

# La legalidad del derecho a la familia homosexual en Colombia

Diana Paola Urrego Trujillo<sup>1</sup>  
Universidad de San Buenaventura Cali

Recibido: 26 de enero de 2015 - Revisado: 26 de marzo de 2015 - Aceptado: 23 de junio de 2015.

## Resumen

Dada la necesidad de la sociedad colombiana de reconocer la evolución del concepto de familia, tanto las corporaciones judiciales como el órgano legislativo han procurado tímidamente abordar el problema de tal manera que la paridad existente entre el desarrollo de la familia como núcleo esencial de la sociedad y el establecimiento de los derechos de la comunidad homosexual, que reclama el respeto por su libre decisión y la adecuación de un espacio jurídico que le permita su exigibilidad, no se vea afectada por los prejuicios cimentados por la moral religiosa y la ética social. Este artículo pretende mostrar la confrontación de las teorías moralistas, sociológicas y jurídicas y determinar las causas que han generado en Colombia el estancamiento en la adopción de un sistema jurídico que haga efectivos los derechos de la comunidad homosexual y permita la promoción de una imagen positiva del país como un Estado garantista de los derechos humanos.

**Palabras clave:** familia, sociedad, derechos humanos, comunidad homosexual.

Puede citar el presente artículo así: Urrego, D. (2015). La legalidad del derecho a la familia homosexual en Colombia. *Revista Ciencias Humanas*, 12, 95-107.

1. Licenciada en Educación para la Democracia. Abogada, Especialista en Derecho Administrativo, Magíster en Derecho Administrativo. Defensora Pública de la Defensoría del Pueblo, regional Valle. Docente de tiempo completo de la Universidad San Buenaventura Cali en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Correo electrónico: dpurrego@usbcali.edu.co

# Legality of homosexual family law in Colombia

## Abstract

Considering the need addressed by the Colombian society the evolution of the concept of family, both judicial bodies as the legislature have timidly attempts to address so that the existing parity between the development of the family as the core of society and establishing the rights of the gay community that demands respect for self determination and the adequacy of legal space that allows them the enforceability thereof, is not affected by the cemented by religious morality and social ethics prejudices. This article shows the confrontation of the moral, sociological and legal theories and determine the causes that have led to stagnation in Colombia to adopt a legal system that takes effective rights of the gay community and at the same time allowing the promotion a positive image of the country as a guarantor of human rights state.

**Keywords:** family, society, human rights, gay community.

## Introducción

Las ideas acerca de la noción de familia que la sociedad ha construido a lo largo del tiempo a fin de darle un concepto adecuado a sus fines, permiten que hoy en día esta se conciba como institución base de la humanidad, en la cual se forman los individuos que en definitiva perpetúan y transforman la sociedad. Es decir, la familia es la célula del sistema sociocultural y lo que permite la unión entre la persona y la comunidad. Esto hace que para ningún Estado tal institución pase desapercibida, sino que por el contrario, cobre un interés primordial en la realización de sus proyectos políticos, integrándola a un sistema de relaciones en constante transformación, que implica su modernización pero jamás su aniquilamiento. La Asamblea Constituyente de 1991,<sup>2</sup> fue el

órgano encargado de modernizar el Estado colombiano y adentrarlo en el marco evolutivo que la comunidad internacional había trazado para el desarrollo de políticas proteccionistas que giraran en torno al ser humano. Es allí donde se fundamenta la inclusión de la familia en los preceptos normativos que conforman la actual Constitución Política de Colombia, razón por la cual el Estado colombiano en su conjunto institucional hace efectivos los postulados constitucionales que garantizan los derechos fundamentales de ciertas colectividades, como acontece con la comunidad homosexual.

Según nuestra Constitución, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos que nacen de la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.<sup>3</sup> Como

2. Se hace referencia al órgano constituido y convocado por el pueblo colombiano el 9 de diciembre de 1990, para que entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991, asumiera temporalmente el poder de reforma de la constitución. Esta asamblea proclamó, decretó y promulgó la Constitución Política hoy vigente. Para profundizar sobre el tema consultar el libro Historia Constitucional Colombiana de Raúl Pacheco Blanco, edición 2001.

3. Constitución Política de Colombia, Artículo 42, Bogotá, 1991.

se observa, tal aseveración, al implicar una subordinación dada la jerarquía normativa que contiene, delimita el derecho de conformar una familia a quien tenga una tendencia sexual diferente a la heterosexual, al no dar cabida a la posibilidad de materializar jurídicamente el deseo de una persona de conformar una familia con otra de su mismo sexo. Por ello, es más que evidente la necesidad de abordar la problemática planteada en este documento, con base en la importancia que cobra en estos días el manejo de las garantías a los derechos humanos en Colombia y el potencial de la población homosexual residente en nuestro país, que día a día se consolida bajo la expectativa de exigir el respeto por sus derechos ante el Estado y la misma sociedad, sin dejar de lado las conjeturas evaluativas sobre el cumplimiento de los fines esenciales del Estado a través de las distintas instituciones que implícitamente se obtienen de las conclusiones y validación de hipótesis a que se llega en este trabajo.

## La familia

El concepto de familia, manejado en un sentido genérico que comprenda los matices que la distinguen, implica un núcleo conformado por personas que conviven o han convivido íntimamente, cuyas relaciones interpersonales están basadas en el afecto y en la satisfacción de necesidades primarias que hacen posible la formación de cierta conciencia de unidad. Así, tenemos, por ejemplo, la exposición de conceptos genéricos que enfatiza Cabanellas (2003), quien resalta que para quienes manejan el área del linaje, la estirpe o la sangre, la familia es el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común y los cónyuges de los parientes casados. Para aquellos que priorizan lo afectivo o lo hogareño, familia es la inmediata parentela de uno –por lo general el cónyuge– los padres, los hijos y los hermanos. Para quienes destacan los fines genésicos, de

crianza y formación de la descendencia, la familia son los hijos o la prole.

Desde la perspectiva del derecho y la sociedad, podemos encontrar acepciones desprovistas del carácter afectivo, jerárquico y de los fines de perpetuación humana que se destacan en otras definiciones. Sánchez Román (citado por Cabanellas, 2003) afirma:

*La familia es una institución ética, natural, fundada en la relación conyugal de los sexos, cuyos individuos se hallan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia; institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo, en todas las esferas de la vida, de la especie humana.*

Díaz de Guijarro (citado por (Cabanellas, 2003) apunta: "Es una institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación". Para Naranjo (2006), la familia es una institución histórica, jurídica y social del más hondo arraigo a través de las diferentes épocas de la civilización.

De lo anterior se desprende la necesidad de que el derecho se ocupe de la familia a través de su regularización, con el objeto de proteger los intereses que inciden directamente sobre la comunidad social, pues la familia es un elemento de cohesión y equilibrio. Para la sociedad colombiana en general, se ha instituido una definición de familia impregnada de simbolismos moralistas, éticos y religiosos apegados al paradigma conceptual de ser una institución conformada por un hombre y una mujer, enmarcada en sentimientos afectivos recíprocos y con el fin de tener hijos.

## Evolución jurídica de la familia

Estandarizada la familia como la base de la sociedad, surge la exigencia de resguardarla mediante un compendio de normas jurídicas

que garanticen su existencia, permanencia y estabilidad y frente a las acciones del Estado. Se pasa de esta manera, de una concepción matriarcal dominante en la antigüedad, a una sindiásmica basada en la exclusividad de la relación de la mujer con un solo hombre, para posteriormente evolucionar hacia su estructura actual fundada en la relación monogámica: un solo hombre y una sola mujer que sostiene relaciones sexuales exclusivas. Estas ideas de transformación e interacción con otros sistemas, plantean la imagen de cambio y la emergencia de nuevos paradigmas que se comienzan a observar como producto de las necesidades de los individuos y la sociedad en general (necesidades básicas, de pertenencia, de seguridad etc.). De esta manera, en Colombia, el Estado social de derecho revistió sus políticas estatales de una sensibilidad social por el bienestar del hombre con la Constitución Política de 1991 y logró darle un estatus jurídico a la familia al proclamarla como un derecho fundamental, conservando así su acepción más tradicional (artículo 42).

## La homosexualidad y su contexto social

Este es un asunto que requiere especial cuidado en el manejo de su conceptualización, razón por la cual se acude a los distintos espacios académicos en que se ha tratado, a fin de congregar los conceptos emitidos. Se han escogido selectivamente los argumentos postulados por la psicología, la religión y algunas instituciones estatales (la Procuraduría, la Defensoría del Pueblo, el Instituto de Bienestar Familiar y la Corte Constitucional) e internacionales. En su acepción más general, la homosexualidad es una orientación sexual definida como la interacción o atracción sexual, emocional, sentimental y afectiva hacia individuos del mismo sexo. Etimológicamente, la palabra homosexual es un híbrido del griego *homo*,

igual, (no, como se cree, derivado del sustantivo latino *homo*, hombre) y del adjetivo latino *sexualis*, lo que sugiere una relación sexual y sentimental entre personas del mismo sexo, incluido el lesbianismo.

El término "homosexual" fue empleado por primera vez en 1869 por Karl-Maria Kertbeny y el libro *Psychopathia Sexualis*, de Richard Freiherr von Krafft-Ebing, popularizó el concepto en 1886 (Sánchez, 2010). Desde entonces, la homosexualidad se ha convertido en objeto de estudio y debate. Inicialmente se catalogó como una enfermedad, trastorno o patología que había que curar, pero actualmente se entiende como parte integral y necesaria para comprender la biología, la psicología, la política, la genética, la historia y las variaciones culturales de las identidades y prácticas sexuales de los seres humanos (Sánchez, 2010).

Pérez (2011), señala que en el campo de la sexualidad no se ha vivido tan solo una revolución, sino tres revoluciones que han marcado el cambio más importante operado en la historia de la humanidad, al trascender sobre los estilos de vida de las personas. Sin embargo, su impacto no ha sido considerado como debería ser, por cuanto no se le ha dado la importancia que requiere. Afirma: "La sexualidad debería constituir y conformar uno de los pilares formativos del sistema educativo, pero no en la forma marginada y frívola con que se trata en las escuelas, colegios y universidades". Así mismo, se encuentra la tercera revolución sexual en el cambio de época hacia el siglo XXI, paso que abre unas perspectivas inimaginables, en cuanto rompe con el paradigma atribuido al sexo como único proceso de reproducción al descubrirse la reprogenética.<sup>4</sup> Con el desarrollo de las nuevas tecnologías biomédicas aplicadas a la reproducción humana, se dio el

4. *Reprogenética. Aula de la experiencia*. Universidad Pública de Navarra. Recuperado de: <http://www.unavarra.es/genmic/expcia/reprogenetica.pdf>.

dominio efectivo de dos procesos: la clonación y el placer sexual.

En cuanto al placer sexual, se desató la idea de que este se puede procurar sin sexo. Existen mecanismos artificiales de excitación sexual que son lo suficientemente sofisticados como para que una persona pueda gozar del sexo sin compañía, bien a través de portales web o mediante técnicas hipnóticas o nerviosas que envían artificialmente al cerebro los mismos impulsos que envía el coito.

Resulta pertinente anotar que antes de la revolución sexual de los sesenta no había ningún término o expresión que no fuera despectivo para los no heterosexuales. Incluso la connotación de tercer sexo que se le dio a su condición sexual como rezago de la sexología de la década de 1860 –que, vale decir, nunca alcanzó un uso generalizado–, estimulaba una discriminación ofensiva al enlistarlos como un tercer producto humano: 1. hombre; 2. mujer, y 3. tercer sexo (homosexual). A partir de la revolución sexual, la comunidad homosexual buscó organizarse mediante agrupaciones y asociaciones con el fin de marcar una posición dentro de la sociedad y reclamar el respeto por sus derechos, lo que se tradujo en una apertura a las primeras comunidades LGBT.

La sigla LGBT fue utilizada por primera vez por estudiantes activistas en la década de los sesenta para referirse a un movimiento que centraba su lucha por los derechos de las personas con una orientación sexual diferente de la heterosexual. Sin embargo, no es aún claro el alcance del término, pues algunas agremiaciones centraron sus actividades en defender sus intereses, sin importarles sin consideración a otros grupos como las feministas lésbicas, quienes dieron prioridad a la igualdad de género y percibían como patriarcales las diferencias de roles entre hombres y mujeres –*lo butch y femme*–. Estas asociaciones evitaban los roles de género que dominantes en los bares para lesbianas y se

apartaron de los varones homosexuales a quienes percibían como chovinistas. Muchas de ellas se rehusaron trabajar con hombres gays o luchar por sus causas. Por su parte, las lesbianas que tenían una visión más esencialista, opinaban que habían nacido homosexuales y empleaban el término lesbiana –hasta entonces descriptivo– para definir a las de su orientación sexual. Consideraban que las opiniones separatistas y coléricas de las feministas lésbicas eran perjudiciales para la causa de los derechos de los homosexuales. A esto pronto se le unió la petición de bisexuales y personas transgénero de ser reconocidos como parte integrante de la gran comunidad.

A finales de la década de los setenta empezó a disiparse la euforia inicial de los disturbios de Stonewall (1975)<sup>5</sup> –una serie de violentos conflictos entre la policía de Nueva York y grupos de gays, lesbianas y transgénero, que se inició durante la madrugada del 28 de junio de 1969 y duró varios días– para dar lugar a un cambio de percepción. Algunos gays y lesbianas se volvieron menos tolerantes con las personas bisexuales o transgénero, basados en la creencia de que los transexuales actuaban según los estereotipos de género y los bisexuales eran homosexuales que se negaban a salir del armario y ser sinceros con su identidad. Esto llevó a un desacuerdo en cuanto a lo que debía representar la sigla LGBT, al considerarse la gran diversidad de tendencias sexuales que se presentan en la comunidad homosexual. La tensión llega a su fin en los años noventa, cuando se aludió a la comunidad LGBT como una organización legal de personas homosexuales de todas las tendencias, que luchan por establecer un régimen legal que enaltezca sus derechos como seres humanos en cualquier lugar del mundo, sin condiciones

5. *Tonewall y el origen del orgullo gay lésbico bisexual transexual*. Manuel Mancera. Recuperado de: <http://agmagazine.com.ar/index.php?IdNot=375>

discriminatorias o limitaciones respecto de sus expectativas de vida familiar.

## Concepto de homosexualidad desde la perspectiva psicológica

La psicología consideró por largo tiempo la homosexualidad como un problema mental o de actitud que podía y debía ser tratado, de acuerdo con la ideología dogmática imperante en la época. El doctor Richard von Krafft-Ebing (1840-1902), psiquiatra alemán pionero en el estudio de las variantes prohibidas del deseo sexual, en su obra *Psychopathia sexualis* (1886) calificaba la homosexualidad como una enfermedad degenerativa, postulado que tuvo una aceptación total en virtud del respeto que como pater de la psiquiatría se le debía.

En esta vía, muchos de los trabajos de Sigmund Freud bajo su perspectiva psicoanalítica, resultaron en una postura que consideraba patológicas no solo las prácticas, sino, incluso, la mera condición de homosexual, que igualmente era clasificada por el médico austriaco en la categoría de de "perversión" o "aberración sexual" y una clara manifestación de falta de desarrollo sexual y psicológico que se traducía en fijar a la persona en un comportamiento previo a la "madurez heterosexual".

## Concepto de homosexualidad desde la perspectiva de la religión católica

Para la Iglesia católica, la homosexualidad es asimilada como pecado establecido por las leyes de Dios, según lo preceptuado en Levíticos 18:22, 20:13, Romanos 1:26-27, I de Corintios 6:9-10 y I Timoteo 1:9-10. Pero, ¿qué es el pecado? De acuerdo con las concepciones más tradicionales moldeadas en el núcleo familiar, es una conducta que infringe las leyes de Dios.

En un sentido más literario, el pecado, tal como se define en las traducciones originales de la Biblia, significa "perder el camino", que en este caso es el estándar de perfección establecido por Dios y evidenciado por Jesús.

Por su parte, la Iglesia católica, preocupada por la forma como el homosexualismo está siendo aceptado por la comunidad, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones para reclamar cordura por parte de sus feligreses y fijar la postura de las leyes de Dios ante las leyes de los Estados que tienden a auspiciar tales conductas con la otorgación de su reconocimiento legal.

En este sentido, La Congregación para la Doctrina de la Fe, institución católica que representa a la curia romana en un manifiesto promulgado en el 2003 critica fuertemente los regímenes que han autorizado la celebración de matrimonio entre parejas homosexuales:

*Recientemente, el Santo Padre Juan Pablo II y los dicasterios competentes de la Santa Sede han tratado en distintas ocasiones cuestiones concernientes a la homosexualidad. Se trata, en efecto, de un fenómeno moral y social inquietante, incluso en aquellos países donde no es relevante desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. Pero se hace más preocupante en los países en los que ya se ha concedido o se tiene la intención de conceder reconocimiento legal a las uniones homosexuales, que, en algunos casos, incluye también la habilitación para la adopción de hijos. Las presentes consideraciones no contienen nuevos elementos doctrinales, sino que pretenden recordar los puntos esenciales inherentes al problema y presentar algunas argumentaciones de carácter racional, útiles para la elaboración de pronunciamientos más específicos por parte de los obispos, según las situaciones particulares en las diferentes regiones del mundo, para proteger y promover la dignidad del matrimonio, fundamento de la familia, y la solidez de la sociedad, de la cual esta institución es parte constitutiva.<sup>6</sup>*

6 Disponible en: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_20030731\\_homosexual-unions\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_sp.html).

## Concepto de pareja homosexual desde las perspectivas institucionales del Estado colombiano

El Estado colombiano ha establecido instituciones con funciones definidas por la ley, para el control de las actuaciones de sus funcionarios y de los trámites administrativos en sectores específicos, con el fin de garantizar los derechos humanos y en especial aquellos catalogados como fundamentales. Sin embargo, frente al conflicto suscitado por la reclamación de los derechos de los homosexuales –estimulados por la ola jurídica internacional que los ha reconocido– ciertos funcionarios de gran envergadura nacional han emitido respecto del derecho a formar una familia homosexual, opiniones de carácter denegatorio, postura que, aparentemente, se ha tornado inamovible.

## Conceptos de la Defensoría del Pueblo y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

La Defensoría del Pueblo es la institución responsable de impulsar la efectividad de los derechos humanos en el marco del Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, mediante la promoción, divulgación y defensa de los derechos humanos, como el fomento del respeto al derecho internacional humanitario. Por su parte, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) es una institución estatal que trabaja por el pleno desarrollo de la primera infancia y el bienestar de las familias colombianas, con el fin de cultivar ciudadanos tolerantes, responsables y solidarios, construyendo así una Colombia próspera y democrática. No obstante lo anterior, estas instituciones han marcado una fuerte oposición frente a la aceptación y

desarrollo de una normatividad jurídica que les garantice a los homosexuales la efectividad de sus derechos individuales y en especial el de constituir una familia.<sup>7</sup>

## Concepto de la Procuraduría General de la Nación

Mediante la Resolución 316 del 2 de octubre de 2010, proferida por la Procuraduría General de la Nación, se crearon los grupos de trabajo de la procuraduría delegada dentro de los cuales figura el grupo de asuntos étnicos y minorías sexuales, al que se le asignaron las funciones relacionadas con la prevención de las violaciones a los derechos de este sector de la población, particularmente la de adelantar labores de seguimiento a las políticas públicas relacionadas con la materia. En desarrollo de dichas funciones se formuló la Acción Preventiva 04 del 5 de febrero de 2010 denominada "Fortalecimiento de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación en materia de derechos de la población LGBTI", que comprende varios componentes –entre ellos el de capacitación– que han significado un avance respecto del fortalecimiento institucional para atender las demandas y quejas presentadas por los integrantes de esta población.

## Conceptos de la Corte Constitucional de Colombia

La Corte Constitucional, organismo perteneciente a la rama judicial del poder público, creada por la actual Constitución Política y a la que se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, ha emitido una serie de sentencias que avivan el precedente

7. *Prohibición de adopción por parte de parejas de homosexuales*. Bogotá D.C.: Defensoría del Pueblo, 2006. Recuperado de: [http://www.defensoria.org.co/?\\_s=ojc&t\\_es=0&t\\_a=1&t\\_b=96](http://www.defensoria.org.co/?_s=ojc&t_es=0&t_a=1&t_b=96)

jurisprudencial, como una forma de concretar los derechos de los homosexuales en Colombia. Así, se tienen las siguientes sentencias:

Sentencia C-75 de 2007, por medio de la cual les reconoce a las parejas homosexuales los mismos derechos patrimoniales de las uniones heterosexuales.

Sentencia C-336 de 2008, por medio de la cual se les reconoce a las parejas del mismo sexo el derecho a acceder al derecho de pensión de sobrevivientes.

Sentencia C- 811 de 2007, por medio de la cual se establece el beneficio de la cobertura en salud. Es decir, el cotizante a sistema de salud puede afiliarse a su pareja homosexual que se encuentre desempleada a la cobertura del plan obligatorio de salud, en calidad de beneficiario.

Sentencia C-798 de 2008, por medio de la cual se declara inexecutable el término "únicamente", contenido en el párrafo 1 del artículo 233 del C. P., modificado por la Ley 1181 de 2007, que les extendió a los compañeros permanentes la facultad de denunciar la inasistencia alimentaria, condicionando la norma a entenderse que los homosexuales que conformen uniones maritales de hecho también pueden denunciar a su compañero permanente por inasistencia alimentaria.

Sentencia C-283 de 2011, por medio de la cual se declara la exequibilidad de las normas demandadas del Código Civil, condicionando la interpretación de las normas demandadas, indicando que estas se ajustan a la Constitución "[...] siempre y cuando se entienda que a la porción conyugal en ellos regulada, también tienen derecho el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo" y "[...] exhortar al Congreso para que legisle de manera sistemática y ordenada sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo".

Sentencia C-577 de 2011, por medio de la cual se mantiene la definición de matrimonio vigente desde 1887, pero se reconoce que la unión habida entre personas del mismo sexo como pareja estable, es un modelo de familia y ordena al Congreso legislar antes de julio del 2013 sobre este asunto, a fin de dar garantías a la existencia de la familia homosexual.

Sentencia C-238 de 2012, por medio de la cual se establece el derecho sucesoral para compañeros permanentes del mismo sexo.

Sentencia T-101 de 1998, por medio de la cual se reitera la inconstitucionalidad del tratamiento discriminatorio en los establecimientos educativos y en la propia estructura del sistema de educación.

Sentencia T-499 de 2003, sentencia de tutela que les garantizó a las uniones homosexuales el derecho a la visita conyugal.

Sentencia T-717 de 2011, sentencia de tutela que ratifica otros medios de prueba para demostrar la existencia de la unión marital de hecho, diferentes al acta de conciliación o escritura pública.

Sentencia T-909 de 2011, sentencia de tutela que permite la expresiones de afecto de las parejas homosexuales en espacios públicos.

Sentencia T-276 de 2012, sentencia de tutela que permite la adopción individual a personas de condición homosexual.

De los fallos más relevantes que se han presentado sobre el tema de la homosexualidad en Colombia, se destaca la sentencia C-336 de 2008, que estableció que las parejas del mismo sexo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes siempre y cuando cumplan con los mismos requisitos legales establecidos para las parejas heterosexuales. Allí fueron demandados las expresiones "compañera y compañero permanente", contenidas en el artículo 1° de la Ley 54 de 1999 que definen las uniones

maritales entre compañeros permanentes, y los artículos 47, 74 y 163 de la Ley 100 del 93, que definen los requisitos de acceso a la pensión de sobrevivientes. La Corte encontró que la limitación del derecho de adoptar impuesta a quienes viven de conformidad con sistemas morales distintos del propuesto por la moral pública, aunque significa una restricción fuerte del derecho al libre desarrollo de la personalidad (porque imposibilita llegar a ser padre o madre por la vía de la adopción), es la única manera de garantizar la prevalencia de los objetivos superiores relativos a la finalidad moral de la educación, dada la condición de los padres de ser los primeros y principales educadores de sus hijos.

## La legalidad en un estado social de derecho. Definición de legalidad

La definición de legalidad ha sido objeto de discusión por parte de varios autores, entre los cuales se encuentran aquellos que se caracterizan por contextualizar su concepto en el marco de lo legal; es decir, sobre el plano jurídico del derecho o norma positiva, como Vedel(1980), quien define la legalidad como "la cualidad de aquello que es conforme a la ley". Para precisar el concepto desde un punto de vista general decantado de la doctrina y la jurisprudencia, cabría afirmar que la legalidad hace referencia a la sujeción de la acción política, administrativa y social a las normas jurídicas vigentes. Pero en el momento en que la Constitución de un país establece la legalidad como una garantía, le da el estatus de principio con el que pretende dar seguridad a una aplicación estable de la ley y poner límites a los actos parciales o caprichosos de los funcionarios por medio de la existencia de un orden jurídico derivado de la misma Constitución. Por ende, se puede concluir que el principio de legalidad es la adecuación de los actos de la autoridad

a un conjunto de normas jurídicas, las cuales deben estar expresadas en el ordenamiento jurídico vigente (Urueta, 1997).

El derecho actual ha tratado de manera reiterada de vislumbrar una postura estable sobre lo que debe entenderse por legalidad con el fin de que impere en todo tipo de Estado, especialmente en aquellos en los que el ejercicio del poder político se confabula con prácticas que atentan contra los derechos humanos de los ciudadanos que conforman tal Estado. Esta situación se refleja en la denegación del derecho a conformar una familia por parte de una pareja homosexual, lo cual es el objeto de estudio y análisis que se hace en este documento.

En la esfera doctrinaria, se opta por relacionar el concepto de legalidad con las nociones de democracia, imperio de la ley y Estado de derecho, al postular que la finalidad de la legalidad se concreta bajo el sentido de convivir dentro de las leyes que desarrollan los principios de la Constitución o que se hallan en armonía con tales preceptos constitucionales, por ser producto de la voluntad popular y proporcionar la garantía plena de los derechos humanos o fundamentales

A partir de la multidimensionalidad que denota el principio de legalidad, se pueden definir tres marcos principales: un marco político, un marco jurídico y un marco ético. Así, entonces, un Estado que profesa el principio de legalidad, no solo impide el autoritarismo y el gobierno dictatorial sino que además pone freno a la concepción totalitaria de la democracia, de la mayoría aplastante y sin límites a través de medios de control que hagan efectivo dicho principio y lo conviertan en una realidad práctica, bajo la convicción por la cual se obedece a un poder; es decir, lo que se conoce como el imperio de la ley.

## El Estado social de derecho. Definición y características

Los orígenes del concepto de Estado son relativamente recientes (siglo XVI), y en un sentido más restrictivo, no es anterior a la edad contemporánea. El Estado, en términos de lo moderno, constituye el punto de referencia para los historiadores de la Edad Media en adelante, pero el manejo ideológico del concepto es, sin embargo, mucho más amplio. El Estado contemporáneo presenta diversas formas de concepción de poder en las que los lineamientos legislativos que lo sustentan apuntan al desarrollo global del derecho. Es así como encontramos dentro de esta forma de Estado el denominado Estado de derecho, que surge después de la Revolución Francesa como consecuencia del movimiento constitucionalista de los siglos XVII, XVIII y XIX en Inglaterra, Estados Unidos y Francia. El Estado de derecho asegura los controles populares de legalidad y de constitucionalidad para una mejor garantía jurídica de ellos y de las libertades individuales y para un ejercicio del poder acorde con el ordenamiento jurídico. Posteriormente, es reemplazado por el Estado social de derecho, tras una reformulación de los planteamientos político-filosóficos que se traducen en el desarrollo de ideas socialdemócratas que imponen a la persona (en su colectivo o individual, de acuerdo con la escala de valores) a los preceptos normativos, buscando con ello garantizar la finalidad de estar el Estado al servicio del hombre y no contrariamente. Por tanto, se tiene que el Estado social de derecho, es un Estado de tipo democrático, caracterizado por el reconocimiento de derechos de índole individualista y colectivista (económicos, sociales, culturales), con una idea de propiedad privada sumada a su función social, con una importante labor interventora en todos los niveles, fundamentalmente en el orden económico.

## Contexto jurídico internacional y nacional del derecho a la conformación de una familia homosexual

La problemática frente a la adopción de las normas jurídicas internacionales con las cuales se pretende unificar criterios para la mínima convivencia pacífica de naciones y salvaguardar al ser humano en su condición de sujeto de relaciones y persona subordinada a cierto poder político o público es patente, pues algunos Estados se refugian en el poder de decisión que les asiste en virtud de su soberanía para eludir responsabilidades propias del compromiso que adquieren ante los organismos internacionales de respetar la dignidad humana y el mínimo de derechos que de una persona por el solo hecho de serlo.

## La pareja homosexual desde la perspectiva jurídica nacional

De acuerdo con los conceptos expuestos, cabe afirmar que la legalidad es toda acción que se lleva a cabo dentro del marco de la ley escrita, cuya consecuencia supuesta es el respeto por las pautas de vida y coexistencia de una sociedad, de acuerdo con lo que entienda por tal concepto. Se debe estimar, entonces, que una característica de la legalidad es poner por escrito leyes antes orales resultado de la costumbre o la tradición (leyes consuetudinarias), lo que faculta para establecer una entidad normativa sólida, ya que su interpretación deja de ser arbitraria o caprichosa y supone el sometimiento de los individuos a su existencia.

Las leyes de una sociedad han sido establecidas con el fin no único de solucionar conflictos o disputas, sino también de organizar y ordenar la vida cotidiana en innumerables aspectos, que pueden ir desde lo comercial y lo civil, hasta lo religioso, familiar o individual. La legalidad es el marco dentro del cual opera el

sistema de leyes que una sociedad ha decidido darse y aceptar. Sin embargo, es claro que por encontrarse hoy en día el Estado colombiano compuesto por una comunidad pluricultural, el ámbito legal establecido podría presentar inconsistencias al no ser enteramente compartido por toda la comunidad, sobre todo en lo que respecta a tradiciones y leyes antiguas que permanecen en el tiempo.

En este marco, se da el debate entre los derechos homosexuales y la legalidad de su reconocimiento por parte de la sociedad y del Estado, aunque en ese sentido la ley o legalidad internacional ha establecido pautas de convivencia comunes que pueden ser organizadas y resueltas de acuerdo con los intereses de todas las naciones en conjunto. De ahí la importancia de un análisis comparativo del tratamiento legal que se les ha dado a los derechos de las personas homosexuales a nivel internacional, con el ordenamiento jurídico colombiano, a fin de establecer la contradicción del derecho positivo con los principios universales acogidos y aceptados por Colombia. Actualmente, el debate jurídico gira en torno a que la pareja homosexual debe ser vista ante todo como la unión de dos individuos, a los que se deben reconocer sus derechos civiles en consideración a su estatus como tales, como se observa en la sentencia C-075 de 2007 que establece las uniones maritales de hecho entre parejas homosexuales. Sin embargo, al examinar los argumentos que sustentan la sentencia, se tiene que la pareja homosexual es comprendida como comunidad de vida y por ello se considera merecedora de respeto y protección. En cambio, en las uniones heterosexuales la pareja es entendida en todo momento a la manera de una comunidad de vida permanente y no como "la suma de dos individuos separados", como se percibe en las parejas homosexuales. Pero si se reflexiona sobre estos conceptos desde una perspectiva más genérica –o sea, aunada a la cotidianidad del lenguaje– cabría afirmar que una vez se accede a esta comunidad de

vida (se conforma una pareja) ya no se hablaría de individuos separados entre sí, por lo que su tendencia sexual no debe ser considerada para definirla, so pena de entrar al sesgo de un criterio discriminatorio, dado que la condición sexual de los miembros de la pareja no debe ser convertida en un factor predominante para establecer o aceptar su conformación y menos su existencia.

## La norma constitucional frente a los derechos fundamentales y los principios universales

Si se hace un análisis correlacionado de los derechos de las personas anteriormente tratados, de las obligaciones o deberes del Estado y particularmente del artículo 42 de la Constitución a fin de establecer si el concepto de familia establecido por él vulnera los derechos fundamentales de las parejas homosexuales que conviven como compañeros permanentes en unión marital de hecho, se observa que a pesar de contemplar un derecho constitucional, es abiertamente contradictorio con los principios y derechos establecidos como fundamentales, –especialmente los aquí enunciados–, ya que cuando el constituyente dispuso que la familia "[...] se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de *un hombre y una mujer* de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla" (las cursivas son mías), está delimitando injustificadamente la conformación de la misma familia, pues al especificar que debe ser la decisión de un hombre y una mujer, está dejando por fuera a las personas del mismo sexo que hayan tomado la decisión libre de contraer matrimonio o querer conformarla. ¿O acaso le asiste al constituyente la facultad de desconocer de plano el reconocimiento de tal derecho a las parejas homosexuales, a pesar de que los principios que antecedan tal disposición hayan sido catalogados como

prevalentes y fundamentales por la misma norma constitucional?

## Conclusiones

De acuerdo con las anotaciones y la compilación de la información llevadas a cabo a lo largo del artículo, se tiene que la familia colombiana se encuentra definida por un compendio normativo que la ha institucionalizado como base esencial de la sociedad. De allí que al Estado colombiano le asista la obligación de protegerla y garantizar a sus miembros los derechos que poseen en virtud de esa relación familiar y como personas. En Colombia, se viene implementado un cambio substancial en el ámbito de los derechos sexuales que se desprenden de la sistemática interpretación de los derechos humanos, situación que se refleja en los diversos fallos proferidos por la Corte Constitucional en los que se reconocen los derechos de las parejas homosexuales, incluidos algunos casos aislados de personas transexuales que igualmente han puesto en movimiento el aparato judicial mediante la respectiva acción en pro de la efectividad sus derechos fundamentales. Es innegable que la Constitución Política de Colombia de 1991 ha incidido directamente sobre este proceso revolucionario, al ser el instrumento jurídico que (irónicamente) es utilizado por quienes proclaman la efectividad de los principios de igualdad y libertad allí postulados. Por tanto, mediante el análisis de los argumentos expuestos por las instituciones estatales estudiadas, se puede entrever que el Estado colombiano mantiene una latente discriminación en contra de las personas homosexuales, al no permitir que las parejas homosexuales estables que manifiesten el deseo de validar ante la sociedad y el Estado la familia que han conformado mediante la unión marital de hecho, puedan ejercer el derecho que les ha sido concedido por la ley a las personas para casarse o con-

traer matrimonio y adoptar menores de edad e integrarlos a su familia en calidad de hijos adoptivos. Esto, pese a haberse constituido Colombia como un Estado social de Derecho; es decir, que antepone a la persona como protagonista, al imponer la obligación a las autoridades estatales de garantizarle los derechos considerados esenciales en pro de mantener el nivel de vida necesario para participar como miembro pleno en la sociedad. Es de aclarar que en la actualidad, gracias al esfuerzo de las organizaciones internacionales interesadas en promover y resguardar los derechos humanos y los avanzados estudios científicos de carácter psicológico, biológico y social que se han hecho sobre la homosexualidad, no hay que entrar a demostrar su esencia natural ni su no peligrosidad, además de haberse logrado con ello desvirtuar las teorías que superflua-mente se mantuvieron durante siglos (y que aún persisten en ciertos sectores sociales), que postulaban la homosexualidad como una amenaza para la sociedad. En síntesis, se puede decir que en el ámbito social colombiano se han logrado pequeños avances que vislumbran la meta que jurídicamente se quiere alcanzar por parte de las personas homosexuales, a través del actuar de la Corte Constitucional y de ciertas organizaciones nacionales e internacionales que han brindado su apoyo como promotoras de los derechos humanos y aunque se ha tardado tiempo en reconocer y acoger como verdaderos miembros de la sociedad a aquellas personas, no está lejos el día en que tal anhelo sea una realidad.

## Bibliografía

CABANELLAS, G (2004). *Diccionario enciclopédico de derecho usual (Tomo IV)*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Corte Constitucional. Sent. C-588 de 1992.

Corte Constitucional. Sent. C-814 de 2001.

- Corte Constitucional. Sent. C-1064 de 2001.
- Corte Constitucional. Sent. C-75 de 2007.
- Corte Constitucional. Sent. C-811 de 2007.
- Corte Constitucional. Sent. C-336 de 2008.
- Corte Constitucional. Sent. C-798 de 2008.
- Corte Constitucional. Sent. C-283 de 2011.
- Corte Constitucional. Sent. C-577 de 2011.
- Corte Constitucional. Sent. T-101 de 1998.
- Corte Constitucional. Sent. T-499 de 2003.
- Corte Constitucional. Sent. T-314 de 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996). *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Editorial Civitas.
- HERDT, G. y Bruce K. (2002). *Gestión familiar de la homosexualidad*. Barcelona: Ed. Bellaterra.
- GÓMEZ, L. (2008). *Hermenéutica jurídica. La interpretación a la luz de la Constitución*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- GÓMEZ, F. (2007). *Constitución Política de Colombia* (anotada). Bogotá: Editorial Leyer.
- HELD, D. (2001). *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza Ensayo.
- BUTLER, J. (2006) *Deshacer el género*. Barcelona: Editorial Paidós.
- KRAFFT-E. Von R. (1886). *Psychopatia Sexualis*. Stuttgart: Verlag Von Ferdinand Enke.
- ANTIGUA, I. F. (2005). *Los psicólogos niegan que la homosexualidad sea una enfermedad*. Recuperado de: [http://www.apsique.com/wiki/Soci\\_AdopcionHomosexual](http://www.apsique.com/wiki/Soci_AdopcionHomosexual).
- LÓPEZ, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Editorial Legis.
- NARANJO, F. (2006). *Derecho Civil Personas y Familia*. Bogotá: Editorial Librería Jurídica.
- PÉREZ, J. (2011). *La revolución sexual: tres fases*. Universidad de Valencia. Tomado de: <http://los60yelcine.wordpress.com/2011/10/02/la-revolucion-sexual-tres-fases/>.
- QUIROZ, A. (2008). *Manual Civil Familia (Tomo I)*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- SÁNCHEZ, G. (2010). *El homosexualismo* 1ª ed. (Paperback). ISBN: 1451539533. Estados Unidos.
- TAFUR, A. (2007). Código Civil (anotado). Bogotá: Editorial Leyer.
- URUETA, M. (1999). *El poder discrecional*. Memorias del coloquio conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado Francés.
- VEDEL, G. (1980). *Derecho Administrativo*. Madrid: Aguilar.
- VIDAL, C. (2002). "La homosexualidad no es lo que era". Tomado de: <http://www.conoze.com/doc.php?doc=1590>.