “en la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”, en tanto que la familia*

*natural se constituye “por la voluntad responsable de conformarla”, de donde se desprende que “la interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual”. La consecuencia inevitable de la anterior conclusión consiste en que, si la familia prevista en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica, “no cabe interpretar unas disposiciones legales que expresamente se refieren al matrimonio y a la unión permanente, y que se desenvuelven en el ámbito de la protección constitucional a la familia, en un sentido según el cual las mismas deben hacerse extensivas a las parejas homosexuales”. Así las cosas, conviene ahora aludir a la protección que a las personas homosexuales se les ha brindado en la jurisprudencia de la Corte, con el objetivo de establecer cuál ha sido su desarrollo, qué efectos ha proyectado ese desenvolvimiento y si, en materia de derecho de familia, la evolución ha tenido consecuencias distintas de las acabadas de reseñar.*

Resulta interesante encontrar que la Corte Constitucional utilizó los criterios interpretativos ya antes señalados, es decir, el teleológico y el finalista, al argumentar la preexistencia de unos principios constitucionales relativos a la familia que no restringen su configuración a un solo tipo, y por el otro lado, desde la perspectiva sistemática, al reconocer el déficit de protección de las parejas del mismo sexo que es necesario llenar a partir de una hermenéutica constitucional garantista y pro homine.

*La doctrina ha puesto de relieve que “la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con*

*funcionamientos propios. Así, una mujer casada con hijos que se divorcia experimenta el modelo de familia nuclear intacta; luego, cuando se produce la ruptura, forma un hogar monoparental; más tarde, puede constituir un nuevo núcleo familiar (familia ensamblada) y, al fallecer el cónyuge o compañero, de nuevo transitar por la monoparentalidad originada en la viudez”, lo que se ha denominado “cadena compleja de transiciones familiares”. A este fenómeno se ha referido la Corte al indicar que “en su conformación la familia resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros”, de manera que “la fortaleza de los lazos que se gestan en el marco de la familia y la interrelación y dependencia que marcan sus relaciones entre cada uno de sus miembros hace que cada cambio en el ciclo vital de sus componentes altere el entorno familiar y en consecuencia a la familia”. El “carácter maleable de la familia” se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”, pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia”. Conforme ha sido expuesto, la interpretación tradicional del artículo 42 de la Carta que ha permitido sostener que la única familia constitucionalmente reconocida es la heterosexual y monogámica consiste en ligar los vínculos jurídicos que le dan origen a la mención “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio” y los vínculos naturales a la frase “por la voluntad responsable de*

*conformarla”, de donde surge que solo el matrimonio y la unión marital de hecho entre un hombre y una mujer son las dos clases de familia que la Constitución protege.*

Finalmente, la Corte Constitucional, en la parte resolutive de la precitada sentencia exhortó al Congreso de la República que legislara *“de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”*.

La consecuencia del incumplimiento al exhorto fue la expedición de la sentencia SU-214 de 2016, a través de la cual, reconociendo su función garantista, el derecho de las minorías y la cláusula de protección frente a las mayorías, la Corte finalmente avaló el matrimonio igualitario entre parejas del mismo sexo, señalando expresamente que *“La Sala Plena estima que celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana y a conformar una familia, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género”*.

En este último fallo, y siguiendo el hilo conductor, que ha sido precisamente los enfoques interpretativos en la jurisprudencia constitucional, la Honorable Corte señaló que:

*“La interpretación jurídica es evolutiva y como tal se adapta a los contextos que plantea la realidad. Una interpretación sistemática basada en el “derecho viviente”, y en procura de los derechos de las minorías, no admite la existencia de dos clases de matrimonio, enviando un mensaje de inferioridad a algunas personas, pues ello comporta un*



*trato diferenciado y desproporcionado fundado en la orientación sexual que quebranta los derechos a la libertad, a la dignidad humana y a la igualdad”.*

Frente al anterior criterio, la Corte opone la perspectiva de Dworkin del derecho constitucional como integridad: *“Ronald Dworkin analiza el razonamiento judicial a partir de una analogía con la interpretación literaria en el dominio del arte. Decidir el derecho constitucional como integridad, equivale a interpretar no sólo las normas, sino los valores y principios morales que subyacen a éstas y que, inevitablemente, se incorporan al derecho mediante principios. Así, la Corte Constitucional, en diferentes etapas, ha desarrollado un modelo constructivo de jurisprudencia en el cual los principios constitucionales de no discriminación (igualdad), dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, que amparan los derechos de las personas y parejas del mismo sexo, han sido aplicados en un constante proceso de derecho viviente, ajustado a la cambiante realidad social”.*

Las dos sentencias precitadas han sido históricas en el traumático camino del reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo, sobre todo la C-577 de 2011, la cual abrió el horizonte de posibilidades para superar lo que se ha denominado el déficit de protección de las parejas del mismo sexo.

Es así que, partiendo de la ampliación del concepto de familia, se sentaron las bases para el reconocimiento de una serie de derechos, entre ellos el de adopción y el de matrimonio igualitario que ya se mencionó.

El derecho de adopción a favor de las parejas del mismo sexo, en la jurisprudencia colombiana se puede reconstruir a partir de las sentencias T-290 de 1995,

En la sentencia T-290 de 1995, al resolver un caso de remoción de patria potestad por razones de homosexualidad, el Dr. Carlos Gaviria Díaz, en salvamento de voto señaló enfáticamente que *“La homosexualidad no es en sí misma un lastre moral, pues el comportamiento recto o desviado de una persona nada tiene que ver con sus preferencias sexuales”* y agregó: *“En el caso referido, el actor interpuso tutela contra la resolución de Bienestar Familiar, justamente porque se sintió discriminado en razón de su homosexualismo. Pienso que era un deber de la Sala no solo exponer las razones de otro orden, justificativas de la decisión, sino sentar, sin la más mínima vacilación, que el comportamiento ético de una persona nada tiene que ver con sus predilecciones amorosas y que es aquél, y no éstas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño”*.

Representa la anterior posición del Dr. Gaviria Díaz un argumento de avanzada que sin duda contribuyó a centrar el debate en aspectos de real trascendencia para el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente entratándose de sede constitucional.

Otra importante sentencia de la Corte Constitucional la constituye la C-075 de 2007, a través de la cual se les reconoció derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo. Resulta de vital importancia el reclamo del Magistrado Jaime Araujo Rentería que se manifiesta en el salvamento de su voto al señalar que:

*La norma demandada se refiere a todos los “efectos civiles”, que superan con creces los meros efectos patrimoniales. De este modo, en mi criterio, los problemas de debate y los más difíciles en relación con la protección de los derechos de los homosexuales son temas de derecho civil: por ejemplo, el matrimonio es un contrato que está regulado por el derecho civil; la adopción es una institución del derecho*

*civil; los alimentos entre cónyuges y parejas hacen parte del derecho civil; las guardas de tutelas; todos estos son temas de derecho civil, por tanto no se podía, en mi criterio, reducir y restringir la expresión “efectos civiles” a los efectos meramente patrimoniales, como lo hace de manera errónea y miope la presente sentencia. A lo ya expuesto, me permito agregar, que el principio de igualdad que implica un mismo trato supone derechos y deberes iguales, de manera que si se asume un Estado de Derecho bajo los principios de igualdad y libertad se tiene que asumir en serio el reconocimiento pleno y total de los derechos a todas las personas y grupos poblacionales. Por tanto, en mi concepto, el Tribunal Constitucional ha debido ocuparse de TODOS LOS ASPECTOS JURIDICOS en que están desprotegidas las parejas no heterosexuales, sin que por ello se haga por fuera de las normas, por cuanto, como quedó anotado, aún la expresión “efectos civiles” tiene una connotación amplia. A mi juicio, el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 se refiere a TODOS los efectos “civiles”, que como se señaló, no son únicamente los patrimoniales.*

De lo anterior se colige la nada fácil tarea de la Corte Constitucional y se evidencia el complejo escenario de tensiones que surgen en su seno, donde se enfrentan no solo enfoques interpretativos sino particulares visiones de mundo.

En la sentencia C-802 de 2009, en el marco de la cual se argumentó que el régimen de adopción previsto en la Ley 1098 de 2006, debe entenderse hoy como un derecho que se garantiza a hombre y a mujeres, con independencia de sus inclinaciones sexuales, la Honorable Corte Constitucional se inhibe de emitir un pronunciamiento de fondo acerca del asunto en cuestión, por ineptitud sustancial de la demanda, postergando así una decisión de fondo hasta el 2015.

Fue finalmente, a través de la sentencia C-683 de 2015 que la Corte Constitucional finalmente resolvió de fondo la cuestión relativa a la adopción por parte de parejas del mismo sexo, señalando que:

*La Corte Constitucional concluye que la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa, en general, y por parejas del mismo sexo, en particular, no afecta por sí misma el interés superior del menor ni compromete de manera negativa su salud física y mental o su desarrollo armónico e integral. Así lo indican las experiencias recogidas del derecho comparado, entre las que se destacan decisiones legislativas y pronunciamientos de tribunales internacionales o de instancias internas de los Estados, donde se ha tenido en cuenta la primacía de los derechos de los menores y la evidencia probatoria debidamente acopiada. A la misma conclusión se llega con fundamento en los conceptos remitidos a solicitud de la Corte Constitucional en el curso de este proceso. En forma significativamente mayoritaria la evidencia científica coincide en señalar que: (i) la adopción por parte de parejas del mismo sexo no afecta el desarrollo, el bienestar, ni la salud física o mental de los menores; (ii) en caso de existir alguna afectación, la misma proviene de otros factores como la situación económica, las relaciones dentro del grupo familiar, el inadecuado rol parental, la violencia intrafamiliar, los estereotipos discriminatorios, los prejuicios sociales, las restricciones normativas, entre otros, que nada tienen que ver con la orientación sexual de los padres; (iii) el ajuste en el desarrollo de los menores criados en familias homoparentales, su comportamiento y adaptación social son similares a los de aquellos que crecen en familias heterosexuales; incluso en algunas ocasiones aquellas tienden a promover mayores valores de tolerancia y una representación real de la diferencia sexual; y (iv) los procesos de adopción deben basarse en*

*asegurar la adecuada estabilidad socioeconómica de los solicitantes y en el cumplimiento de requisitos que garanticen el cuidado del menor en cada caso concreto, sin que para ello deba ser evaluada la orientación sexual de los padres. De esta manera, para numerosos investigadores, asociaciones, autoridades y organismos internacionales, la creencia en la afectación del interés superior del menor obedece al resultado de estereotipos discriminatorios o prejuicios sociales, antes que a verdaderos problemas médicos o psicológicos, así como a la negativa de algunas autoridades a reconocer a las familias integradas por personas del mismo sexo.*

El anterior recorrido jurisprudencial pone de manifiesto una perspectiva interpretativa que pasa de lo teleológico y sistemático a lo integrador, en la línea de Dworkin, como ya se señalaba, procurando una hermenéutica que logre la perfecta articulación entre principios y valores constitucionales y reivindicaciones de las minorías históricamente excluidas, como lo son la comunidad LGBTI.

Ese criterio integrador del derecho constitucional solo ha sido posible gracias a la emergencia del neoconstitucionalismo y a la emergencia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su principio de progresividad. Se trata entonces de un nuevo constitucionalismo de enfoque social que reconoce la importancia de superar el déficit de protección de las minorías.

El capítulo siguiente, que se presenta a modo de conclusiones, muestra la articulación entre neoconstitucionalismo y Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

### **CAPÍTULO III. A modo de conclusión: el neoconstitucionalismo y los DESC como posibilidad de avance en el reconocimiento de derechos.**

Los intentos académicos destinados a abordar el tema de la adopción de parejas del mismo sexo en Colombia, desde una perspectiva del derecho constitucional pueden rastrearse desde mucho antes de que la Corte Constitucional profiriera la ya mencionada sentencia C-683 de 2015, incluso antes de la vigencia del código de la infancia y la adolescencia (Ley 1098 de 2006). Es así que, en el rastreo realizado se encontró un artículo publicado en una revista de la Universidad de Medellín donde se abordaron temas relativos al matrimonio de parejas del mismo sexo y la posibilidad de adopción por estas acudiendo principalmente a un criterio interpretativo y formula metodológica muy usada por la Corte Constitucional, denominado: Test de Proporcionalidad, cuestionando fuertemente la idea prevalente de la inamovilidad de la cosa juzgada. A propósito, se señaló: *“Resulta paradójico que al mismo tiempo que se reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, se niega la posibilidad de su constitución por parejas del mismo sexo por medios diferentes al matrimonio bajo consideraciones iusprivatistas soportadas en el contrato matrimonial (norma de orden público que solo pueden ser modificadas por el legislador), naturalistas (sólo pueden procrear las parejas conformadas por un hombre y una mujer) o teleológicas (el fin del matrimonio es conservar la especie).”* (Estrada-Velez, 2011).

Al analizar la figura del neoconstitucionalismo liberal, que impregna su matiz jurídico en el enfoque de género aplicado en Colombia por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al reconocer los derechos de las parejas del mismo sexo como reivindicación pública establecida por los cambios concretos del constitucionalismo social en la Constitución de 1991, es plausible también citar lo señalado por la profesora Yadira Alarcón Palacio quien establece que: *“la normativa garantista actual del derecho de las personas y la familia en*

*Colombia si bien fija fundamentos y avances considerables, aún no forma medidas de restablecimiento de derechos absolutos aplicables”* (Alarcón, 2011).

Siguiendo este perfil que propugna la búsqueda de la total igualdad en derechos de las minorías sexuales y de género, mantenido en Colombia por la doctora Alarcón Palacio, en cuanto a estipular que los ordenamientos jurídicos civiles en sus jurisdicciones deben optar por el modelo jurídico-jurisdiccional del neoconstitucionalismo liberal, anteriormente llamado Activismo Judicial, el cual permite dirimir los conflictos con formas nuevas del derecho civil, presentó un modelo que, aunque creado y aplicado en Colombia de forma jurisprudencial a instancia de la jurisdicción constitucional, logra aportar un procedimiento alternativo al problema del reconocimiento de nuevas formas jurídicas en materia de persona, familia y género en el derecho civil contemporáneo.

Así entonces, la cuestión no es sólo que las personas consigan vivir con la pareja de su elección sin que el Estado las sancione, sino que éste reconozca la vida de las parejas del mismo sexo como una alternativa válida para la comunidad política y jurídica de orden estatal. Reconocimiento que debe tener un valor jurídico-formal, transcrito en una aceptación de los miembros de las parejas del mismo sexo como seres humanos iguales a los heterosexuales; y un valor jurídico-sustancial concerniente a la reducción de los costos patrimoniales de la vida en pareja y la depreciación de la discriminación y la violencia en contra de las parejas del mismo sexo. (Hoyos, 2012)

Por lo tanto en *“el análisis de constitucionalidad realizado por la Corte ya no consiste en definir si la exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en los procesos de adopción de niños, niñas y adolescentes vulnera los derechos de las parejas a la igualdad y a conformar*

*una familia, lo cual fue desestimado por la mayoría de la Sala en la Sentencia C-071 de 2015. Lo que en esta oportunidad se encarga de determinar la Corte es, desde un enfoque constitucional diferente, si las normas que regulan el régimen legal de adopción en Colombia, al excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en procesos de adopción, vulnera el principio del interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia para garantizar su desarrollo armónico e integral (art. 44 CP). Ahora bien, no cabe duda que, en el fondo, con esta decisión también la Corte reconoció un déficit de protección por parte del legislador a los derechos de las parejas del mismo sexo. Tal y como se ha señalado en ediciones anteriores de este Anuario<sup>1</sup>, la Constitución de 1991, entre los mecanismos que previó para la protección de los derechos fundamentales están la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de tutela. Es a través de estas dos garantías judiciales, especialmente cuando se analiza la constitucionalidad de las normas, como la Corte ha realizado en mayor medida un activismo judicial que, en este caso, ha derivado en el reconocimiento del derecho a la adopción de las parejas del mismo sexo en Colombia, lo que se ha erigido en una forma de acatar por vía judicial uno de los grandes cambios que a nivel social y cultural se han presentado en el mundo. En Colombia, la adopción de una constitución más garantista vino acompañada del fortalecimiento de la rama judicial, lo que implicó un incremento de su independencia y eficiencia, y la atribución de facultades para la garantía y protección de derechos y el control de los abusos de los órganos políticos”. (Robledo, 2016)*

Con la entrada del nuevo texto constitucional, en 1991, comenzó paulatinamente una transformación en la realidad jurídica colombiana, empezó a consolidarse un derecho constitucional más garantista, debido al trabajo constante y avanzado de la Corte Constitucional, tribunal que gracias a su

---

<sup>1</sup> Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional.



jurisprudencia empezó a ampliar el catálogo de derechos fundamentales consagrados inicialmente en la Constitución. Con la actividad jurisprudencial de la Corte Constitucional se vio cómo la idea rígida de las fuentes del derecho, del derecho legislado como la fuente más autorizada empezó a transformarse, ahora no es exótico ver cómo se crean nuevos derechos, derechos de origen jurisprudencial. (López, 2006, 266 – 339)

Las características del neoconstitucionalismo (Bernal, 2009, p. 79 – 80) (Carbonell, 2007, p. 9 – 12) pueden ser resumidas de la siguiente manera:

Parte de una “constitución material”, es decir, contiene un sin número de reglas y principios que no solo ordenan el Estado, sino que orienta su rumbo, indica el deber ser del Estado Social de Derecho y sus instituciones, es una verdadera carta de navegación, con efecto vinculante, es decir, con sentido normativo que permite exigir el cumplimiento de los principios constitucionales.

La Constitución es garantizada a través de acciones judiciales que ella misma ha previsto para la defensa de su contenido, como la acción de tutela o las acciones populares o de grupo.

La Constitución es principalista, contiene un sin número de principios, en sentido abstracto, es decir, aspiraciones, con lo cual el juez constitucional tiene una mayor posibilidad de interpretar ese sentido del principio mencionado en la constitución, con lo cual pueden aparecer conflicto de intereses entre principios que se oponen, como por ejemplo el derecho a la propiedad privada y los derechos colectivos.

La Constitución representa, dado su contenido principalista, el límite para la actividad del legislador. Así, si el legislador o cualquier autoridad administrativa expide una normatividad contraria a la Constitución, el juez competente (sea la Corte Constitucional o el Consejo de Estado) puede sacarlo del tránsito jurídico. Las relaciones entre la Constitución y la legislación “se basan en la

existencia de un modelo argumentativo” que permite que cualquier problema jurídico pueda ser constitucionalizado, es decir, abordado desde la esfera del Derecho Constitucional, con lo cual puede decirse que cualquier actividad que se desarrolle dentro del Estado (sea pública o privada) debe someterse al contenido de la Constitución, especialmente al respeto por los derechos humanos que en ella se encuentran consagrados.

*“La constitución se aplica mediante la ponderación. La ponderación es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso”* (Bernal, 2009, 79) Esta característica permite, en primer lugar, que el juez constitucional (por lo general, para el caso colombiano, los jueces de la Corte Constitucional) puedan, sopesar y dar un mayor peso específico a un derecho o principio constitucional que a otro, de acuerdo con las reglas de la ponderación y los intereses que están en conflicto, (esto evidencia que el derecho de origen legislativo no siempre tiene una solución concreta). En este ejercicio de ponderación el juez constitucional, al decidir casos concretos, establece subreglas de interpretación (precedente jurisprudencial) que, en virtud del principio de igualdad, vinculan a los jueces de menor jerarquía, cuando se enfrentan a la solución de problemas con situaciones fácticas (hechos) y jurídicas (derechos) similares. (Bernal, 2009, 78-80)

Con base en las características expuestas, se puede afirmar que hoy en día la jurisprudencia ha dejado de ser un criterio auxiliar de interpretación del derecho y se ha convertido en una creadora de derechos, es decir, se puede afirmar que los jueces (en este caso, la Corte Constitucional Colombiana) no solo reconocen derechos, sino que además los crean. (López, 2006, 266 – 339).

Entre otras cosas, López considera que *“El derecho es cada vez más utilizado como mecanismo de resolución de conflictos de carácter colectivo y no meramente individual. La movilización de la sociedad civil en cierto tipo de causas, refuerza las posibilidades de su reconocimiento en sede judicial. Utilización social del derecho constitucional como mecanismo de reivindicación de derechos”*. (2006, 323, 324)

Como se puede evidenciar, las características presentadas por Prieto Sanchís, para el neoconstitucionalismo, giran alrededor de la idea de preponderancia y creación de derechos a través de la administración de justicia, el carácter transformador del derecho judicial y las posibilidades amplísimas de alcanzar mayores niveles de protección de los derechos humanos constitucionalizados. Parte del propósito de esta investigación (objetivo específico N° 4) es hallar en esta teoría jurídica neoconstitucional elementos suficientes que permitan la construcción, como ya se ha dicho, de una base argumentativa lo suficientemente sólida como para que pueda soportar las ideas que se irán construyendo.

El neoconstitucionalismo como práctica jurídica posibilita la ampliación del contenido de los derechos fundamentales, gracias al gran margen de interpretación que ofrece una constitución basada en principios y un juez capaz de situar los derechos constitucionales en momentos históricos concretos, un juez capaz de ver el derecho dinámico, cambiante, en procura siempre de garantizar el goce efectivo de los derechos humanos.

Considerar el Neoconstitucionalismo como una perspectiva garantista de los derechos constitucionales es sumarse a las voces que propenden por una idea cambiante del derecho y de los derechos humanos constitucionalmente reconocidos, es decir, una idea contextualizada y pro homine de la constitución y de la actividad del juez constitucional.

Se afirma que el Neoconstitucionalismo como práctica del derecho es una perspectiva garantista de los derechos constitucionales en tanto la práctica jurisprudencial permite ir ampliando el catálogo de derechos fundamentales en la medida en que acude a criterios de interpretación que buscan todo el tiempo garantizar el núcleo esencial de los derechos por encima de consideraciones de tipo económico o político.

Al encontrar en los nuevos textos constitucionales, ampliamente normativos y de corte principalista, los jueces constitucionales encuentran el mejor escenario para poner de manifiesto técnicas interpretativas como la ponderación, la razonabilidad y la proporcionalidad para propender por la protección de los derechos fundamentales, a través de las acciones procesales constitucionales, que incluye no solo la acción de tutela propiamente dicha sino también la acción de inconstitucionalidad, como una forma de poner límite a la actividad legislativa.

La perspectiva garantista en el neoconstitucionalismo, específicamente para el caso colombiano, cobra vida en la Corte Constitucional, entidad que ha demostrado una disposición política pro homine, en procura de la garantía de los derechos humanos fundamentales constitucionalizados lo cual permite explicar la expansión del contenido de los derechos fundamentales.

Por su parte, La idea de avanzar progresivamente hacia la consolidación de mejores condiciones de vida deja de ser una simple aspiración programática del Estado para convertirse en un principio rector de toda la actividad pública, ello implica el reconocimiento de la necesidad de promover condiciones económicas, sociales y culturales adecuadas para garantizar la efectiva realización de la dignidad humana, pilar fundamental de toda organización democrática.

Esa idea del principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales se concreta, en términos normativos, al integrarse en el texto

Constitucional de 1991, de dos maneras:

**1). Explícitamente en el cuerpo de la Constitución, en donde encontramos, entre otros, los artículos: 48,** “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley”; 64, “Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos”; 334, “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado [...] con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, [...] Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. [...] El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos [...]”.

**2).** La segunda manera en que se integra el principio de progresividad de los derechos económicos sociales y culturales a la Constitución Política de 1991 es a través del denominado bloque de constitucionalidad, institución jurídica que ha sido desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana, sobre la base, principalmente, del artículo 93 de la Constitución. El Bloque de Constitucionalidad, puede ser considerado como un instrumento jurídico que permite ampliar el contenido normativo de la Constitución, es decir, que a través de normas de remisión (como el artículo 93) se pueden introducir, con rango constitucional, preceptos normativos, de conformidad con las reglas

previstas. Así puede considerarse que el contenido normativo de la constitución se extiende mucho más allá del articulado del mismo texto (Uprimny, 2006). En el caso concreto, es decir, del principio de progresividad, existen dos normativas internacionales que vinculan a Colombia, se trata del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, aprobado mediante la ley 74 de 1968, en donde en su artículo 2° reza: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”<sup>2</sup>; y, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador" de 1988, incorporado a la legislación interna mediante la ley 319 de 1996, en donde entre otros, en el artículo 1° preceptúa que “Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se comprometen a adoptar las medidas necesarias, tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 74 de 1968, por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”.

<http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/LEYES/L0074de1968.htm..>

<sup>3</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 319 de 1996, Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador",

De lo anterior se desprende una obligación constitucional de orden interno y, por vía del bloque de constitucional, para con los organismos internacionales que velan por el cumplimiento de estos instrumentos de carácter vinculante para el Estado colombiano. No obstante esta doble obligación, existen situaciones complejas que evidencian una constante tensión entre el deber de disponer del máximo de los recursos para lograr de manera progresiva el acceso de las personas a los bienes y servicios que permiten una vida en condiciones dignas y las acciones de tipo legislativo y administrativo (como las políticas públicas) adelantadas por los diferentes gobiernos que materializan el quehacer del Estado colombiano.

Finalmente, es claro que a partir de la articulación del neoconstitucionalismo, como iusteoría que pretende explicar las transformaciones surgidas en los Estados constitucionales a partir de la segunda posguerra, con el principio de progresividad de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales es posible explicar las transformaciones de la categoría de familia a partir del desarrollo de la jurisprudencia constitucional colombiana.

Lo que se logra evidenciar en la jurisprudencia analizada es la necesidad de avanzar hacia escenarios de mayor protección y garantía, no solo de las libertades individuales, sino de los derechos sociales de minorías que históricamente se han mantenido marginadas so pretexto de salvaguardar la seguridad de quienes ostentan el statu quo.

---

suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1996/ley\\_0319\\_1996.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1996/ley_0319_1996.html)..

## BIBLIOGRAFÍA

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados UNHCR/ACNUR. (2014). *La Protección Internacional de las Personas LGBTI*. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9872>
- Arango, R. (1993). Jurisdicción e Interpretación Constitucional. *Revista de Derecho Público Universidad de los Andes*, 31 -38. Obtenido de [https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechopub/pub289.pdf](https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub289.pdf)
- Barroso, L. R. (2008). *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. México DF: UNAM.
- Bernal Pulido, Carlos. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, Carlos. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Camino Madiedo, Lissette Andrea. (2013). Análisis de la constitución de la “red transnacional de defensa” en torno a los derechos de personas con orientación sexual diversa, a partir de su incidencia en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el curso del caso 11.656 Martha Lucía Álvarez vs. Colombia. *Repositorio Institucional Universidad del Rosario*. Recuperado de <file:///C:/Users/GOLDEN/Downloads/1020724627-2013.pdf>
- Carbonell, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. Madrid. 2007.



Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes*. Recuperado de [http://www.americalatinagenera.org/es/index.php?option=com\\_content&task=view&id=905&pub\\_id=2168](http://www.americalatinagenera.org/es/index.php?option=com_content&task=view&id=905&pub_id=2168)

Const. (1991). Constitución Política de Colombia. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Defensoría del Pueblo, Observatorio de Justicia Constitucional. (2013). *Protección Constitucional y Derechos de las Personas con Diversa Orientación Sexual*. Recuperado de <http://observatorio.defensoria.gov.co/?s=ojc&a=6&es=0>

Domínguez, M. (2015). Adopción igualitaria en Colombia: preceptos para un camino justo a un pacto de cuidado. Cuadernos de Filosofía Latinoamericana, 103-123. Obtenido de <file:///C:/Users/ccald/Documents/TRABAJOS/ADOPCIÓN/Dialnet-AdopcionIgualitariaEnColombiaPreceptosParaUnCamino-5679890.pdf>

Dueñas Ruiz, Oscar José. (2009). *Lecciones de Hermenéutica Jurídica*. Quinta edición. Editorial Universidad del Rosario.

Estrada-Vélez, S. (2011). Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo. Opinión Jurídica. Universidad de Medellín, 21-40. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v10n19/v10n19a02.pdf>

Estrada-Vélez, S. (2011). Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. Revista de Derecho. Universidad del Norte, 126-159. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n36/n36a07.pdf>

- Ferrer Araujo, Nina., Barrios, Dickson., Martínez, Abel., & Quintero, Glever. (2013). Límites al Derecho a la Intimidad en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana. *Erga Omnes Revista Jurídica, Corporación Universitaria Rafael Núñez*. Recuperado de [file:///C:/Users/GOLDEN/Downloads/362-1251-1-PB%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/GOLDEN/Downloads/362-1251-1-PB%20(3).pdf)
- García de Enterría, E. (1991). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas.
- García, M. (1993). La incidencia social de la Constitución. *Revista de Derecho Público*, 9-29.
- Gascón, M., & García, A. (2005). La argumentación en el derecho. Lima: Palestra.
- Hernández Sampieri, Roberto; Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, María del Pilar (2010). Metodología de la Investigación, Quinta Edición. McGraw-Hill / Interamericana Editores S.A. de V.C. Chile.
- Hoyos, L. M. (2012). El método neoconstitucional de la dignidad en el derecho privado: una aproximación a la igualdad de género en el ámbito de las relaciones familiares homoparentales. *Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes*, 1-24. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033218003>
- Londoño Jaramillo, Mabel. (2012). Derechos de las Parejas del Mismo Sexo. Un Estudio de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*. Recuperado de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302012000200004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302012000200004&script=sci_arttext)
- López Medina, Diego Eduardo. (2006). *El Derecho de los Jueces*. Segunda Edición. Legis Editores S.A.

- López Medina, Diego Eduardo. (2006). *Interpretación Constitucional*. Segunda Edición. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa “Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla”.
- López Medina, Diego. *Interpretación Jurisprudencial desde la perspectiva de los Jueces y Juezas en Colombia, Área Constitucional*. (2011). Recuperado de <http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a11/2.pdf>
- Prieto Sanchís, L. (1991). Notas sobre la interpretación constitucional. Revista del Centro de Estudios Constitucionales.
- Quinché Ramírez, Manuel Fernando y Peña Huertas, Rocío del Pilar. (2013). *El Derecho Judicial de la Población LGBTI y de la familia diversa*. Editorial Legis S.A.
- Quinché Ramírez, Manuel Fernando. (2014). *El precedente judicial y sus reglas*. Editorial Legis S.A.
- Rey Cantor, Ernesto. (2010). *El Derecho Procesal Constitucional. Un Nuevo Concepto*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Robledo, P. (2016). La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2015: la discriminación por razón de la orientación sexual. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 565-588. Obtenido de <https://recyt.fecyt.es//index.php/AIJC/article/view/54293>
- Vanegas Torres, Gustavo y otros. (2004). *Guía para la Elaboración de Proyectos de Investigación en Derecho*. Segunda Edición. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas Universidad Libre de Colombia.
- Viveros, Enrique. *La nueva formalización de parejas*. (2013). Segunda Edición. Editorial Legis S.A.