

# El concepto de familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y su incidencia en las políticas públicas: una lectura en clave hermenéutica \*\*\*-\*\*\*\*

## The Concept of Family in the Jurisprudence of the Colombian Constitutional Court and its Impact on Public Policies: A Hermeneutical Code Reading

### RESUMEN

Este texto pretende analizar el rediseño del concepto de familia desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a partir de la Constitución Política de 1991, y su impacto en las políticas públicas en esta materia. Lo anterior en un escenario que supone la pluralidad étnica y cultural reconocida en el texto

\* Profesora de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca (Popayán). Abogada, especialista en Derecho de Familia; magíster en Políticas Públicas y Desarrollo de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. ORCID ID: 0000-0001-8011-7724. Contacto: nayda.ordonez.t@uniautonomo.edu.co

\*\* Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca (Popayán). Abogado, especialista en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante; magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho de la Universidad Industrial de Santander (UIS); candidato a doctor en Derecho de la Universidad Austral (Argentina). ORCID ID: 0000-0002-8219-0324. Contacto: juan.sterling.c@uniautonomo.edu.co

\*\*\* Recibido el 10 de marzo de 2020, aprobado el 17 de enero de 2022.

Para citar el artículo: ORDÓÑEZ TORRES, N. y STERLING CASAS, J. P. *El concepto de familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y su incidencia en las políticas públicas: una lectura en clave hermenéutica*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N.º 52, mayo-agosto de 2022, 175-206.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.06>

\*\*\*\* El presente texto es una versión ajustada y revisada de la tesis titulada “Incidencia de la Corte Constitucional en el rediseño de la política pública de familia en Colombia”, elaborada por Nayda Ordóñez Torres para obtener el título de maestría en Políticas Públicas y Desarrollo en la Universidad Autónoma de Bucaramanga en el año 2018.

constitucional que ha generado retos respecto de varias instituciones (entre ellas la familia), así como propiciado un debate entre las posiciones tradicionales y nuevas visiones que pretenden la superación conceptual y práctica de aquellas. Este nuevo escenario generó un fuerte rechazo por parte de la población, que, con una postura conservadora forjada sobre la base de la hegemonía de la Iglesia Católica y sus tradiciones, se resiste a concebir el fenómeno familiar por fuera de estructuras e interpretaciones rígidas. Dicho contexto condujo a que los jueces, en especial la Corte Constitucional, se vieran convertidos en actores de las políticas públicas tendientes a rediseñar el concepto de familia, lo que resulta novedoso en tanto los enfoques clásicos de las políticas públicas no suelen considerar como actores a los jueces, lo que hace necesario abordar el fenómeno desde un enfoque neoinstitucional de estas.

#### PALABRAS CLAVE

Filosofía del derecho, derecho constitucional, interpretación del derecho, democracia, poder judicial, sentencia, filosofía política.

#### ABSTRACT

This text aims to analyze the redesign of the concept of family from the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court, since the Political Constitution of 1991, and its impact on the public policies in this matter. The foregoing within a scenario that involves the ethnic and cultural plurality recognized in the constitutional text that has generated challenges for several institutions (including the family) and led to a debate between traditional positions and new visions that aim at conceptual overcoming and practice of those. This new scenario has generated a strong rejection by a part of the population, who, with a conservative stance forged by the hegemony of the Catholic Church and its traditions, resists conceiving the family phenomenon outside rigid structures and interpretations. This led to judges, especially the Constitutional Court, becoming actors in public policies when redesigning the family concept, but this is new because of classical approaches do not usually consider judges as actors, then, it is necessary to address the phenomenon from a neo-institutional approach to public policy.

#### KEYWORDS

Law philosophy, constitutional law, legal interpretation, democracy, constitutional court, political philosophy.

## SUMARIO

Introducción. 1. El enfoque neoinstitucional en el análisis de las políticas públicas. 2. El papel de los actores en la formulación de las políticas públicas. 3. El tribunal constitucional como actor. 4. El papel de la Corte Constitucional en la transformación de imaginarios sociales. 5. Evolución del concepto de familia en la jurisprudencia constitucional: un análisis hermenéutico. Conclusión. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el concepto de familia en la elaboración, formulación y evaluación de las políticas públicas son el resultado de asumir que los jueces son actores de estas bajo los postulados del activismo judicial, y su incidencia, en el caso colombiano, no es poca. La construcción de este documento se estructuró desde una metodología de investigación cualitativa con un método hermenéutico comprensivo que tuvo como fuentes primarias documentos oficiales en materia de políticas públicas de familia, jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>1</sup> y documentos de doctrinantes expertos en el área.

El planteamiento del problema se enmarca en un estudio interdisciplinario que aborda el tema de las políticas públicas y la institución de la familia desde su análisis jurídico a partir del escenario que supone la pluralidad étnica y cultural reconocida en el texto constitucional, y que significó un debate entre las posiciones tradicionales y las nuevas visiones que pretendían la superación conceptual y práctica del concepto de familia. Una aclaración debe hacerse antes de proseguir: se ha elegido el concepto de familia desde su tratamiento jurídico como resultado de un proceso político, de ahí que el trabajo se limite a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y su análisis hermenéutico, para posteriormente enlazarlo con el enfoque neoinstitucional de las políticas públicas y evidenciar casos de impacto. Todo esto en el cuadro de reflexiones sobre el activismo judicial, las narrativas jurisprudenciales, los diversos tipos de familia y su taxonomía, y el papel de los actores en la políticas públicas, sin que pretenda hacerse de ellas el objeto principal de reflexión. Así las cosas, el problema inicialmente parece ser de orden conceptual, y se explica a partir de un fenómeno recurrente en la historia constitucional colombiana, a saber, la falta de consenso constituyente: “En Colombia hay una realidad que a la luz de las evidencias históricas resulta muy notoria. Hago referencia

1 Para la elaboración de este trabajo se consultaron y analizaron las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-090 de 1994, C-174 de 1996, C-098 de 1996, C-742 de 1998, T-586 de 1999, T-503 de 1999, C-814 de 2001, C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, T-716 de 2011, C-577 de 2011, C-238 de 2012 y T-606 de 2013.

a que ya casi en los 200 años de vida independiente, nuestra sociedad ha sido incapaz de alcanzar un consenso constitucional que sea suficientemente profundo y duradero”<sup>2</sup>.

Este problema histórico trae consecuencias jurídicas, en tanto la adopción de la Constitución de 1991 significó, por primera vez, un verdadero pacto político que tuvo en cuenta a diversos grupos sociales, políticos y económicos. Históricamente, las constituciones habían sido impuestas por las élites o clanes políticos que llegaban al poder, y esto suponía la exclusión de grupos rivales o la eliminación de proyectos anteriores contrarios. El proceso constituyente de 1991 rompió con este modelo y por primera vez el pueblo fue consultado acerca de su voluntad de convocar una asamblea constituyente y elegir sus integrantes. Como resultado de lo anterior se logró una composición pluralista de la asamblea, con representación de diversos sectores e ideologías.

Este pluralismo significó, entre otras novedades, la enunciación de derechos fundamentales, si bien no su delimitación y contenido, y un ejemplo de ello es el concepto de familia, pues si bien la Constitución la concibió como núcleo esencial de la sociedad, no se detuvo a enunciar las características de su composición de una forma clara y profunda, dado que hubiese sido imposible lograr acuerdo alguno sobre dicho concepto teniendo en cuenta la multiplicidad de ideologías representadas en la Asamblea Nacional Constituyente. Ahora bien, jurídicamente hablando, la consecuencia de este escenario político es la indeterminación del texto constitucional, que enuncia derechos e instituciones pero no indica claramente su contenido y alcance. De esta manera, se aprecia cómo desde una coyuntura política concreta se puede derivar un fenómeno jurídico. Se tiene así que un escenario con diversas posturas ideológicas que intentan definir en profundidad una institución como la familia implica un fenómeno de indeterminación del lenguaje jurídico, en tanto solo se puede llegar a enunciar un acuerdo sobre lo mínimo (es decir, se tiene el derecho o la institución, pero su contenido o alcance no es claro). Lo anterior hizo necesario que el concepto de familia, desde la Constitución de 1991, fuese determinado por los jueces de conformidad con la nueva estructura del Estado social de derecho y con el papel que estos juegan en él; con el tiempo, se logró una visión incluyente que dista del concepto tradicionalmente aceptado gracias a un cambio interpretativo.

Este escrito se enfoca en el rediseño que ha tenido el concepto de familia en los pronunciamientos de la Corte Constitucional a través de su proceso hermenéutico, y en si el resultado se ha implementado de alguna manera en las políticas públicas del orden nacional. Además, también busca rescatar la necesidad de una reflexión que ejemplifique la relación entre derecho y políticas públicas.

2 ZULUAGA, R. *De la expectativa al desconcierto. El proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*. Santiago de Cali: Pontificia Universidad Javeriana, 2008, 25.

Para iniciar, se parte del concepto de políticas públicas. Una política pública es, de manera general, la respuesta que la sociedad espera del Estado y sus instituciones en virtud de los fines constitucionalmente consagrados: ante todo, la protección de la vida, honra y bienes de los individuos. Para garantizar y concretar políticas públicas las autoridades actúan mediante la intervención pública, la responsabilidad y los recursos; de acuerdo con lo anterior, una política pública puede definirse conceptualmente como “[u]na estrategia con la cual el gobierno coordina y articula el comportamiento de los actores a través de un conjunto de sucesivas acciones intencionales, que representan la realización concreta de decisiones en torno a uno o varios objetivos colectivos, considerados necesarios o deseables en la medida en que hacen frente a situaciones socialmente relevantes”<sup>3</sup>.

La actual coyuntura política del país, marcada por polarizaciones en torno al concepto de instituciones como el matrimonio, la adopción y los derechos de la comunidad LGTBIQ+, representa un desafío para la creación de políticas públicas y su ejecución en un escenario de intenso debate jurídico, ideológico y económico en el cual estas pierden relevancia y comprometen su utilidad. Esta tensión lleva a preguntarse hasta qué punto el sistema judicial puede ser una limitante para la deliberación democrática, al cuestionar si son los jueces los llamados a ordenar la creación o ejecución de tales políticas, asumiendo así una función que no les es propia. Por lo anterior, las políticas públicas merecen un análisis en clave jurídica, pues se convierten en instrumentos que aseguran el cumplimiento de los principios constitucionales y la libertad de los individuos mientras aseguran la superación de la exclusión y la dominación: “Tenemos que entender que la gente solo puede ser libre si no está bajo estructuras de dominación que impiden que la persona llegue a una concepción de que es autónoma y no que está sujeta, subordinada o sometida”<sup>4</sup>.

Pero el escenario descrito merece además un análisis de la tensión entre el activismo judicial, la elaboración de políticas públicas y la opinión pública. Ejemplos recientes han mostrado cómo, pese a pronunciamientos puntuales de la Corte Constitucional sobre la familia, el matrimonio y las adopciones igualitarias, algunas entidades gubernamentales omiten crear e implementar políticas públicas adecuadas para garantizar la nueva realidad reconocida por vía jurisprudencial. El origen parece encontrarse en el reto de una Constitución con un amplio catálogo de derechos lingüísticamente indeterminados, los diversos mecanismos judiciales para su protección y el diseño e implementación de políticas públicas que concreten los valores y principios constitucionales<sup>5</sup>.

3 TORRES-MELO, J. *Introducción a las políticas públicas*. Bogotá: IEMP, 2013, 56.

4 ARANGO, R. *El constitucionalismo en Latinoamérica. Una mirada en perspectiva*. En *Progresos y tendencias del constitucionalismo latinoamericano*. Sabaneta: Unisabaneta, 2016, 32.

5 GARCÍA, L. *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción. Una discusión en clave neoconstitucional*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, 93.

## 1. EL ENFOQUE NEOINSTITUCIONAL EN EL ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

El enfoque neoinstitucional de las políticas públicas (ENPP) plantea que las instituciones, de cualquier comunidad, son un conjunto de reglas encaminadas a la definición de la acción humana en su actividad política. Se parte de que toda actividad política es el resultado de valores, principios, creencias y costumbres que se construyen a lo largo del tiempo. De esta manera el ENPP puede analizarse, en una primera mirada, bajo lo que Max Weber explicó como “proceso de racionalización”<sup>6</sup> y que ilustra cómo una determinada comunidad construye sus creencias y prácticas a partir de un proceso en el que una clase dominante difunde entre las clases dominadas su ideología, estética, lenguaje y tradiciones; se tiene entonces que las clases dominadas terminan aceptando como naturales los comportamientos que se tildarán de correctos o normales<sup>7</sup>, edificando así una fe en la legalidad y la política. Al respecto, Habermas “entiende los órdenes estatales de las sociedades occidentales modernas como acuñaciones de la ‘dominación legal’. Basan su legitimidad en la fe en la legalidad del ejercicio de la dominación. La dominación legal cobra un carácter racional entre otras cosas por la fe en la legalidad”<sup>8</sup>.

Este proceso de racionalización moldea las imágenes, valores y prácticas que se consideran normales y aceptados dentro de la comunidad, elementos que al final conformarán las reglas que sustentan las instituciones políticas, eje central del ENPP. Si bien es cierto que el final del proceso implica una pauta legal, ello no es ajeno a la idea de política pública en tanto es esta un motor de aquella. El proceso es entonces histórico y de carácter universal dado que explica las relaciones de poder de las instituciones políticas a partir de la formación de valores que “brinda una teoría macro-sociológica multidimensional para el análisis histórico de configuraciones sociales básicas y sus variantes, en una perspectiva evolutiva y comparativa”<sup>9</sup>. Así, las instituciones políticas son el resultado de un proceso de racionalización que:

6 Weber concibe este proceso como “una toma de postura teórico-intelectual o ético-práctica” que determina las formas de coherencia de una conducta determinada a unos fines deseables. Véase WEBER, M. *Ensayos sobre la sociología de la religión*. Tomo 1. Madrid: Taurus, 437.

7 En ese mismo sentido, Weber plantea que el proceso de racionalización responde a la pregunta: “¿qué serie de circunstancias han determinado que sólo en Occidente hayan nacido ciertos fenómenos culturales, que (al menos, tal como solemos representárnoslos) parecen marcar una dirección evolutiva de universal alcance y validez?”. WEBER, M. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Barcelona: Península, 1979, 5.

8 HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2005, 535.

9 W. SCHLUCHTER, citado en ARONSON, P. y WEISZ, E. (comps.). *Sociedad y religión. Un siglo de controversias en torno a la noción weberiana de racionalización*. Buenos Aires: Prometeo, 2005, 31.

Consiste en la organización de la vida, mediante la división y coordinación de las diversas actividades, sobre la base de un estudio preciso de las relaciones entre los hombres, con sus instrumentos y su medio ambiente, en vista de una mayor eficacia y rendimiento [...]. Weber caracteriza esta racionalización como una sublimación, es decir, como un refinamiento ingenioso de la conducta de la vida y un dominio creciente del mundo exterior<sup>10</sup>.

La racionalización, como fundamento de las instituciones políticas, facilita entonces el ejercicio del poder y el sometimiento del individuo a la idea de dominación. Si bien es cierto que el concepto de poder es amorfo, Weber lo concibe como “la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad”<sup>11</sup>. La idea de corrección se basa entonces en el poder o capacidad de no equivocarse (pues es un reflejo de lo tradicional, de lo bueno y correcto); sucede así con el concepto de familia, pues este se desarrolla dentro del proceso de racionalización.

Vale la pena mencionar también que las instituciones políticas deben ser consideradas, en un sentido amplio, como entidades operativas y no solamente ideológicas. De esta manera coordinan y establecen acciones para la concreción de los valores públicos entre los individuos y la comunidad: “Las instituciones, en un sentido amplio, son las reglas, normas, costumbres de operación del sistema; son al mismo tiempo las redes que sirven para enlazar y encauzar institucionalmente las relaciones de intercambio económico, social y político entre los subsistemas o distintos componentes del sistema”<sup>12</sup>.

Así las cosas, el origen del ENPP está cimentado en una reformulación del enfoque institucionalista de las políticas públicas que se caracterizaba por una postura según la cual las instituciones estatales derivaban su autoridad de la voluntad general<sup>13</sup>. Esta teoría, dominante durante la primera mitad del siglo XX, se evidenció en regímenes restrictivos de las libertades de los individuos para privilegiar así anhelos colectivos. De esta manera el institucionalismo se centraba en mecanismos y políticas que privilegiaran el papel del legislador y el sometimiento del sentimiento individual al colectivo (instituciones) en búsqueda de un bienestar igualmente general.

Pero con la evolución que implicó la llegada del racionalismo y el modelo conductista en las décadas de 1950 y 1960 (con un origen psicológico pero con amplias repercusiones en todas las ciencias sociales), el enfoque institucional

10 FREUND, J. *Sociología de Max Weber*. Barcelona: Península, 1973, 21-22.

11 WEBER, M. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002, 43.

12 RIVAS, J. *El neoinstitucionalismo y la revalorización de las instituciones*. En *Revista Reflexión Política*, Universidad Autónoma de Bucaramanga. N.º 5, 2003, 39.

13 PETERS, G. *El nuevo institucionalismo. Teoría institucional en ciencia política*. Barcelona: Gedisa, 2003, 20.

perdió fuerza y dio un giro hacia un nuevo escenario. De un enfoque centrado en la legitimidad política a través de la ficción voluntarista de las instituciones, se pasó a uno con énfasis en el comportamiento del individuo, lo que trajo un modelo de institución más científico y pragmático, y por ende más evidenciable. El resultado fue una postura eminentemente individualista en donde cada sujeto tenía –racionalmente– la opción de elegir qué acción realizar para alcanzar un fin determinado. Dichas elecciones contendrían una cantidad de variables que el individuo calcula, por lo que el poder de las instituciones se verá limitado. De acuerdo con lo anterior, el cálculo racional y la estabilidad del contexto que realiza el individuo antes de elegir le dan la posibilidad de contar con información completa para definir invariablemente sus preferencias y las consecuencias de cada alternativa que pueda tomar<sup>14</sup>.

Sin embargo, las críticas al conductismo y al modelo racionalista generaron que se regresara al modelo institucionalista. Bajo este nuevo enfoque (neoinstitucionalista) se cuestiona la pretensión de racionalidad intrínseca de la ciencia política y las políticas públicas que sostenían el racionalismo y el conductismo; esto debido a que no era posible asumir de una manera simplista e ingenua que todo fenómeno político se reduce al cálculo y negociación de elecciones por parte del individuo o la comunidad. Así, el nuevo institucionalismo, en busca de sus orígenes, sostiene que el análisis de las políticas públicas debe enfocarse en las instituciones, que ya no son solo un sistema de normas o reglas, sino también un conjunto de tradiciones, narrativas, valores y principios construidos a través del tiempo (proceso de racionalización) que determinan la forma de conducta y de relaciones de los individuos. Pretender un enfoque meramente individualista es un error pues se crea una ficción de que la conducta del individuo puede darse independientemente de reglas, valores y tradiciones contenidos en las instituciones. Las decisiones no siempre son individuales o egoístas, en muchos casos están mediadas por la conciencia de la pertenencia a una comunidad y la necesidad de alcanzar ciertos objetivos deseables por esta, lo que implica muchas veces sacrificar el interés individual de forma consciente. Desde la perspectiva neoinstitucional se tiene entonces que las instituciones no tienen naturaleza propia, ya que se conforman a partir de las preferencias particulares y racionales<sup>15</sup>.

Así las cosas, el ENPP enlaza las conductas y elecciones racionales de los individuos con unos valores y principios deseables por la comunidad. Esto explica por qué las legislaciones son, en últimas, herramientas para la consecución de unos fines políticos consagrados en la Constitución. Los individuos poseen derechos inalienables (teoría del derecho natural) que no pueden ser alterados por disposiciones de carácter positivo; entonces, son

14 MARCH, J. y OLSEN, J. *El redescubrimiento de las instituciones. La base organizativa de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, 59.

15 *Ibid.*, 197.

las instituciones las encargadas de que exista la armonía necesaria entre los principios inalienables y las legislaciones positivas. Este escenario conlleva que los individuos participen en la formulación de políticas involucrándose en el debate y la toma de decisiones, pues en últimas están en juego sus valores y creencias para el desarrollo de un bien común: “Las instituciones originan valores compartidos de unidad social y confianza en el sistema político, permitiendo que los procesos de cultura política se fortalezcan desde la capacidad e interés de los agentes de participar en los procesos de toma de decisiones públicas y de asignación presupuestal”<sup>16</sup>.

El ENPP se presenta también como un modelo integrador que plantea regresar al institucionalismo pero no abandona postulados claves del racionalismo y el conductismo. Así, ante las preguntas fundamentales acerca de cómo se toman las decisiones políticas y cuál es la influencia de las instituciones en dichas decisiones el ENPP asume una posición empírica, propia del racionalismo, que supone el reconocimiento de la inestabilidad política y sus contextos para así poder entender el fenómeno de toma de decisiones como algo variable. Según Peters<sup>17</sup> el ENPP tiene tres aspectos esenciales: i) Toda conducta de los actores está determinada por un marco institucional: reglas de juego, costumbres y organizaciones; ii) Las instituciones determinan y condicionan la actividad política, pero además tienen una identidad, poder y estrategia que permite adecuar el comportamiento del individuo a ciertos resultados deseables, y iii) Las instituciones están determinadas por la historia, que sirve a su vez como lineamiento para la creación de un futuro común y deseable.

El ENPP es útil también en tanto presenta las políticas públicas como estructuras integradoras con el mundo jurídico, pues toda regla que pretenda determinar el accionar político y económico del individuo y su efecto en la comunidad es el resultado de un proceso histórico que se hereda y concreta en normatividades puntuales. Estos “nuevos institucionalismos”<sup>18</sup> son una especie de acuerdos o arreglos institucionales necesarios para la conformación y aceptación de las reglas de juego que determinan la vida económica y política de la sociedad y que actúan, bien sea como reglas informales socialmente transmitidas por herencia cultural o como normas jerárquicamente ordenadas por el derecho.

Finalmente, el ENPP –en tanto fórmula intermedia entre el conductismo/ racionalismo y el enfoque institucionalista– busca la fundamentación de políticas públicas a partir de los ideales, valores y colectivos sociales antes que de los intereses individuales calculados. En este orden de ideas, puede entenderse por qué el concepto de familia que se ha construido a través de

16 *Ibid.*, 198.

17 PETERS, G. *El nuevo institucionalismo*, cit., 218.

18 POWELL, W. y DIMAGGIO, P. *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, 20.

la narrativa jurisprudencial de la Corte Constitucional recoge esta visión del enfoque. Veamos como ejemplo de ello lo expresado por la Corte:

La familia es una institución sociológica derivada de la naturaleza del ser humano, “toda la comunidad se beneficia de sus virtudes, así como se perjudica por los conflictos que surjan de la misma”. Entre sus fines esenciales se destacan la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos. En consecuencia, tanto el Estado como la sociedad deben propender a su bienestar y velar por su integridad, supervivencia y conservación. Lineamientos que permearon su reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991<sup>19</sup>.

La referencia a la familia como una *institución sociológica* parece mostrar la adecuación de la postura del tribunal a la estructura del ENPP; y en la misma sentencia se señala:

Entre otras formas de composición familiar que se vislumbran en la sociedad actual se denotan las originadas en cabeza de una pareja. [...] También existen las familias derivadas de la adopción, nacidas en un vínculo jurídico que permite “prohijar como hijo legítimo a quien no lo es por lazos de la sangre”; las familias de crianza, que surgen cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre [este] y los integrantes de dicha familia”; las familias monoparentales, conformadas por un solo progenitor y sus hijos y las familias ensambladas. [...] Resulta contrario a los fines estatales brindar un trato discriminatorio a las familias en razón a su forma de composición cuando, precisamente, por medio de su conformación, se busque cumplir el deber de protección y asistencia a los menores de edad<sup>20</sup>.

## 2. EL PAPEL DE LOS ACTORES EN LA FORMULACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Bajo el ENPP, el papel de los actores es fundamental, pues es a través de la interacción (conflicto-negociación) entre estos que las políticas públicas pueden ser analizadas y evaluadas. El intercambio entre actores sociales y políticos es determinante para crear redes que permitan la transmisión de conocimientos, experiencias y expectativas; dichas redes se caracterizan por: i) la necesidad de alcanzar metas u objetivos, por lo que la interdependencia es fundamental; ii) el hecho de que cada actor tiene una ideología y una preferencia que pueden cambiar durante el proceso, y iii) el hecho de

19 Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2016, acápite 4, M.P. Gabriel Mendoza Martelo.  
20 *Ibid.*

que el proceso de interacción social puede generar acuerdos que se erigen como reglas del juego<sup>21</sup>.

De esta manera las políticas públicas se conciben como estructuras dinámicas en las que diferentes grupos, con discursos y narrativas propios, se confrontan con el objetivo de lograr una finalidad particular. Los actores que intervienen en este proceso buscan sacar adelante sus intereses a través de estrategias jurídicas y políticas en complejas redes de negociación; como resultado de ello, el contenido de una política pública está determinado por los intereses y valores de los actores que intervienen en su creación.

Las redes de actores pueden presentarse, por ejemplo, bajo la existencia de gremios o grupos de presión fuertes que generan una verdadera red de cooperación con un Estado igualmente fuerte y sólido. En este escenario se crean grupos con mecanismos de participación cerrados, sólidos y estables. Pero cuando se está ante la presencia de un Estado débil o frágil frente a gremios fuertes o viceversa, la negociación virará hacia un panorama deficitario en tanto la inexistencia de valores e intereses compartidos solo beneficiará a una de las partes, excluyendo a los grupos que no representen los valores o intereses de minorías, por ejemplo<sup>22</sup>. Los actores, en el estudio de las políticas públicas, resulta un tema mayor ya que por lo general son ellos los que contribuyen en la definición del problema público a abordar, influyen la negociación y agilizan el proceso de búsqueda de soluciones:

El nuevo institucionalismo, en cualquiera de sus variantes, está preocupado fundamentalmente de argumentar que el marco institucional es un contrapeso importante frente a la dinámica de cambio que implicaría la libre actuación de individuos racionales. Sin embargo, cada uno de los diferentes aportes tiene implícitos presupuestos diferentes acerca de la capacidad de reflexión e intencionalidad del actor y, por lo tanto, de la influencia de las instituciones en el resultado político<sup>23</sup>.

Pese a las distintas versiones que puedan existir sobre los enfoques institucionalistas y neoinstitucionalistas, el esquema común parece ser que el agente o individuo busca satisfacer sus necesidades y deseos, por lo que la institución aparece como una restricción o una estructura reglada que, en ocasiones, no está en sintonía con lo que el actor desea. De esta manera, el comportamiento del agente o actor puede cambiar dependiendo de la institución a la que se

21 KLIJN, E. *Redes de políticas públicas: una visión general*. Londres: Sage, 1998, 33.

22 ROTH, A. *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Aurora, 2002, 35.

23 ZURBRIGGEN, C. *El institucionalismo centrado en los actores: una perspectiva analítica en el estudio de las políticas públicas*. En *Revista de Ciencia Política*, Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 26, n.º 1, 2006, 67-83.

enfrente o del juego que otros actores plantean<sup>24</sup>. De lo anterior se observa que los cambios en las estrategias de los actores serán inevitablemente recogidos en las políticas: “Por lo tanto, las instituciones son el resultado del juego consciente de los actores y son endógenas, producto de las preferencias de éstos. De ahí que se defina a las instituciones como las reglas formales de un recurrente juego político o social”<sup>25</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, las instituciones –como estructuras estratégicas dentro de las cuales los actores diseñan medios para lograr sus fines– cumplen un papel condicionante de los agentes y sus relaciones por medio de la regulación acerca de qué conductas están permitidas y cuáles no. De ahí que tanto las corrientes institucionalistas como las neoinstitucionalistas reflexionan sobre la capacidad de elección racional del sujeto a partir de ciertos valores y principios adecuados a fines: “La importancia otorgada al individuo como sujeto político conduce inexorablemente a discernir sobre los principios que guían su comportamiento”<sup>26</sup>. La institución, vista así, surge con una función clara: la de regular o estandarizar los comportamientos a través de la reducción de contingencias o de incertidumbres, tratando de planificar todo aquello que involucra el complejo proceso de negociación entre los actores: “La función de la institución es regular, estabilizar y reducir la incertidumbre, que, además, es introducida –en lógico provecho propio– por aquellos agentes que tienen poder”<sup>27</sup>.

Pero las instituciones no son solo reglas y procedimientos formales, por ello entender la importancia del actor como sujeto dotado de conciencia y emociones (costumbres, estéticas, valores, etc.) se vuelve determinante para la comprensión del proceso de negociación entre las partes, en tanto los actores:

... aprenden las convenciones sociales y con ellas construyen una forma aceptada de hacer las cosas; esto uniforma el comportamiento y facilita la interacción social. Así, las reglas y las tradiciones institucionales son resultado de un proceso de “construcción de la realidad”, es decir, son un fenómeno cultural y constituyen el marco de referencia a partir del cual los individuos se explican el mundo que los rodea, convirtiéndose en una parte objetiva de la realidad<sup>28</sup>.

Es común que en este escenario suela hablarse de una falacia del falso dilema cuando se plantea la errónea disyuntiva de si todas las ciencias sociales fundamentan su explicación, o bien en los actos autónomos de los individuos, o bien en el contexto o las estructuras sociales y políticas de las que los actores

24 TSEBELIS, G. *Nested Games: Rational Choice in Comparative Politics*. Berkeley: University of California Press, 1990, 92.

25 ZURBRIGGEN, C. *El institucionalismo centrado en los actores*, cit., 69.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 ZURBRIGGEN, C. *El institucionalismo centrado en los actores*, cit., 71.

son meros portadores: “Este falso dilema ya planteado en la sociología por Giddens cobra relevancia cada vez que se realiza la pregunta de si los resultados políticos son consecuencia de las acciones intencionadas de los actores directamente implicados, o bien, de la estructura relacional en que están insertos”<sup>29</sup>.

Para superar este falso dilema surge la denominada teoría del institucionalismo centrado en actores (ICA)<sup>30</sup> ilustrada por F. Scharpf, una postura conciliadora que reconoce que tanto el actor como la institución son elementos necesarios para un adecuado proceso de desarrollo histórico: “Las instituciones son, sin duda, la principal fuente de información de los actores y el principal factor que influye sobre sus decisiones, en el sentido de que reducen los incentivos para seguir ciertas estrategias de acción y aumentan los incentivos para realizar otras”<sup>31</sup>.

El ICA resalta que siempre existe un margen para que los actores elijan entre diferentes tácticas y estrategias<sup>32</sup>. Como consecuencia de lo anterior, el resultado de la política no solo surge del obedecimiento ciego de reglas, sino también del resultado de la intencionalidad de un actor conforme a sus deseos o intereses previos que son sometidos a una negociación:

A partir de estas premisas, Scharpf elabora un modelo básico de explicación de las políticas públicas que tiene en cuenta la interacción de dos conceptos claves: actores e instituciones. Cada actor está institucionalmente constituido, pues emerge basado en reglas preexistentes. Tales reglas no sólo habilitan su constitución, sino que son las que aseguran su permanencia y actuación. Así definen criterios de membresía, recursos disponibles, la esfera de sus actividades legítimas, el alcance de sus representantes, inclusive sus principios rectores. Las instituciones no sólo operan como facilitadores de elecciones posibles, sino que también delimitan cómo debe evaluar el actor implicado en los resultados de tales elecciones y determinan, de esta forma, las preferencias del actor respecto a las alternativas posibles<sup>33</sup>.

Para finalizar, los actores en este modelo tienen la capacidad de influenciar en mayor o menor medida el resultado de la política final, ello moldeado por

29 *Ibid.*, 72.

30 Un trabajo importante en esta línea de investigación es el realizado por Fritz Scharpf en 1997. Scharpf, a partir de una serie de estudios con la socióloga Renate Mayntz, desarrolla un enfoque dentro del institucionalismo, que denomina institucionalismo centrado en actores, y ofrece una perspectiva conciliadora y relacional entre el actor y la estructura. Al respecto dice Scharpf: “*theoretical perspectives and the observed reality of political interaction that is driven by the interactive strategies of purposive actors operating within institutional settings that, at the same time, enable and constrain these strategies*”. SCHARPF, F. *Games Real Actors Play: Actor-Centered Institutionalism in Policy Research*. Boulder: Westview Press, 1997, 36.

31 ZURBRIGGEN, C. *El institucionalismo centrado en los actores*, cit., 74.

32 SCHARPF, F. *Games Real Actors Play*, cit., 43.

33 ZURBRIGGEN, C. *El institucionalismo centrado en los actores*, cit., 74.

la realidad y los intereses o preferencias que posean pero que están sujetas a cambios, a veces por el contexto institucional<sup>34</sup>.

En Colombia es posible sostener que los actores en materia de políticas públicas de familia están representados por los jueces, el gobierno y grupos monotemáticos<sup>35</sup>, entre otros. Todos ellos luchan y negocian en el debate sobre el concepto de familia a través de partidos políticos, organizaciones no gubernamentales y aquellos grupos que, directa o indirectamente, se ven afectados por una eventual redefinición del concepto de familia y que propugnan el reconocimiento de sus derechos:

La confluencia de actores gubernamentales, sociales, políticos, económicos e institucionales que demanda la formulación, diseño e implementación de las políticas públicas es perentoria para otorgarle[s] carácter político a las mismas e implica: la configuración de escenarios para escuchar y atender las necesidades y las percepciones que se tienen sobre los asuntos y las situaciones que acontecen; la concertación de acuerdos y negociaciones para poner en conversación los intereses individuales en procura de beneficios colectivos y la confluencia de acciones que superen el protagonismo personal e institucional<sup>36</sup>.

### 3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ACTOR

La Corte Constitucional colombiana ha empezado a colonizar escenarios anteriormente exclusivos de otras ramas del poder público, y en este escenario las políticas públicas han cobrado especial relevancia. Lejos quedan los tiempos en los que estas se encontraban sometidas a la voluntad de mayorías legislativas o a los procesos del sector ejecutivo: “En Colombia se ha empezado a cuestionar las bases del Estado de Derecho, la división de poderes clásica, o mejor[,] a revalorar la colaboración armónica entre poderes. Las

34 SCHARPF, F. *Games Real Actors Play*, cit., 43.

35 Un rasgo monotemático se presenta cuando se busca luchar contra la injusticia que supone la exclusión por parte de una mayoría hegemónica: “todos los colectivos identitarios (los de género y orientación sexual, los de clase y etnia, los religiosos y raciales), pese a su variedad, tienen rasgos en común. Uno, es que apuntan a que el sector social subordinado que ellos están articulando entienda la especificidad de la injusticia que vive y avance, en atención a ella, demandas específicas. Otro, es que no suelen articular sus demandas a plataformas políticas integrales, ni tratan de establecer principios generales para una reforma total de la sociedad, en coordinación y en pie de igualdad con los otros sectores subordinados. En general, más que querer reformar el Estado o la sociedad como un todo, a la luz de algún ideal político, quieren defender su propio sector. Un tercer rasgo se deriva de los dos anteriores: se caracterizan por cierta tendencia monotemática, no tanto en el sentido de hablar siempre de la misma cosa, sino de reinterpretarlo todo a partir de su propia condición de subordinación, percibida como la injusticia por excelencia”. GRUESO, D. *Los desafíos de la democracia frente a la diversidad*. En *Revista de Filosofía Conceptos*, Universidad de Cartagena. N.º 3, 2013, 20.

36 FRANCO, S. y SÁNCHEZ, G. *Las familias: ¿un asunto de políticas públicas?* En *Revista Economía y Sociedad*, Universidad del Valle. N.º 14, 2008, 105.

políticas públicas, otro monopolio exclusivo del Legislativo y el Ejecutivo, tienden a ser impulsadas por la rama jurisdiccional, específicamente por las altas Cortes<sup>37</sup>.

La Corte Constitucional se ha convertido en una actriz de primera línea a la hora de la formulación e implementación de políticas públicas, y bajo el ENPP se puede observar cómo en su interior se dan interesantes procesos de negociación y debate en torno a problemas polémicos como el concepto de familia. Además, los jueces poseen una ideología política determinada que pesa a la hora de tomar decisiones (basta simplemente con reconocer que el proceso de elección de los magistrados de la corporación impone un trasfondo político innegable). Así las cosas, se observan con más frecuencia los acuerdos políticos entre los actores que intervienen en la designación de un magistrado de la Corte Constitucional, lo que conduce a que los sectores políticos y grupos de interés opten por cálculos que les permitan decidirse por un candidato que represente unos intereses determinados. El ejemplo clásico se presenta cuando se analiza si se requiere un juez de carácter conservador o uno de talante más liberal, y todo esto en el marco de discusiones delicadas y votaciones complejas; como analogía relevante puede pensarse en las dinámicas del sistema judicial norteamericano y su Corte Suprema de Justicia de inicios de los años noventa: “La marcada orientación ‘conservadora’ evidenciada por los pronunciamientos de la Corte en su actual composición responde no sólo a las preferencias interpretativas de los nuevos miembros del tribunal, sino también a los nuevos vientos políticos que comenzaron a soplar con inusitada fuerza luego de la derrota electoral del presidente Carter y el arribo a la Presidencia de Ronald Reagan<sup>38</sup>”.

Este modelo no puede entenderse como una politización de la justicia, en tanto es una situación inevitable; pretender que el juez sea imparcial de una manera absoluta es imposible, por lo que desconocer su vocación y formación política es tan ingenuo como perjudicial, pues de no ser así no habría contrapeso a las otras ramas del poder:

No se trata de que la Corte norteamericana se encuentre “politizada”, sino del resultado de múltiples factores institucionales, entre los que cabe destacar que la Constitución es un programa político en la medida en que limita los poderes de las ramas de gobierno y el poder de éste frente a los individuos. [...] La Corte norteamericana, a través de los años, ha asumido sin ambages su rol de contrapeso de los otros poderes de gobierno, enfrentando muchas veces al poder de las

37 HENAO, J. C. *El juez constitucional: un actor de las políticas públicas*. En *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia. Vol. 15, n.º 29, 2013, 68.

38 GARRO, A. *Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N.º 35, 1992, 88.

“mayorías temporarias” representadas por el presidente y los representantes del pueblo en las Cámaras del Congreso y [las] legislaturas estatales<sup>39</sup>.

En el caso colombiano el modelo parece seguir estos lineamientos, en tanto la composición de una Corte Constitucional más liberal permitió, durante la década de 1990, un desarrollo jurisprudencial garantista de los derechos fundamentales basado en el reconocimiento de la diversidad étnica, cultural y sexual de la población. Situación que, a juicio de algunos, se vería amenazada, por ejemplo, en el caso de una eventual composición del poder ejecutivo y legislativo que repercutiera en un tribunal con la presencia de un ala mayoritaria conservadora con una idea de familia discordante de la dinámica social. El problema reclama una mayor consideración cuando se advierte el papel de los tribunales constitucionales como portadores de una especie de última palabra frente a otros tribunales.

La Corte Constitucional se convierte entonces en un actor que porta y defiende ciertos valores constitucionales que se concretan en la formulación y aplicación de una determinada política pública. Pero su actuación no es un monólogo, por el contrario, “se inserta en una comunidad política, compuesta por actores que también comparten ciertos valores, interactúa con otras instituciones y compite por definir la actuación del Estado a la hora de solucionar o manejar una situación relevante para estos grupos”<sup>40</sup>. En este enfoque, que se conoce en el ámbito de las políticas públicas como *Advocacy Coalitions*,

[s]e parte de una visión horizontal, con matices, del Estado y la sociedad, y de un entramado de relaciones entre lo público y lo privado, y se deja de lado la visión unidireccional y vertical del Estado y la sociedad. Esto tiene especial importancia pues, como veremos, permite entender por qué las demandas de inconstitucionalidad y las acciones de tutela, promovidas por diversos actores, hacen posible que el juez constitucional sea un gestor en las políticas públicas y que esas personas agencien asuntos políticos mediante su participación<sup>41</sup>.

La irrupción del juez como actor en las políticas públicas se debe en gran medida a la necesidad de gobernanza<sup>42</sup>, entendida esta como la estructura necesaria para poder concretar los principios constitucionales y los derechos

39 *Ibid.*

40 HENAO, J. C. *El juez constitucional*, cit., 70.

41 *Ibid.*

42 El concepto de gobernanza debe diferenciarse del concepto de gobernabilidad, en tanto este último se refiere a la capacidad de un sistema político de gobernarse a sí mismo (visto en términos de la capacidad de respuesta técnica y política que tiene el Estado ante las demandas sociales), mientras que el primero se refiere al proceso estratégico de actores que interactúan en la creación y formulación de políticas públicas (que se evidencia en la calidad, idoneidad y pertinencia de las respuestas estatales).

fundamentales de los ciudadanos a través de acciones efectivas contenidas y desarrolladas en las políticas públicas:

Las condiciones sociales han llevado a que el juez constitucional colombiano se constituya en actor de las políticas públicas, pero ¿por qué ha sucedido? La gobernanza, la posesión de condiciones financieras y administrativas para transformar en realidad las decisiones que toma el Estado, ha entrado en crisis. No por falta de recursos, sino por la delimitación de prioridades. En muchas ocasiones a esto se suma la falta de voluntad de algunos actores para modificar condiciones sociales específicas. En otras palabras y en concordancia con lo dicho antes, la crisis se debe a que existe un déficit de implementación de las acciones del Estado colombiano de gran envergadura. Esto indica que no basta la gobernabilidad, entendida como el apoyo político necesario para gobernar, para transformar una situación problemática o socialmente relevante, solucionándola o haciéndola más llevadera<sup>43</sup>.

De esta manera, la Corte juega un rol determinante en materia de políticas públicas, pues en cada actuación del Estado es esta la encargada de velar por que cada política formulada e implementada contenga la esencia del texto constitucional: “Expresado en otros términos, se trata de asegurar que las políticas públicas se constituyan en una herramienta para la realización de los derechos humanos de las personas para las que se diseñan e implementan”<sup>44</sup>.

Pero la injerencia de la Corte Constitucional en este escenario no ha sido un tema pacífico. Existen posiciones que ven en este protagonismo judicial una amenaza a un modelo en el cual el Legislador y el Ejecutivo son los actores centrales. Aceptar que el juez tiene el principal rol en la producción del derecho (y de las políticas públicas) es para algunos una dictadura de los jueces<sup>45</sup>, siendo esto un ejemplo de extremismo ideológico bajo la premisa de que se trata de una especie de minoría que aplaca a las mayorías democráticas.

Por otra parte, existen defensores de la posición privilegiada de la magistratura. Se destaca a la Corte como garante de la democracia al ser un control que impide la perpetuidad en el poder en una ideología política exacerbada, evitar que las reglas electorales se modifiquen en favor de una élite, frenar el empleo de medidas que silencien a los opositores y garantizar la vigencia de

43 HENAO, J. C. *El juez constitucional*, cit., 71.

44 *Ibid.*, 79-80.

45 Con la expresión “dictadura de los jueces” suele designarse, de forma emotiva y peyorativa, al activismo judicial, fenómeno que tuvo sus orígenes en Estados Unidos (*judicial activism*) y que sitúa en una posición privilegiada al poder judicial con respecto al legislativo y el ejecutivo. Esta concepción peyorativa y con señas de desconfianza se asienta a mediados de los años cincuenta, época en la que la Corte Suprema de Estados Unidos empezó a desempeñar un rol determinante y polémico en la agenda social del país. Véase KEENAN, K. *The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*. En *Cal. Law Review*. 92, 2004, 1452.

la Constitución al custodiarla<sup>46</sup>. Un ejemplo de ello puede ser el denominado “estado de cosas inconstitucional”<sup>47</sup> (ECI). En dichos escenarios, la necesidad de restablecer el orden constitucional es apremiante, por lo que el Estado debe organizar y aplicar las políticas públicas conducentes para reparar la situación dañina que no es tolerable dentro del marco constitucional, todo bajo la guía del juez constitucional, convertido en actor principal:

En la actualidad la Jurisprudencia constitucional interviene integralmente en el proceso de formulación de políticas públicas, a través de lo que se ha denominado órdenes de tipo simple y complejo (lo cual puede considerarse extraño a una providencia judicial dado su impacto sobre la función ejecutar la Ley), cuestión que le compete identificar, en forma precisa, al Poder Ejecutivo conforme a la Constitución. [...] La Corte Constitucional es competente para emitir órdenes que impacten la formulación de políticas públicas previo el examen de ciertos elementos materiales que la habilitan para hacerlo<sup>48</sup>.

Sumado al papel de la Corte Constitucional, es importante resaltar la labor de grupos monotemáticos que se han encargado de afrontar las presiones y negociaciones en torno al concepto de familia. Hablamos, principalmente, de la comunidad LGBTIQ+, que ha logrado importantes triunfos en materia de reconocimiento de derechos para minorías, garantizando así la dignidad de sus miembros y la igualdad pregonada en la Constitución:

Colombia se ha caracterizado por ser un país de línea conservadora y renuente a abrir las fronteras del pensamiento y la libertad. En este contexto, el movimiento social Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales (Intersexuales) (LGBT (I)) ha llevado paulatinamente un proceso de formación a lo largo de varias décadas y, en tiempos recientes, ha ganado importante protagonismo en el ámbito nacional,

46 YÁÑEZ, D. *Las órdenes de la Corte Constitucional: su papel y límites en la formulación de políticas públicas*. En *Revista Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia. Vol. LXXI, n.º 157, 2014, 238.

47 En la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional ha precisado que hay lugar a predicar un estado de cosas inconstitucional ante: “(i) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) [el hecho de que] si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”.

48 YÁÑEZ, D. *Las órdenes de la Corte Constitucional*, cit., 239.

en la medida en que ha ido conquistando reconocimientos de derechos, asunto tiempo atrás insospechado<sup>49</sup>.

Este ejemplo ilustra una lucha que, desde la política, instrumentaliza al derecho al concebirlo como la herramienta idónea para conquistar derechos desde la actuación política, y de esta manera generar un cambio en las instituciones mientras se constituye en una resistencia a los procesos regresivos; de esta manera se convierte en un actor colectivo y un movimiento social que “con cierta continuidad y sobre las bases de una alta integración simbólica y una escasa especificación de su papel, persigue una meta consistente en llevar a cabo, evitar o anular cambios sociales fundamentales, utilizando para ello formas organizativas y de acción variables”<sup>50</sup>.

#### 4. EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA TRASFORMACIÓN DE IMAGINARIOS SOCIALES<sup>51</sup>

El denominado “activismo judicial”<sup>52</sup> es un tema que ha generado –y genera aún– una fuerte polémica al interior del estudio del derecho y la ciencia política, polémica parece que continuar y aumentar de intensidad a medida que se incrementan los elogios o cuestionamientos respecto de sus implicaciones.

Para entender el tema del activismo judicial, en primer lugar, es necesario indicar que se trata de una figura que surgió en un modelo jurídico distinto al colombiano, ya que se desarrolló bajo la luz de las bases y problemáticas del modelo anglosajón de derecho (*common law*), caracterizado por una visión más pragmática y centrada en la decisión judicial como fuente principal del sistema jurídico. Lo anterior contrasta con el esquema que heredó Colombia en materia jurídica, marcado por un modelo romano-germánico

49 SÁNCHEZ, E. *El movimiento LGBTI en Colombia: la voz de la diversidad de género. Logros, retos y desafíos*. En *Revista Reflexión Política*, Universidad Autónoma de Bucaramanga. Vol. 19, n.º 38, 2017, 117.

50 RASCHKE, J. *Sobre el concepto de movimiento social*. En *Zona Abierta*. 69, 1994, 124.

51 Para la realización de este trabajo se analizaron las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-090 de 1994, C-098 de 1996, C-174 de 1996, C-742 de 1998, T-503 de 1999, T-586 de 1999, C-814 de 2001, C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-577 de 2011, T-716 de 2011, C-238 de 2012 y T-606 de 2013. Los fallos fueron seleccionados en función de su aporte a la temática del concepto de familia y a su construcción hermenéutica.

52 La expresión “activismo judicial” fue acuñada en Estados Unidos y ha formado parte importante de la discusión política-jurídica norteamericana. Dicha expresión se ha difundido en otras tradiciones jurídicas. Básicamente se trata de un término que hace referencia a las polémicas sentencias de algunos magistrados (*Chiefs*) de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos (en especial la denominada “*Corte Warren*”) que se emitieron bajo la idea de que dicha corporación podía contribuir con un desarrollo social y progresista a través de reformas como la implementación de políticas públicas o su cuestionamiento. Cabe destacar que este es un término al que generalmente se oponen sectores conservadores, tanto de la sociedad como de la magistratura.

menos pragmático y que se construye a partir de la norma positiva (ley) como fuente principal, dejando como auxiliar el precedente judicial. Antes de la Constitución de 1991 se tenía clara la diferencia entre los dos modelos, y sumado a ello, el paradigma dominante –de talante positivista/formalista– dictaba que las decisiones judiciales no eran una fuente obligatoria para los jueces a la hora de resolver asuntos sometidos a su revisión, salvo algunas consideraciones excepcionales.

Con la Constitución 1991 el panorama cambió radicalmente. El nuevo Estado social de derecho implicó una eficacia directa de la Constitución, por lo que los jueces fueron también encargados de garantizar que su contenido se cumpla a plenitud. La acción de tutela, por ejemplo, se introdujo como una herramienta poderosa y al alcance de todos los ciudadanos, quienes pueden exigir ante los jueces el cumplimiento de aquello que la carta política reconoce. Lo anterior supuso un ascenso de la función judicial a un plano más comprometido con la realización de reformas sociales y al conocimiento de las políticas públicas.

Desde el punto de vista teórico, el anterior escenario se explica con el choque entre dos paradigmas jurídicos. Por un lado, la concepción del derecho como un asunto exclusivamente normativo ha sido la tradición en el sistema colombiano. Esto implica reconocer al derecho como ciencia normativa que tiene por objeto de estudio, únicamente, a la norma positiva. Este modelo es el clásico esquema expuesto por Hans Kelsen en su *Teoría pura del derecho* a partir de un método de depuración que separó el derecho de aquellos elementos impuros o extraños con los que tradicionalmente se le confunde (política, moral, sociología, etc.). Así, Kelsen logra un concepto universal (puro), centrado en las normas jurídicas, entendidas como juicios del deber ser (o mejor, deber pasar –*Sollen*–) que imputan sanciones:

La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional. Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica. Al calificarse como teoría “pura” indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños<sup>53</sup>.

Bajo esta pretensión de cientificidad el derecho es un ejercicio valorativamente neutro y en este orden de ideas debe, metodológicamente, separarse

53 KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. 4.<sup>a</sup> ed., 9.<sup>a</sup> reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2009, 19.

de la moral si se pretende entenderlo como ciencia. Para esta postura, poco o nada importa el papel del juez y su decisión, por lo que es imposible aceptar la idea del activismo judicial.

La anterior posición es cuestionada por aquellos que ven en el derecho un ejercicio judicial antes que normativo, esto es, que el derecho está y se concreta en decisiones judiciales antes que en normas positivas. Esta idea, ajena a nuestra tradición jurídica y con un sello pragmático, eleva de categoría el rol del juez, pues en últimas lo que el individuo conoce acerca del derecho es una decisión judicial que afecta su cotidianidad y sus relaciones. El giro es mayúsculo, pues se trata ahora de entender el derecho como aquello que dicen los jueces y que modifica efectivamente la realidad generando ruina o dignidad<sup>54</sup>.

Respecto de esta idea del derecho de los jueces también es necesario ahondar en la reflexión acerca de que el fenómeno jurídico puede ser un ejercicio de narración, en tanto todo acto de comunicación apunta a la transmisión de un mensaje y la consecución de unos fines a través del recuento de historias y la recreación de imaginarios individuales y colectivos. La narrativa del derecho es entonces aquella estructura conformada por una acción, unos fines, unos motivos, unos agentes y, finalmente, unos resultados que transforman la realidad. Todos estos elementos, presentes por lo general en las acciones judiciales y las providencias que de ellas se derivan, permiten que el derecho pueda ser comprendido a partir de un concepto similar al de novela o relato; solo bastaría con preguntarse por asuntos básicos para encender la trama y poner en marcha la narrativa: “En pocas palabras: estos términos u otros parecidos sobrevienen a preguntas sobre el qué, el por qué, el quién, el cómo, el con o el contra quién de la acción”<sup>55</sup>.

Todo proceso judicial empieza con una narración y termina con otra. A través de la práctica narrativa se accede a mundos que invitan a la crítica. Cuando un individuo se acerca a la judicatura presenta a esta un relato de su mundo y creencias, comparte sus experiencias de vida esperando respuesta en otro diálogo empático a sus creencias y pretensiones, con lo que el juez se convierte en un historiador y un narrador.

La narración está íntimamente ligada a la concepción de derecho si se lo concibe como un instrumento que se involucra con la conducta del ser humano y su juzgamiento: de ahí que necesariamente se conecta con los ideales y aspiraciones del individuo. Tanto el ánimo de vindicación más genuino como el anhelo de felicidad más puro se esconden bajo narraciones que a veces rayan con lo increíble. De la misma manera encontramos en las sentencias judiciales posiciones tan sabias que solo queda contemplarlas con enorme sobrecogimiento, sin olvidar que habrá algunas cuantas que nos harán sentir estupor por su desprolijidad e injusticia. Cada narración es una vida puesta en

54 DWORKIN, R. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 2012, 15.

55 RICOEUR, P. *Tiempo y narración I*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004, 117.

texto y en contexto: “las ‘vidas’ son textos [...] sujetos a revisión, exégesis, interpretación”<sup>56</sup>. Así las cosas, la lucha del ser humano, la lucha que se da al interior del derecho, del proceso judicial, es la lucha por la dignidad y por el respeto, es el anhelo del triunfo sobre la opresión. ¿Se pueden olvidar acaso relatos heroicos que inspiran? ¿Puede decirse tal vez que una sentencia judicial no es un relato del triunfo de la dignidad propio de una epopeya?

Nos encontramos ahora frente a la necesidad de analizar las narrativas jurisprudenciales para abordar un tema tan polémico como el del concepto de familia y sus implicaciones bajo la Constitución Política de 1991. Se debe entonces reconstruir las narraciones que dan cuenta de las situaciones, motivos y estrategias que generaron un discurso que cambió la realidad de muchos; estas narraciones solo se pueden concebir partiendo de un mundo histórico lleno de contrastes y sentimientos, de mundos paralelos y escondidos, “mundos alternativos que echan nueva luz sobre el mundo real”<sup>57</sup>. Se trata entonces de relatar de manera holística para así tener una mejor comprensión de la lucha y del resultado. De esta manera, la importancia del derecho como ejercicio narrativo radica en la capacidad de generar empatía con los otros, pues a partir de la narración, de la exposición de un mundo en un relato, puede lograrse una conexión con situaciones del pasado y las consecuencias de un futuro dictado por la decisión judicial: “la literatura narrativa, cuando es buena, es el puente que facilita la comprensión empática [...] La metáfora y la narrativa son los medios por los que llegamos a comprender lo que inicialmente nos fue ajeno”<sup>58</sup>.

Así pues, tenemos que el abordaje de la polémica temática sobre el concepto de familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido sencillo. La narración de esta batalla no ha sido un proceso simple, ha requerido de valentía y precisión en ambos sentidos: tanto del ciudadano como del juez que determinará su suerte; de ahí que se deba pensar en los actores como narradores que generen empatía con sus relatos, por lo que la capacidad narrativa –y literaria– es una virtud necesaria “para guiar a los jueces en sus juicios, a los legisladores en su labor legislativa, y a los políticos cuando midan la calidad de vida de gentes cercanas y lejanas”<sup>59</sup>.

##### 5. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: UN ANÁLISIS HERMENÉUTICO

El cambio que se pretendía resultó problemático y solo se logró después de intervenir otras instituciones tradicionales que constituían la base de lo que

56 BRUNER, J. *La fábrica de historias: derecho, literatura, vida*. Buenos Aires: FCE, 2013, 178.

57 *Ibid.*, 24.

58 GILLIGAN, C. *In a Different Voice: Essays on Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge: Harvard University Press, 1982, 874.

59 NUSSBAUM, M. *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*. Barcelona: Editorial Andrés Bello, 1997, 25.

era familia para la sociedad y el derecho en Colombia. Una de estas figuras, cuyo análisis bajo la nueva Constitución arrojó luces para posteriormente abordar el concepto de familia, fue la del matrimonio, en especial su finalidad, composición y regulación. La permisión del matrimonio entre personas del mismo sexo o igualitario sería un escenario con consecuencias determinantes para discusiones futuras sobre el concepto de familia.

El debate que se generó sobre el matrimonio igualitario con las sentencias de la Corte Constitucional ha tenido un profundo impacto en la comunidad, pues se trata de un tema que históricamente ha sido de difícil abordaje dadas sus connotaciones religiosas. Tres temas giran alrededor de esta polémica discusión: homosexualidad, matrimonio y familia; los tres enfrentados en un escenario político y jurídico que se concretó en una nueva realidad construida a través de la jurisprudencia. El choque entre el escenario religioso y el jurídico-político adquirió aquí ribetes de polémica. López Medina ha sido uno de los más reconocidos tratadistas en lo referente al análisis hermenéutico y argumentativo de figuras jurídicas, una de ellas la familia y sus conceptos afines; en sus palabras: “En Colombia [...] la discusión sobre el tema sí parece tener una connotación religiosa más o menos clara. La oposición al reconocimiento social de la homosexualidad tiene sobretonos claramente teológicos; la posición que defiende el matrimonio ‘tradicional’ usualmente lo hace desde conceptos igualmente ‘religiosos’”<sup>60</sup>.

Por tanto, la Corte estableció una separación tajante entre familia y matrimonio a la hora de definir a este último en el derecho colombiano. Inicialmente se señaló que el matrimonio<sup>61</sup> era tan solo una entidad formal o instrumental: una herramienta que permite lograr una obra posterior: la familia. De esta manera, la Corte implícitamente reconoció, vía interpretación, que el matrimonio es una de las tantas formas existentes para crear familia, pero no la única. Esta posición busca deslegitimar lo que se conoce como “homofobia jurídica”<sup>62</sup>, argumentando la tendencia abierta y progresista del derecho en Colombia, desde la nueva Constitución, puntualmente, en la interpretación del artículo 42 que trata sobre el concepto y función de la familia; así, la Corte estableció que “[e]l concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural no puede existir un concepto único y excluyente de

60 LÓPEZ, D. *Cómo se construyen los derechos: narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Bogotá: Universidad de los Andes y Legis, 2016, 118.

61 El matrimonio en el ordenamiento jurídico colombiano es concebido como una figura especial, pues si bien es un contrato según el artículo 113 del Código Civil, que dispone: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”, también es concebido por parte de la doctrina jurídica como una institución que genera a la familia.

62 LÓPEZ, D. *Cómo se construyen los derechos*, cit., 119.

familia, identificando a esta última únicamente como aquella surgida del vínculo matrimonial”<sup>63</sup>.

La anterior reflexión jurisprudencial es de vital importancia para la realidad jurídica de aquellas parejas del mismo sexo que quieren ser cobijadas por el concepto de familia que la Constitución (ahora interpretada por la Corte) implica; ello porque se establece que tanto la persona como la pareja homosexual tienen en el instituto del matrimonio la posibilidad de crear familia —entendida como finalidad—, por lo que pensar en el vínculo matrimonial solo como medio es contrario a una interpretación correcta de la carta política. En otras palabras, la constitución de la familia es un fin en sí mismo avalado por la Constitución, por lo que someterla a la formalidad y solemnidad del contrato de matrimonio es una interpretación textual que resulta injustificada: “Por eso, el punto central será mostrar que la persona y la pareja homosexual tienen un *derecho-fin*: el del reconocimiento de la familia formada por dinámicas espontáneas de interacción social. Por el contrario, esta misma familia no es titular de un *derecho-medio*: el de la constitución de la familia por medio de matrimonio formal y solemne”<sup>64</sup>.

Esta lectura del artículo 42 de la Constitución resulta “entusiasta”<sup>65</sup> para muchos sectores, pues por primera vez en un texto constitucional se reflexiona acerca de la existencia de familia por fuera del concepto tradicional, y como consecuencia de ello se produjo un avance al reconocer que el concepto no solo era el resultado del matrimonio formal en los términos del Código Civil, sino que también podía ser creada a partir de uniones convencionales de hecho, adopciones, de crianza y monoparentales (mayoritariamente encabezadas por mujeres), ensambles familiares, etc. Todas estas formas, si bien es cierto no se encuentran explícitamente indicadas en el artículo constitucional, se desprenden de la familia como finalidad encaminada, primariamente, a la protección de los niños, pero también a la defensa de la libertad de elección de la persona y la pareja como elementos fundadores de la familia.

La Corte Constitucional, en su esfuerzo por mostrar una idea más amplia de familia, también se refirió a la *procreación endógena* o *directa* como elemento determinante para su concepto, en tanto “no es esencial en la constitución del matrimonio y familia porque ello vaciaría de sentido entonces a los vínculos establecidos sin propósito aparente de procrear”<sup>66</sup>. Y esto es apenas entendible, pues si un requisito esencial para la existencia del matrimonio o de la familia fuera la procreación, entonces una persona con esterilidad no podría celebrar dicho contrato y tampoco formar una familia; en dicha

63 Corte Constitucional. Sentencia C-886 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo, acápite 4.2.

64 LÓPEZ, D. *Cómo se construyen los derechos*, cit., 120.

65 *Ibid.*

66 *Ibid.*, 121.

situación caerían también aquellas parejas que voluntaria y conscientemente deciden no tener hijos, o aquellos adultos mayores que por alguna razón crían a menores de edad, entre otras situaciones. Este argumento es crucial para que la Corte adopte un *concepto social* de familia que la aleje de concepciones biológicas o naturalistas y que se centran en la procreación como elemento determinante para hablar de ella. Lo anterior se reflejó en documentos oficiales que contienen políticas públicas de familia:

El concepto de familia ha evolucionado en los últimos años, lo que refleja uno de los cambios sociales más importante en la actualidad. En cuanto a su composición, no se puede hablar únicamente de familias nucleares mediante la unión entre un hombre y una mujer con roles plenamente establecidos y descendencia, pues las dinámicas familiares actuales obligan a tener en cuenta otras tipologías como las familias extensas, muy tradicionales en Colombia, integradas por diferentes parientes como abuelos o tíos, etc. Existen familias unipersonales donde no existe un núcleo familiar, o las familias monoparentales donde solo que se caracteriza por la ausencia de padre o madre, siendo estas conformaciones resultado de procesos de globalización, culturas, violencia intrafamiliar, entre otros factores que influyen los modos y estructuras de organización familiar. El porcentaje de hogares monoparentales cada día es mayor, las separaciones y divorcios entre parejas son cada vez más comunes y las familias compuestas también son representativas en tanto que las personas separadas o divorciadas vuelven a formar nuevos hogares con otras personas<sup>67</sup>.

De esta manera, la familia se ha construido sobre la ampliación de un concepto que ahora no solo busca la protección de niños, niñas y adolescentes (NNA), sino que también se erige sobre la libre asociación y protección de quienes deciden conformarla; igualmente, los NNA que hagan parte de esta nueva estructura conceptual no tienen que necesariamente provenir de “la reproducción biológica de la pareja adánica”<sup>68</sup>. Así pues, se sigue rompiendo, por vía jurisprudencial, la interpretación unívoca de la pareja conformada por un hombre y una mujer como paradigma social de una visión tradicional y hegemónica que fundamenta la idea de familia a partir de la heterosexualidad y el fin de la procreación, esto como resultado del análisis religioso judeo-cristiano exclusivamente<sup>69</sup>.

La Corte abandona con ello la interpretación textualista del concepto de familia consagrado en el artículo 42 constitucional, pues no es posible realizar

67 Departamento Nacional de Planeación. *Tipologías de familia en Colombia: evolución de 2003 a 2014*. Bogotá, 2014, 7. Consultado en: [https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co/Documents/Documentos%20de%20trabajo/D3-tipologias-evolucion\\_dic3-\(1\).pdf](https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co/Documents/Documentos%20de%20trabajo/D3-tipologias-evolucion_dic3-(1).pdf)

68 LÓPEZ, D. *Cómo se construyen los derechos*, cit., 121.

69 CRANE, D. A 'Judeo-Christian' Argument for Privatizing Marriage. En *Cardozo Law Review*, Yeshiva University. Vol. 27, 2006, 1221-1259.

un ejercicio hermenéutico que concluya con una interpretación exegética de la palabra “familia” en los términos de heterosexualidad biológica basada en el mito adánico. Se hace uso entonces de una interpretación teleológica o sociológica del enunciado constitucional que privilegia la finalidad o la intención de este antes que su mera comprensión gramatical. En otras palabras, el textualismo, como un abuso hermenéutico, surge cuando se interpreta de forma literal las palabras de un enunciado normativo sin importar si con ello se llega a una conclusión absurda o cómica. Para combatir este abuso, el método teleológico-sociológico se fundamenta en la finalidad del enunciado normativo en armonía con los valores, principios y tradiciones de la comunidad.

La anterior reflexión llevó a que la Corte, en numerosas sentencias, se apalancara en argumentos y análisis históricos y sociológicos acerca del momento que se vivía en el país cuando se reunió la Asamblea Constituyente para debatir el contenido del texto constitucional. Como conclusión de este proceso, se infirió que es imposible determinar con exactitud a qué tipo de familia se refería el constituyente al redactar el artículo 42, por lo que se debe asumir que, debido a que en su construcción se involucraron diversas ideologías, corrientes y grupos de presión, parece poco probable que se estuviese pensando solo en un tipo de familia: la heterosexual y biológica, esto dada la pluralidad ideológica de los miembros de la Asamblea. El solo texto escrito, en este sentido, muchas veces no es suficiente para obtener la verdadera intención de su creador dada la complejidad que supone el proceso político y la naturaleza constitucional del texto que resulta de este. Al respecto la Corte afirma:

... con fundamento en un criterio que ya es usual en el derecho constitucional contemporáneo, se afirma que es difícil establecer la voluntad de un órgano de composición plural y heterogénea con el solitario apoyo de los textos suscritos por los ponentes y que sirvieron de base a las discusiones anteriores a la adopción de un texto. Que no suele ser la expresión de una tendencia, sino el resultado de un compromiso entre las distintas vertientes representadas en el seno de cuerpos colegiados<sup>70</sup>.

En consecuencia, una interpretación jurídica textualista del concepto de familia no es un verdadero ejercicio hermenéutico en tanto no es posible atribuir un significado al término a partir de aquello que se infiere únicamente por vía gramatical, por lo que es necesario indagar por la finalidad del enunciado normativo y las circunstancias históricas que propiciaron su aparición; en este caso hablamos de la necesidad de protección de los NNA y de la garantía

70 Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gerardo Mendoza Martelo, acápite 4.1.

de la libertad de elección de la persona y la pareja sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen o ideología:

Por vía de interpretación textualista de la Constitución, la familia no está formada necesariamente por la pareja adánica. Se trata de una realidad social más compleja, formada por “vínculos naturales” que el Estado debe reconocer y proteger. La familia nuclear biparental sigue siendo la imagen más tradicional de la familia, pero ya se reconoce que las familias se forman y reconfiguran de muchas maneras complejas, fruto a veces de planes voluntarios de vida y a veces de la contingencia de las vicisitudes vitales. A pesar de ello, estas formaciones alternativas no pueden terminar siendo desprotegidas por el Estado<sup>71</sup>.

Lo anterior llevó a consideraciones acerca de que también existe, por ejemplo, un tipo de familia monoparental, con especial énfasis en el liderazgo de la mujer llamada madre cabeza de familia y que en la narrativa jurisprudencial de la Corte se constituyó en un sujeto de especial protección<sup>72</sup>. Este tipo de familia se ha abierto espacio en Colombia, siendo muy común; además, la denominada jefatura femenina es la base de esta forma de familia monoparental. Un documento del Departamento Nacional de Planeación muestra cómo en una gran cantidad de hogares colombianos esta figura está presente:

En las encuestas de hogares, la jefatura de hogar se designa por reconocimiento. Es decir, el jefe de hogar es aquella persona del hogar que los demás miembros reconocen como tal. Generalmente, por razones culturales, cuando el hogar está compuesto por una pareja heterosexual, la tendencia es a reconocer al hombre como el jefe de hogar. Las mujeres, al quedar solas por separación, divorcio o viudez, asumen la jefatura del hogar<sup>73</sup>.

Así las cosas, la posición de la Corte es la de tratar como un error la idea según la cual el concepto de familia es algo estrictamente natural y biológico; interpretarlo así sería desconocer, no solo la realidad social, sino también la finalidad de los valores y principios de la Constitución que están dispuestos para proteger a la familia en su papel de núcleo esencial de la sociedad. La familia es un concepto complejo, interdisciplinario y pluritemático que involucra la historia, las costumbres y las prácticas de una comunidad,

71 LÓPEZ, D. *Cómo se construyen los derechos*, cit., 123.

72 La Corte Constitucional, en numerosas sentencias, ha establecido una protección especial a la mujer cabeza de familia en desarrollo de los artículos 5.º, 13, 43 y 44 de la Constitución. Las sentencias más relevantes son las siguientes: C-184 de 2003, C-964 de 2003, C-044 de 2004, T-646 de 2006, T-1086 de 2006, T-692 de 2009, T-102 de 2012. Dicha protección se ve reflejada en diversos ámbitos como el laboral, entre otros.

73 Departamento Nacional de Planeación. *Informe del Observatorio Nacional de Familias*. Boletín n.º 2, 2014, 17. Disponible en: <https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co/Documents/Boletines/bolet%20C3%ADn-3---observatorio-de-familias.pdf>

apuntando siempre a un sentimiento de protección, cariño y empatía entre sus miembros: “La familia con su conjunto de valores y estructura es suma integrada de influjos y presiones que emanan del todo institucional y de la cultura. Lo que se ha venido reflejando en un devenir histórico, resultante de un ambiente social creado por el total institucional: economía, religión, socialización, poder político, ley, etc., y por un cerco cultural tratando la familia de adecuarse a estos influjos institucionales”<sup>74</sup>.

De lo anterior surgió una nueva concepción de familia bajo la Constitución de 1991: “Se trata de una comunidad de afecto, cuidado y solidaridad, independiente de su configuración”<sup>75</sup>. Por lo tanto, frente al enfoque tradicional del concepto de familia hay ahora dos notables diferencias: en primer lugar, para la noción de familia pasa a un segundo plano el aspecto de quiénes la conforman, para dar paso al propósito o la intención; es decir, lo principal para que exista una familia es el ánimo de cuidado, solidaridad y afecto entre sus miembros, más allá de su condición biológica. En segundo lugar, los propósitos de afecto, solidaridad y cuidado se amplían a personas que se encuentran en situación de abandono o que por cuestiones contingentes no son el resultado de una relación matrimonial en el sentido tradicional. Bajo las anteriores consideraciones y narrativas es claro que una pareja del mismo sexo puede acceder al concepto de 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 de la frase “por voluntad responsable de conformarla”, de donde surge que sólo el matrimonio y la unión marital de hecho entre un hombre y una mujer son las dos clases de familia que la Constitución protege [...] En el orden puramente literal se plantea, entonces, una nueva interpretación del primer inciso del artículo 42 superior<sup>76</sup>.

## CONCLUSIÓN

Con base en las anteriores reflexiones se evidencia una paulatina incorporación de los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el concepto (rediseñado) de familia en la elaboración de políticas públicas, confirmando así que los jueces son actores de estas y que su incidencia, en el caso colombiano, no es poca. Si bien es cierto que tradicionalmente las políticas públicas están en cabeza del Gobierno, a través de lineamientos consagrados

74 GUTIÉRREZ, V. y VILA, P. *Honor, familia y sociedad*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1988, 29.

75 LÓPEZ, D. *Cómo se construyen los derechos*, cit., 131.

76 Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gerardo Mendoza Martelo.

en la Constitución y de las normas expedidas por el Legislador, los jueces son guardianes del cumplimiento de los fines del Estado (que se concretan en las políticas públicas), razón por la cual excluir al juez del proceso suena poco acertado, cuando menos.

Está claro que los representantes democráticos son los que “deben determinar qué valores sustantivos deberán guiar la política pública; pero en cuestiones de procedimiento de toma de decisiones fundamentales, el Tribunal asume la principal responsabilidad de su custodia”, por lo que la función de “desbloqueo” de las instituciones[,] en lugar de perjudicar, refuerza la democracia, le[s] da voz a quienes no son escuchados en las instancias de decisión y compromete a las autoridades en un proceso de interlocución con las minorías<sup>77</sup>.

Así entonces, las relaciones entre las instancias judiciales y políticas no son excluyentes, por el contrario, resultan necesarias para el abordaje integral de problemas interdisciplinarios complejos que no se agotan solo con reflexiones desde la dogmática jurídica. Estas relaciones dan paso a canales de diálogo entre las diferentes áreas del conocimiento y los poderes públicos, generando así espacios de participación.

Como una segunda conclusión, el rediseño del concepto de familia realizado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional es resultado de un proceso hermenéutico que lo amplía y que además permite el reconocimiento del tribunal como un juez en la creación de las políticas públicas apalancado en el enfoque neoinstitucional, objetivo principal del trabajo. Lo anterior se refleja en el logro de un concepto amplio de familia por la vía de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que recogió diversas narrativas e imaginarios forjados en el curso de las luchas políticas y jurídicas. Sumado a esto, de la interpretación *anti textualista* del artículo 42 –cuyo resultado se ajusta a los parámetros constitucionales– no solo se obtiene un concepto amplio e incluyente, sino que se derivan consecuencias notables. La primera es que la familia no se funda necesariamente por una pareja, es decir, se elimina la condición obligatoria de biparentalidad. Así las cosas, una “madre cabeza de familia”, un padre soltero, etc., pueden conformar familia. La segunda es que la familia no está necesariamente atada a la heterosexualidad, en tanto parejas del mismo sexo pueden conformarla por una decisión libre y responsable. Una tercera consecuencia es que el fin de la familia no es exclusivamente la procreación y el cuidado de los hijos, pues de ser así se estaría excluyendo de la posibilidad de formar familia a aquellas personas que por razones biológicas (esterilidad, p. ej.) o por una simple elección de vida no

77 CANO, L. *Corte Constitucional y políticas públicas. ¿Fortalecimiento o riesgo para la democracia?* En MONTOYA, M. et al. (eds.), *Reflexiones constitucionales: a propósito de dos décadas de la constitución en Colombia*. Medellín: Universidad EAFIT, 2012, 292.

deseen hijos con su pareja. Una cuarta consecuencia radica en que la familia no se puede entender como una institución exclusivamente ligada al cuidado de hijos propios, pues al excluir a la adopción como forma de generación de familia se estaría sacrificando el derecho de los NNA –que por circunstancias accidentales se encuentran por fuera de un núcleo familiar– a pertenecer a una familia responsable y amorosa. Finalmente, una quinta consecuencia sería que la familia no necesariamente tendría que ser monogámica, pues la realidad muestra que esta figura es tolerada en la sociedad.

#### REFERENCIAS

- ARONSON, P. y WEISZ, E. (comps.). *Sociedad y religión. Un siglo de controversias en torno a la noción weberiana de racionalización*. Buenos Aires: Prometeo, 2005.
- ARANGO, R. *El constitucionalismo en Latinoamérica. Una mirada en perspectiva*. En *Progresos y tendencias del constitucionalismo latinoamericano*. Sabaneta: Unisabaneta, 2016.
- BRUNER, J. *La fábrica de historias: derecho, literatura, vida*. Buenos Aires: FCE, 2013.
- CANO, L. *Corte Constitucional y políticas públicas. ¿Fortalecimiento o riesgo para la democracia?* En MONTÓYA, M. et al. (eds.), *Reflexiones constitucionales: a propósito de dos décadas de la Constitución en Colombia*. Medellín: Universidad EAFIT, 2012, 267-297.
- CRANE, D. A 'Judeo-Christian' Argument for Privatizing Marriage. En *Cardozo Law Review*, Yeshiva University. Vol. 27, 2006, 1221-1259.
- Departamento Nacional de Planeación. *Informe del Observatorio Nacional de Familias*. Boletín n.º 2, julio, 2014. Consultado en: <https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co/Documents/Boletines/boletC3%ADn-3---observatorio-de-familias.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación. *Tipologías de familia en Colombia: evolución de 2003 a 2014*. Consultado en: [https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co/Documents/Documentos%20de%20trabajo/D3-tipologias-evolucion\\_dic3-\(1\).pdf](https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co/Documents/Documentos%20de%20trabajo/D3-tipologias-evolucion_dic3-(1).pdf)
- DWORKIN, R. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 2012.
- FRANCO, S. y SÁNCHEZ, G. *Las familias: ¿un asunto de políticas públicas?* En *Revista Economía y Sociedad*, Universidad del Valle. N.º 14, 2008.
- FREUND, J. *Sociología de Max Weber*. Barcelona: Península, 1973.
- GARCÍA, L. *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- GARRO, A. *Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N.º 35, 1992, 85-96.

- GILLIGAN, C. *In a Different Voice. Essays on Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- GRUESO, D. *Los desafíos de la democracia frente a la diversidad*. En *Revista de Filosofía Conceptos*, Universidad de Cartagena. N.º 3, 2013.
- GUTIÉRREZ, V. y VILA, P. *Honor, familia y sociedad*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1988.
- HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2005.
- HENAO, J. C. *El juez constitucional: un actor de las políticas públicas*. En *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia. Vol. 15, n.º 29, 2013.
- KEENAN, K. *The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*. En *Cal. Law Review*. 92, 2004.
- KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. 4.ª ed., 9.ª reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- KLIJN, E. *Redes de políticas públicas. Una visión general*. Londres: Sage, 1998.
- LÓPEZ, D. *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Bogotá: Universidad de los Andes y Legis, 2016.
- MARCH, J. y OLSEN, J. *El redescubrimiento de las instituciones. La base organizativa de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- MONTOYA, M. et al. (eds.). *Reflexiones constitucionales. A propósito de dos décadas de la Constitución en Colombia*. Medellín: Universidad EAFIT, 2012, 267-297.
- NUSSBAUM, M. *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*. Barcelona: Editorial Andrés Bello, 1997.
- PETERS, G. *El nuevo institucionalismo. Teoría institucional en ciencia política*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- POWELL, W. y DIMAGGIO, P. *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- RASCHKE, J. *Sobre el concepto de movimiento social*. En *Zona Abierta*. 69, 1994.
- RICOEUR, P. *Tiempo y narración I*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004.
- RIVAS, J. *El neoinstitucionalismo y la revalorización de las instituciones*. En *Revista Reflexión Política*, Universidad Autónoma de Bucaramanga. N.º 5, 2003, 37-67.
- ROTH, A. *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Aurora, 2002.
- SÁNCHEZ, E. *El movimiento LGBTI en Colombia: la voz de la diversidad de género. Logros, retos y desafíos*. En *Revista Reflexión Política*, Universidad Autónoma de Bucaramanga. Vol. 19, n.º 38, 2017, 116-131.
- SCHARPF, F. *Games Real Actors Play: Actor-Centered Institutionalism in Policy Research*. Boulder: Westview Press, 1997.

- TORRES-MELO, J. *Introducción a las políticas públicas*. Bogotá: IEMP, 2013.
- TSEBELIS, G. *Nested Games: Rational Choice in Comparative Politics*. Berkeley: University of California Press, 1990.
- WEBER, M. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Barcelona: Península, 1979.
- WEBER, M. *Ensayos sobre sociología de la religión*. Tomo I. Madrid: Taurus, 1987.
- WEBER, M. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- YÁÑEZ, D. *Las órdenes de la Corte Constitucional: su papel y límites en la formulación de políticas públicas*. En *Revista Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia. Vol. LXXI, n.º 157, 2014, 237-268.
- ZULUAGA, R. *De la expectativa al desconcierto. El proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*. Santiago de Cali: Pontificia Universidad Javeriana, 2008.
- ZURBRIGGEN, C. *El institucionalismo centrado en los actores. Una perspectiva analítica en el estudio de las políticas públicas*. En *Revista de Ciencia Política*, Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 26, n.º 1, 2006, 67-83.