



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

CONSTITUCIONALIDAD DE LA PROPUESTA DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN COLOMBIA

Autora

Andrea Catalina Lobera Díaz

Director

Isaac Tena Piazuelo

Facultad de Derecho

2013

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
--------------------	---

CAPITULO I

PROGRESO CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVO DE LA UNION DE HECHO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO	7
1. 1. Evolución de la legislación en materia de conductas y uniones homosexuales.....	7
1. 2. La ley 54 de 1990: Unión de hecho. Una realidad.....	15
1. 3. Principios constitucionales íntimamente ligados con la orientación sexual de las personas que generan la discusión de la unión de hecho entre parejas del mismo sexo.....	20
1. 3. 1. Derecho a la igualdad.....	21
1. 3. 2. Derecho a la libre orientación sexual.....	22
1. 3. 3. Derecho al libre desarrollo de la personalidad y la intimidad.	24
1. 4. Posición de la Corte constitucional de Colombia: progreso hacia la inclusión de los derechos de los homosexuales.....	24

CAPITULO II

DISCUSIÓN JUDICIAL Y DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO.....	26
2. 1. Discusión jurisprudencial sobre la ley 54 de 1990 acerca de la unión de parejas del mismo sexo de 1996 a 2006.....	26
2. 2. Avance en la legislación a favor de la unión entre parejas del mismo sexo: sentencia C-075 de 2007	34
2. 2. 1. Reconocimiento jurídico de la unión entre parejas del mismo sexo	34
2. 2. 1. 1. Consideraciones sobre el régimen patrimonial en la unión de compañeros permanentes desde la perspectiva de la sentencia C-075 de 2007	35
2. 2. 1. 2. Situación de la comunidad homosexual en Colombia desde la perspectiva de la sentencia C-075 de 2007	37
2. 2. 1. 3. Conclusiones jurídicas sobre la unión de parejas del mismo sexo en la sentencia C-075	39
2. 2. 2. Ámbitos de regulación de derechos para las parejas del mismo sexo desde la sentencia C-075 de 2007 y posteriores	43
2. 2. 2. 1. Derechos patrimoniales	44
2. 2. 2. 2. Seguridad social	44

2. 2. 2. 3. Pensión de sobrevivencia	46
2. 2. 2. 4. Igualdad en obligaciones alimentarias de los compañeros permanentes	47
2. 3. Alcances y limitantes del avance jurisprudencial a partir de la sentencia C-075 de 2007 respecto a la unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo	48

CAPITULO III

DISCUSIÓN Y PROPUESTA LEGISLATIVA PARA EL MATRIMONIO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO	51
3. 1. Posición de la Corte Constitucional y proyectos legislativos en el congreso para el matrimonio entre parejas del mismo sexo anteriores a la sentencia C-577 de 2011	51
3. 2. Pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el matrimonio homosexual: sentencia C-577 de 2011	57
3. 3. Proyecto de Ley No. 047 de 2012	61
3. 4. Problema jurídico y constitucional de la propuesta del matrimonio homosexual ..	65
3. 5. Amparo constitucional del concepto de familia respecto al matrimonio igualitario	67
3. 6. Escenario de discusión cumplido el plazo del 20 de junio de 2013 dado por la Corte Constitucional y debate en el Congreso	70

CAPITULO IV

MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO. PARALELO DE LA SITUACIÓN COLOMBIANA Y ESPAÑOLA	72
4. 1. Panorama del matrimonio homosexual desde la perspectiva del derecho comparado	72
4. 2. Breve referencia a la situación legislativa del matrimonio homosexual en España ..	77
4. 3. Inconstitucionalidad del matrimonio homosexual en las legislaciones colombiana y española. Puntos de encuentro y confrontación	79
CONCLUSIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	92

INTRODUCCIÓN

Desde la Constitución de 1991 en Colombia se han generado diversas legislaciones y normatividades que, en términos jurídicos, demuestran el desarrollo y avance de la reflexión legislativa acorde a los criterios sociales, políticos y económicos de la nueva realidad social. Es así que en el país se acordó una nueva Carta Constitucional desde el fundamento de un Estado Social de Derecho, y no, un Estado de Derecho, como lo señalaba la anterior Constitución de 1886. La vuelta de tuerca que realiza la asamblea constituyente de 1991 constituye el reconocimiento de un Estado que se fundamenta en el reconocimiento del Derecho como medio de protección y amparo para el desarrollo del ciudadano tanto en la esfera individual como social. Por tanto, desde esta perspectiva, el país asumió una propuesta legislativa que reconocía al Derecho como garante de protección y desarrollo del individuo en todos sus ámbitos de convivencia.

La nueva legislación amplió los ámbitos de regulación de los derechos fundamentales de los individuos, a partir de normatividades jurídicas que garantizaban los procesos de protección y cumplimiento de todos los derechos fundamentales de los ciudadanos. La educación, la salud, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, junto a los demás derechos fundamentales, gracias a la protección y vías jurisprudenciales legisladas en la Carta Constitucional de 1991 son realidades más precisas y evidentes para el pueblo colombiano.

El espíritu de la Constitución de 1991 ha ampliado y consolidado el ámbito de regulación de los derechos fundamentales. No obstante, existen aspectos del Derecho que han generado discusiones muy difíciles, desde la perspectiva legislativa, debido al interrogante por los alcances y limitantes de la protección de algunos derechos fundamentales respecto a otros derechos. La reflexión de la doctrina jurídica se enfrenta al cuestionamiento del reconocimiento de los límites de los ámbitos de protección jurídica reconociendo otros ámbitos de derecho de igual o quizá mayor importancia. En los diálogos de Platón, Sócrates siempre reconoció la imposibilidad de la ejecución de un derecho de forma infinita sin el reconocimiento de los límites dados por el reconocimiento de los derechos de los otros. La libertad, parafraseando al pensador griego, constituye una ilusión, ya que siempre deja de existir donde comienza la libertad del otro. Tal proceso de regulación está presente en todos los ámbitos de los derechos fundamentales imponiendo desafíos jurídicos para el legislador, ya que el Derecho hace parte no sólo de un ámbito individual, sino también social. El ser humano, señaló acertadamente Aristóteles, es un animal político, y como tal, su vida constituye la participación y creación de la sociedad.

Tal planteamiento de reflexión jurídica constituye el nacimiento del interés por el estudio de la propuesta legislativa del matrimonio homosexual en Colombia. Durante el siglo XXI, la propuesta de matrimonio homosexual en Colombia ha generado distintas posturas y reflexiones por parte de la sociedad colombiana. El tema del matrimonio homosexual se ha recubierto de importancia nacional y su reflexión ha movilizado distintos argumentos en la comunidad. Distintos sectores civiles, políticos y sociales han presentado sus puntos de vista sobre la viabilidad del matrimonio homosexual en la legislación colombiana amparándose en lo que cada grupo social considera la protección de sus derechos fundamentales. No obstante, resalta la atención que buena parte de los argumentos de los distintos grupos sociales colombianos se fundamentan en aspectos sociológicos, políticos e históricos; y los argumentos jurídicos muchas veces se desconectan de estos presupuestos.

Se plantea el cuestionamiento acerca de la relación del Derecho con la realidad social. El problema radica que erróneamente se considera que el Derecho es una masa moldeable que se debe cambiar constantemente a la par de los cambios sociales. Sin duda se desconoce que la doctrina jurídica no se construye de forma pasajera y temporal, y mucho menos para la obtención exclusiva de bienes individuales, sino que es el resultado de un estudio disciplinar y detallado del conjunto de principios y normas a partir de un ideal de justicia y orden que permite regular las relaciones humanas en la sociedad.

Tal desconocimiento de la idiosincrasia propia del derecho es posible apreciarla en la propuesta legislativa del matrimonio homosexual. Los diferentes proyectos de Ley y también algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional muestran un afán de adaptar la legislación a la nueva realidad social sin realizar el debido proceso de reflexión jurisprudencial. Es así que la propuesta de matrimonio homosexual basada en los argumentos sociológicos de un sector de la sociedad y algunas sentencias de la Corte Constitucional desconocen que los derechos tienen límites y reformulaciones en el seno de la vida social. No se trata que la doctrina jurisprudencial desconoce las nuevas realidades sociales; más bien, consiste en comprender que el estudio de las nuevas condiciones sociales, no implica la desaparición total de las anteriores, por lo cual el diálogo y reflexión de lo que ocurre en la sociedad (teniendo en cuenta tanto al individuo como la sociedad y los derechos fundamentales establecidos) genera nuevas especificidades en el derecho que permiten nuevas legislaciones sin destruir lo que con tanto esfuerzo se ha conseguido.

Desde esta perspectiva, en este trabajo surge el interés por el estudio de la propuesta legislativa para aprobar el matrimonio homosexual. No se trata de desconocer los ámbitos de derecho de la comunidad homosexual, que la Carta Constitucional protege de muy buena forma, sino de reflexionar y proponer acerca de la perspectiva constitucional y jurídica que tiene el matrimonio homosexual en Colombia. Por tanto, el objetivo en este trabajo ha sido revisar las vías jurídicas que permiten consolidar la unión de parejas homosexuales y la

propuesta que considera que tal unión sólo puede consolidar el respeto y la protección de los derechos homosexuales en la institución matrimonial.

Es así que desde esta perspectiva se ha planteado un estudio de la propuesta de matrimonio homosexual en Colombia reconociendo sus posibilidades jurídicas, los progresos legislativos sobre el tema y los límites que impone el respeto de los derechos de las comunidades no homosexuales. Desde esta perspectiva, se ha propuesto el estudio de la propuesta del matrimonio homosexual en Colombia en cuatro momentos.

En el primer capítulo se realiza un recorrido histórico legislativo acerca de los derechos y las posibilidades jurídicas de las uniones entre parejas homosexuales desde la época indígena hasta el año de 1990. Se ha puesto este año como punto de referencia, ya que sólo hasta 1990 se legisló a favor de las uniones maritales de hecho fuera de la institución matrimonial. En éste capítulo se revisan los ámbitos de derecho de las comunidades homosexuales en las distintas épocas de la historia de Colombia, las interpretaciones legislativas que poco a poco fueron abriendo el camino para la inclusión de los derechos de los homosexuales, la legislación que permitió en Colombia las uniones maritales de hecho (Ley 54 de 1990) y las implicaciones de esta ley sobre las posibilidades de las uniones jurídicas entre parejas homosexuales.

Posteriormente, el segundo capítulo estudia la discusión y el avance jurisprudencial, que a partir de la nueva Constitución Nacional de 1991, permitió la legitimización de los derechos de la comunidad homosexual en Colombia y abrió las puertas para el reconocimiento jurídico de las uniones de las parejas del mismo sexo. Este recorrido tiene como principal protagonista a la Corte Constitucional que en distintas sentencias sentó las bases de las diferentes interpretaciones a favor y en contra de los vínculos jurídicos entre parejas del mismo sexo. Finalmente, en este capítulo, se revisan los alcances y limitantes de las sentencias de la Corte Constitucional respecto a la concepción y los ámbitos de derecho de las uniones homosexuales.

En el tercer capítulo se estudia la historia de las propuestas legislativas del matrimonio homosexual en Colombia. Resulta interesante tener en cuenta que ha sido la Corte Constitucional la que ha sentado las bases para el reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales, pero al contrario, el legislador mantuvo silencio por mucho tiempo y, aún en la actualidad, ninguna de sus propuestas se ha consolidado en el Congreso Colombiano. Tan es así que la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011 solicitó al Congreso legislar sobre las uniones homosexuales y dio como plazo el 20 de julio de 2013; pero a pesar del ultimátum de la Corte, ningún proyecto de Ley prosperó; cumplido el plazo, en Colombia resalta un ambiente de incertidumbre respecto a las distintas acciones que las instituciones jurídicas y sociales han interpuesto ante este choque entre el Congreso y la Corte Constitucional.

Finalmente, en el último capítulo se realiza una breve referencia al tema del matrimonio homosexual desde la perspectiva del Derecho Comparado, ya que resulta de gran utilidad para analizar la situación colombiana reconocer los puntos de encuentro y desencuentro con las discusiones jurídicas de otros lugares. Principalmente, se precisa el caso español, ya que tanto en Colombia como en España existe la referencia explícita constitucional al matrimonio como la unión entre hombre y mujer. Por tanto, la reflexión acerca de la constitucionalidad resulta bastante pertinente tenerla en cuenta, a pesar que en la legislación en España tiene resultados diferentes.

Después de este proceso, se pudo concluir que la propuesta legislativa del matrimonio homosexual en Colombia es inconstitucional no sólo por la existencia de la referencia explícita en la Constitución Nacional que señala el matrimonio como la unión entre hombre y mujer, sino también por el reconocimiento y carácter jurisprudencial del concepto de familia y matrimonio como exclusivos de las parejas heterosexuales. Más bien, si se desea reconocer jurídicamente la unión de parejas homosexuales es necesario partir de las diferencias que mantiene con las uniones heterosexuales y crear un vínculo jurídico que dé cuenta de las necesidades y características propias de este tipo de unión dentro del ámbito del Derecho.

Sin duda este largo caminar no habría sido posible sin el fuerte impulso de la Universidad de Zaragoza, quien me abrió las puertas de su alma mater para pensar el Derecho más allá del reconocimiento de un conjunto de normas y reglas. Todos mis compañeros y profesores me acompañaron con mucha disposición en este proceso, pero quiero hacer una mención especial al Dr. Isaac Tena Piazuelo quien se convirtió en el maestro que acompañó con prestancia, deseo y sabiduría mi proceso de formación que comienza a encontrar una de sus primeras recompensas en estas hojas. Igualmente infinitas gracias por su comprensión, amor, apoyo y paciencia a mis padres, Marco Lobera y Marta Díaz, a mi hijo Santiago y a mi compañero de vida Mario.

CAPITULO I

PROGRESO CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVO DE LA UNION DE HECHO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO

1. 1. Evolución de la legislación en materia de conductas y uniones homosexuales

En la legislación jurídica colombiana antes de 1990, a pesar de que no existe la unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo, es posible encontrar reflexiones, concepciones y problemáticas que ayudan a comprender la actual legislación y evidenciar la relevancia de los aspectos que más controversia y discusión han causado en lo que respecta al tema en la actualidad. De esta forma es posible rastrear que en las distintas legislaciones colombianas ha existido preocupación, casi de una forma progresiva, en lo que refiere a temas como el concubinato, la unión de parejas heterosexuales fuera del matrimonio y, finalmente, la unión de parejas homosexuales. De cierta forma, el punto de partida que ha determinado las legislaciones y accionales del derecho actual tiene su raíz fundamental en decisiones jurídicas pasadas que se deben tener en cuenta en el interés de comprender el actual estado de cosas.

En la historia de Colombia las primeras legislaciones conocidas comprenden las producidas en la época indígena y colonial. En el primer período existe muy poca información que permita conocer los acuerdos y legislaciones de los distintos grupos indígenas a cabalidad. La revisión realizada por Restrepo, Sánchez y Tamayo en *Efectos jurídicos de las uniones de parejas del mismo sexo en el derecho penal, civil y laboral*¹ evidencia que la poca información jurídica de este período se encuentra en las crónicas de indias hechas por los españoles y testimonios fragmentados en documentos de la colonia. Además, hay que tener en cuenta que existían diversos grupos indígenas con costumbres y reglas propias. En estos registros es muy poca la información precisa que se encuentra sobre las legislaciones de las uniones maritales. Para el caso de los *chibchas* (el principal grupo precolombino), de acuerdo a los anteriores autores, se señala que el dios Noparim o Nemenque les entregó un conjunto de reglas de comportamiento para regular todos los aspectos de la vida cotidiana, desde la guerra hasta la administración de los bienes. De estas reglas se puede inferir que se castigaba el adulterio, lo cual hace pensar en la existencia de un ritual similar al matrimonio. De todos modos, no

¹ C. RESTREPO, *et alii, Derechos y Diversidad sexual*, Universidad de Medellín, Medellín 2010.

queda claro la postura moral, ética y jurídica en lo referente a las relaciones pre y post matrimoniales, y a la posibilidad de sostener relaciones sexuales por fuera de la unión formal entre personas. Sin embargo, del código de Noparim o Nomequeme se comprende que se castigaba la práctica homosexual y su sanción, recalca Restrepo y Otros, era "el apalamiento del culpable en una estaca de palma espinosa o en otro tormento semejante, pero se aplicaba sólo a las relaciones sexuales con penetración anal entre varones, más no era punible la penetración anal de la mujer por un hombre"².

En lo que concierne al periodo indígena existen testimonios de pueblos que aceptaban la homosexualidad, pero no quedan claras sus prácticas y concepciones. Además, los testimonios de las Crónicas de Indias no son completamente fiables debido, por un lado, a la subjetividad del autor de la crónica y, por otro, al hecho que las crónicas se utilizaron en el algunos momentos con fines moralizantes. Es así que la pregunta que surge es hasta qué punto las prácticas y uniones entre homosexuales se realizaban, y cuáles eran las implicaciones sociales, jurídicas y éticas de éstas. Por el momento se puede señalar que la homosexualidad se practicaba en la época indígena, y que en algunas comunidades se sancionaba y en otras no. En conclusión, en palabras de Sotomayor Tribin,

"en muchas sociedades indígenas prehispánicas, por su creencia en que la causa de algunas enfermedades se debía a la apropiación excesiva y descuidada de los animales y los vegetales para su alimentación o al derroche de la energía sexual, hubo normas restrictivas muy estrictas tanto para la cacería y la recolección como para la vida sexual. La abstinencia, más que la prodigalidad sexual, fue la norma en el mundo indígena prehispánico"³.

En la época colonial, las reglas indígenas no fueron referencia para el ordenamiento judicial de la colonia y, por el contrario, en algunos aspectos religiosos y sociales se convirtieron en medida de lo que no correspondía debido a la no existencia de la doctrina religiosa cristiana. En las colonias españolas no se imponían las mismas leyes que en el reino español, por lo cual la monarquía española realizó recopilaciones de leyes exclusivas para el uso en sus colonias basadas en las leyes de Castilla, la Novísima recopilación de las Leyes de España, las leyes de Toro, las leyes de Alcalá de Henares, entre otras. En su mayoría, las recopilaciones españolas estaban basadas en el orden legislativo realizado por Alfonso X el Sabio, las Siete Partidas. Además, si en las recopilaciones de leyes de las indias no se podía encontrar el punto jurídico en cuestión, las leyes españolas automáticamente, se entendía, suplirían tal necesidad. En estas leyes, la base ideológica para la legislación estaba muy clara: nacionalismo eclesiástico, la defensa de la religión como fin supremo del

² *Ibidem*, p.80.

³ H. SOTOMAYOR TRIBÍN, *Homosexualismo prehispánico en Colombia: reflexiones alrededor de la evidencia etnohistórica y arqueológica*. En: Boletín del museo de Oro. No. 34-35, 1993, p. 45.

Estado y el poder absoluto del rey como transmisión del poder de Dios. Al ser la religión católica la base ideológica de la ley, la posición jurídica respecto al concubinato, las concepciones y prácticas homosexuales era estricta e indiscutible. Es así que el concubinato y el homosexualismo eran castigados con penas económicas muy fuertes y el destierro. Sin embargo, para el caso del homosexualismo, los reyes Isabel la Católica y Fernando de Aragón, emitieron una ley registrada en el año de 1947 que equiparaba el homosexualismo a herejía, por lo cual se trataba de una acción gravísima que podía ser sancionada con la muerte y afectar a los descendientes con la imposibilidad de acceder a cargos y dignidades.

Tanto en la legislación indígena como colonial resalta el hecho de que la homosexualidad constituía una acción grave que tenía sanciones fuertes más allá de lo económico, por lo cual la discusión de la unión de homosexuales era un elemento que ni siquiera se nombraba. A pesar que en el comienzo de la época de la República existió un sentimiento de alejamiento de la herencia española e indígena, en cuestiones sociales las leyes españolas fueron base conceptual fundamental. Es así que las concepciones religiosas y sociales respecto al concubinato, las relaciones no formalizadas por la iglesia y el homosexualismo tienen su origen en la tradición española y son aceptadas, mantenidas y formalizadas en la época republicana. El primer punto para tener en cuenta de este nuevo período constituye el año de 1832 debido a que se expide la primera Constitución luego de la disolución de la Gran Colombia. El actual territorio colombiano en ese momento adquiere el nombre de Nueva Granada y se fortalecen los principales poderes legislativos y judiciales. Durante el siglo XIX se expiden en el país cinco constituciones que en sus cambios fundamentales hacen referencia a los poderes presidenciales, cambios de un sistema centralista a federal y ordenamiento autónomo de los Estados. Las primeras constituciones republicanas abandonaron elementos legislativos españoles y se basaron en el código francés de 1832 y la filosofía benthamiana para la creación de un código civil colombiano en 1837. La nueva legislación consideraba como delito contra la moral pública cualquier relación fuera del matrimonio. Durante la época de los Estados federados, cada uno de los Estados promulgó sus propias leyes tanto civiles como penales, por lo cual el Código Penal de 1837 sólo tuvo aplicación supletoria, escenario que se extendió hasta el año de 1873, momento en el cual bajo la Constitución de 1863 se expidió un Código penal vigente para todos los Estados, el cual humanizó las penas, eliminó la pena de muerte y se consagró un límite máximo de pena corporal hasta de 10 años. En ésta legislación no se penalizó la barraganía⁴ o concubinato ni la sodomía y se eliminaron los delitos contra la religión católica. De cierta forma, la legislación individual de los Estados amplió la reflexión sobre el

⁴ Antiguamente, se llamaba barragana a la amiga o concubina que se conservaba en la casa del que estaba amancebado con ella y también la mujer legítima, aunque desigual y sin el goce de los derechos civiles. Para mayor información <http://es.wikipedia.org/wiki/Barragana>. Consultado el 12 de mayo de 2013.

concubinato y la unión marital de hecho, llegando a reconocer en la Ley del 20 de junio de 1853, como señala Cañon Ramírez,

"se impuso y reglamentó el matrimonio civil y el divorcio, otorgando a los casados y sus hijos los mismos derechos y obligaciones que hasta el momento se les había reconocido sólo a los matrimonios católicos; pero este avance fue sólo en materia de vínculo matrimonial, ya que respecto de las uniones extramatrimoniales, éstas fueron ignoradas como se habían mantenido hasta la época"⁵.

Tales cambios en las concepciones se debieron a que el Estado en el siglo XIX se alejó de las doctrinas de la religión católica. Sin embargo, cada Estado federal empezó a generar sus propios códigos civiles y penales generando confusión legislativa, ya que no quedaba clara la relación de estos códigos con el que existía a nivel nacional. Solamente hasta el año de 1837 se expidió un nuevo código nacional, en el cual se eliminaban los delitos frente a la religión católica. Es importante resaltar que la nueva legislación en materia civil adoptó el código civil Andrés Bello, por lo cual, en palabras de Lafont Pianetta, "el concubinato pasó a ser un tema nuevamente ignorado; pero no ocurre lo mismo con los hijos naturales, puesto que ellos sí son tenidos en cuenta en la nueva normatividad"⁶. Se puede señalar que de cierta forma las distintas legislaciones del siglo XIX tuvieron importantes puntos de discusión en lo que respecta a la unión marital de hecho y el concubinato. Al inicio en los Estados federales existió un interés por legislar las uniones de pareja fuera del matrimonio, pero al no existir un punto de acuerdo se abandonó dicha reflexión y se volvió a la legislación tradicional. Es así que lo que concierne a la unión de hecho, como concluye Lemos San Martín, resalta:

"El evidente retroceso que operó sobre el tema después de semejante avance normativo, se evidencia aún más cuando el texto del Código Civil se reservó el calificativo de "legítimos" para los hijos habidos dentro del matrimonio, "naturales" para los hijos de quienes no estaban casados pero podían hacerlo, y "espúreos o de dañado y punible ayuntamiento" a los hijos de quienes no estaban casados y no podían hacerlo, es decir, eran producto de relaciones incestuosas o adulterinas"⁷.

De esta forma es posible observar que en la ley civil el interés por la unión de hecho y el concubinato se debió al reconocimiento jurídico de los derechos de los hijos naturales, y para evitar el desamparo de ellos se planteó la posibilidad de una relación legítima por fuera del matrimonio. A diferencia de la unión de hecho, lo que respecta a las concepciones y prácticas homosexuales

⁵ P. A. CAÑÓN RAMIREZ, *Sociedad conyugal y concubinato*. V. 2. ABC, Bogotá 1983, pp. 177-178.

⁶ P. LANFON PIANETTA, *Derecho de familia: unión marital de hecho. Ley 54 de 1990*. Librería del profesional, Bogotá 1992, p. 18.

⁷ M. SAN MARTIN LEMOS, *La familia de hecho ¿Hacia la igualdad familiar?*, Librería jurídica Sánchez, Medellín 2007, p. 95.

durante este período es diferente. A pesar que el homosexualismo o sodomía era considerado un daño contra la moral pública, en términos de materia civil no se especificaron las correspondientes sanciones. En el código penal de 1837 se consagró como delito la corrupción de menores y el estupor, pero se ha señalado que no existen casos de estos delitos entre personas del mismo sexo. De acuerdo a Restrepo, Sánchez y Tamayo,

“parece ser que en el período comprendido entre 1837 y 1886 la sodomía no fue castigada ni directamente (porque el tipo penal como tal era inexistente) ni indirectamente (en cuanto a corrupción de menores o estupro⁸ o cualquier otra figura penal afín, como el irrespeto a la religión católica)”⁹.

La nueva legislación civil del año de 1873 no castigó la sodomía pero la mantuvo como un causal de antijuridicidad penal cuando los implicados eran asesinados en el momento de la consumación del acto. Para el año de 1886 se emite una Constitución en la que muchas concepciones y discusiones jurídicas van a dar una vuelta de tuerca debido al regreso a paradigmas tradicionales religiosos católicos. En términos generales, en esta constitución los Estados pasaron a ser departamentos y a depender de un gobierno central, razón por la cual se adoptó el nombre de la República de Colombia. Así las cosas, la religión católica se convierte en un elemento esencial en el Estado, a tal punto, que en el preámbulo de la Constitución se expresaba: “En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad”, es de advertir, que en las Constituciones referidas anteriormente sólo la del año 1863 se aparta de ser concebida en el nombre de Dios, pues ésta se emitió bajo un poder político laico.¹⁰ A pesar de que la Constitución de 1886 tuvo diversas reformas, estuvo vigente hasta el año de 1991 momento en el cual se expide nuestra actual Constitución Política, en ésta se consagraron entre otros derechos fundamentales los siguientes: dignidad humana, igualdad, libre desarrollo de la personalidad e intimidad, de los cuales nos ocuparemos en acápite especial, así mismo Colombia se transformó en un Estado Social de Derecho, lo que se traduce en la prevalencia y el respeto por los Derechos Humanos.

La Constitución del año de 1886 ha sido la legislación con mayor vigencia en la historia de Colombia y bajo su imperio se expidió el Código Penal de 1890. La influencia de la iglesia Católica en este momento era bastante fuerte, por lo cual en esta legislación se restablecían los delitos contra la religión, la penalización de la sodomía, el adulterio, la barraganía, corrupción de menores, incesto, adulterio, estupro, entre otros; ya que se consideraban contra la moral pública. Es así que el código penal de 1890 establece tres

8 El estupro consiste en tener relaciones sexuales con una persona menor de edad, valiéndose del engaño o de la superioridad que se tiene sobre ella.

9 C. RESTREPO, *et alii, Derechos y Diversidad sexual*, Universidad de Medellín, Medellín p. 89.

10 R. DE LA ESPRIELLA, *Orígenes de nuestras Instituciones Políticas*. Universidad Sergio Arboleda, Colombia 2003, p. 129.

elementos fundamentales en las sanciones a los homosexuales, como lo señalan Restrepo y otros: penalización a la persona sin hacer distinción entre hombre y mujer, revisión del consentimiento mutuo y si uno de los dos era menor de edad se considera sujeto pasivo del delito¹¹.

Hasta el momento en todos los momentos de la legislación colombiana se ha considerado el homosexualismo como un delito que va en contra de la moral pública y solamente no es penalizado en las constituciones federales de mediados del siglo XIX debido a la falta de legislación y no a una reflexión sobre la naturaleza ética y moral de la conducta homosexual. Por tal razón, a finales del siglo XIX resulta bastante interesante la reflexión de José Vicente Concha en *Tratado de derecho penal y comentarios al código penal colombiano* de 1896. En este tratado se puede encontrar una de las primeras reflexiones acerca de la conducta homosexual desde el punto de vista ético, moral y jurídico. En dicho tratado, se concluye que existen dos formas de sodomía:

“la pederastia y el tribadismo, conductas castigadas desde la antigüedad. Afrimaba que existían corrientes que postulaban que tales conductas no debían considerarse delitos, ya que los sodomitas eran enfermos por herencia o por contagio y porque además se hacía necesario diferenciar los conceptos de pecado, vicio y delito, lo que en el fondo significaba diferenciar entre derecho y moral”¹².

Sin embargo, a pesar de la existencia de insípidas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos y reglas respecto a la homosexualidad fue muy poco lo que avanzó la legislación jurídica de 1890. En el transcurso del siglo XX aparecerán dos nuevos códigos penales en 1936 y 1980 que van a pertenecer a nuevas discusiones científicas en lo que concierne a la homosexualidad (realizadas en Estados Unidos y Europa, principalmente) y en lo que se refiere a materia jurídica son más precisos en el significado de los delitos y las sanciones. Se debe anotar que como expresa González, “Y si bien en el Código Penal de 1936 se elaboró un capítulo aparte para los delitos sexuales y empieza a hablarse de *libertad sexual*, parece mucho más importante el concepto de *honor sexual*. En razón de eso, por ejemplo, se perdona la pena cuando el violador y el estuprador contraen matrimonio con la víctima”¹³

Restrepo, Sánchez y Tamayo sintetizan de muy buena forma esta situación en *Efectos jurídicos de las uniones de parejas del mismo sexo en el derecho penal, civil y laboral*¹⁴. Señalan los autores, que el código penal de 1936 se fundamenta en el derecho penal italiano, el cual diferencia entre derecho y moral. En este código, la homosexualidad como delito se conservó y además de

¹¹ *Ibidem*, p.91.

¹² *Ibidem*, p.89.

¹³ J. GONZALEZ, *Derecho y sexualidad: ¿Liberación o represión?* en <<Estudios de Derecho>>, 64 Medellín (2007), p. 57-72.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 90-91.

considerarse dentro de los delitos de estupro, corrupción de menores, violación, proxenetismo y abuso deshonesto, se agregaron los delitos contra la libertad y el honor sexual. En la preparación de este código destacan algunas ideas de sus autores, que demuestran la necesidad jurídica que existía por determinar la relación entre derecho, moral y homosexualismo. Algunos elementos para destacar de esta situación son los siguientes, siguiendo a Restrepo y otros:

- “1. Carlos Lozano y Lozano afirmó que la homosexualidad entre personas mayores de edad, a pesar que era inmoral, no constituía delito porque no violaba ningún derecho.
2. Parmenio Cárdenas señalaba que el objetivo del derecho penal es la protección de la sociedad, y la homosexualidad al atacar las bases morales debía ser considerada como delito.
3. Carlo V Rey también consideraba que la homosexualidad debía ser reprimida drásticamente, ya que pecaba contra la estética personal y la virilidad de las personas de la sociedad.”

Posteriormente en el año de 1980, se emitió un nuevo Código Penal en el que finalmente se despenalizó la conducta homosexual pues desapareció el capítulo de los delitos contra la moral pública y se reguló el tema mediante la libertad y dignidad humana. De esta forma se consagraron los delitos de incesto y bigamia en el capítulo de los delitos contra la familia y la violación, y los actos sexuales violentos y semejantes se relacionaron en el capítulo de los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana. Este momento es fundamental, ya que la base conceptual del código penal no constituye la moral pública de la sociedad sino reflexiones científicas y de derecho. Sin embargo, en la interpretación de la normatividad persistía ambigüedad debido a que no estaba clara la distinción entre libertad sexual y prácticas sexuales delictivas. Es así que el código penal del año 2000, el cual era más que necesario debido a las múltiples reformas efectuadas en el Código inmediatamente anterior y a la confusión debido a la vigencia de las normas, se incorporó la violencia intrafamiliar en los delitos contra la familia, e igualmente se incluyó un capítulo denominado de los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexual. No obstante, nada se decía acerca de las tendencias homosexuales.

Solamente hasta los años ochenta la legislación sobre la conducta homosexual va dar un giro total al no considerarse como delito. De cierta forma, la unión de hecho y el amancebamiento sufrieron un proceso similar - pero más temprano en sus inicios- al empezar con la despenalización y finalmente una normatividad escasa y ambigua. Hasta 1936 se despenalizó el amancebamiento pero igualmente las uniones de hecho no contaban con ningún respaldo legal que les brindarán protección, es más, el antiguo artículo 329 del Código Civil suponía que se tendrá por concubina de un hombre a “la mujer que vive públicamente con él, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos”. La Corte Constitucional en el año de 1976 esbozó la siguiente teoría: “así como la doctrina, en punto de relaciones económicas o

patrimoniales de los concubinos, al comienzo abrió la puerta inicialmente a la *actio in rem verso*, en beneficio del concubino que ha colaborado con el otro en sus empresas; y luego, para la partición de los bienes adquiridos en común y la repartición de los beneficios, se consagró la *actio pro socio*" (Sent., 26 febrero 1976, CLII, 35) (negrilla fuera de texto); por medio de la cual la concubina podía acceder a reclamar derechos patrimoniales resultantes de las uniones de hecho.

Asimismo era de vital importancia la clasificación de las uniones extramatrimoniales en el Código Civil, pues los efectos jurídicos que se otorgaban eran diversos en lo referente a los hijos procreados en ella, toda vez que los hijos nacidos de uniones dañadas y punibles recibían el nombre de hijos de dañado y punible ayuntamiento, y según el antiguo artículo 52, éstos eran los adulterinos y los incestuosos; en cambio, los nacidos de unión extramatrimonial no dañada, ni punible, recibían el nombre de hijos naturales. La ley 45 de 1936 eliminó la denominación de hijo dañado y de punible ayuntamiento, y lo denominó al hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, como hijo natural, posteriormente tal denominación fue referida en Ley 75 de 1968, y en la actualidad son llamados hijos extramatrimoniales.

Sin embargo, no es sino hasta la entrada en vigencia de la Ley 54 de 1990 que la familia sin un vínculo matrimonial, formada por un hombre y una mujer, adquiere reconocimiento ante la ley Colombiana. La figura antecedente de la unión marital de hecho es el concubinato, el cual se trataba de un organismo familiar cuya existencia se basaba en los hechos realizados en forma continua y por la voluntad de los miembros de la pareja. No obstante, la Corte Suprema de Justicia le reconoció ciertos derechos a la concubina. En la sentencia del 30 de noviembre de 1995, se expresa que es posible reconocer la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, para lo cual se diferenciaron dos clases de sociedades de hecho, las irregulares y las que se originan por virtud de los hechos mismos. Es a partir de ese momento cuando se inició con la emisión de una serie de pronunciamientos jurisprudenciales en ésta misma directriz, y la concubina pasó de ama de casa a socia de su concubino en una sociedad de hecho, en la cual, además de la convivencia, se lograba el aumento del patrimonio social.

Por último, en el año 1990 vía jurisprudencial se logró definir la sociedad entre los concubinos como una sociedad conyugal de carácter irregular, confrontando el concubinato con los efectos del matrimonio, pues así se manifestó por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 7 de Febrero de 1990, a saber:

"se trataría de una sociedad surgida de los hechos y por los hechos, y la evaluación de su realidad se debe llevar a cabo con prescindencia del concubinato, para lo cual es indispensable tener en cuenta los siguientes aspectos cuya protección, de otro modo, crearía confusión, y por ende,

podría conducir a la admisión de la sociedad conyugal de bienes de carácter irregular: a). La convivencia entre los amantes no genera por sí sola, comunidad de bienes, incluso por más prolongada que fuera aquella. b). Por lo tanto, la razón de ser de la sociedad, no se halla en la mera cohabitación sino en el aporte de bienes, o más generalmente, en la recíproca colaboración de la pareja en una actividad económica con miras al logro de un propósito común. C) Si el concubinato, por sí sólo, carece de aptitud legal para formar una sociedad de bienes, tampoco la tiene para hacer presumir su existencia, lo que, a su vez, no quiere decir que, paralelamente a la relación netamente personal o afectiva entre concubinos, no pueda apuntar a otra de neta significación patrimonial.”

Antes de 1990 es posible reconocer que no existió en la legislación jurídica colombiana la concepción de unión de hecho entre parejas del mismo sexo. Siempre fueron dos temas distintos. La unión de hecho, concubinato o amancebamiento siempre se consideró respecto a parejas heterosexuales, y lo que concierne al homosexualismo se consideraba desde la reflexión entre lo moral y lo público, recayendo, en la mayoría de las ocasiones, en las sanciones posibles para este tipo de conductas. De cierta forma, las bases conceptuales de esta reflexión fueron la necesidad de poder controlar tanto el cuerpo como la sexualidad, por lo cual seguían siendo fundamentales los presupuestos jurídicos medievales y las concepciones de derecho natural y positivo. Por lo tanto, una persona homosexual sólo existía en términos jurídicos en el acto sexual y no tanto como persona. Solamente hasta finales del siglo XIX, se empezaron a tratar y discutir las reflexiones en torno a las prácticas y concepciones homosexuales delimitando prácticas, sanciones y concepciones de lo homosexual como delito. Finalmente, sólo hasta 1980 la reflexión jurídica se alejó de la moral pública y desde concepciones científicas y argumentos jurídicos se despenalizó la homosexualidad como delito; dando comienzo a la reflexión sobre la posibilidad de que el derecho también tenía que velar por la integridad física y mental de las personas homosexuales. Desde esta posibilidad es que se puede ampliar la reflexión acerca de los derechos de las personas homosexuales, siendo uno de ellos las posibilidades de uniones entre parejas del mismo sexo dentro de parámetros jurídicos.

1. 2. La ley 54 de 1990: Unión de hecho. Una realidad

La ley 54 de 1990 nace ante la necesidad de legislar y organizar las discusiones respecto a la unión y derechos de parejas heterosexuales fuera de la solemnidad del matrimonio. La realidad social imperante en los años 80 obligó al legislativo a reconocer que la familia dejó de conformarse únicamente a partir del matrimonio, por lo cual fue necesario reglamentar las uniones de hecho equiparando sus consecuencias jurídicas a las del matrimonio. Es así como se termina con la discriminación al llamado concubinato y se comienza a tratar la unión de hecho como una institución seria, responsable, con carácter

permanente y presente en el ordenamiento jurídico colombiano. Cabe señalar que durante los años 80, la reflexión acerca de las uniones de hecho estuvo determinada en la mayoría de ocasiones en materia laboral y civil, ya que de cierta forma no existía legitimidad de las uniones concubinarias. A modo general, como señala Pedro Alejo Cañón Ramírez, antes de 1990 en la legislación colombiana:

"El concubinato tuvo una especial prohibición por parte de la legislación penal en su art. 451 que determinó: "Las personas que sin ser casadas hicieran vida como tales en una misma casa de una manera pública y escandalosa, incurrirán por tal conducta en el delito de amancebamiento público", el cual tenía como mira de protección, la unión y el sagrado respeto de la familia y el hogar; a pesar de ello, no era punible el amancebamiento, cuando el sujeto activo poseía recursos pecuniarios suficientes para sostener la concubina fuera de la casa, y exonerados de pena. "Los amancebados que celebraran matrimonio antes de producirse sentencia condenatoria" (art. 452 C. P. de 1890). A partir de la legislación penal que estuvo vigente en el país desde el 11 de junio de 1937 hasta el 23 de enero de 1981 dejó de considerarse el concubinato como hecho punible"¹⁵.

La ley 54 de 1990 constituye la legislación formal del amancebamiento y el concubinato que siempre habían estado presentes en el desarrollo social del país. Por tanto, esta ley permite reconocer que la sociedad no se debe adecuar a la legislación, sino que es la legislación la que debe ser un reflejo de las búsquedas y acuerdos de la sociedad.

En este orden de ideas, la ley 54 de 1990 constituye la regulación jurisprudencial y legal de las uniones de parejas diferentes al matrimonio, que había sido hasta el momento el acto moral y religioso reconocido por la jurisprudencia. De este modo, la legislación reglamenta la unión de parejas no casadas, brinda protección legal y reconoce la evolución del concepto de familia en la sociedad colombiana. Sin embargo, desde el comienzo de la formalización de esta ley, ha estado claro que se busca regular legal y socialmente a las relaciones de parejas heterosexuales permanentes, nunca se consideró las relaciones de parejas homosexuales. Es así que en la exposición de motivos de la jurisprudencia se considera como objetivo fundamental de la nueva ley, lo siguiente:

"El texto de la ley responde al fin que explícitamente se trazó el congreso a expedirla: reconocer jurídicamente la existencia de la "familia natural", hecho social innegable en Colombia ("son más los hijos nacidos de las relaciones extramatrimoniales de sus padres que del matrimonio civil o religioso") y fuente de los hijos "naturales" o "extramatrimoniales" - equiparados en la legislación civil-, con el objeto de establecer los

¹⁵ P. A. CAÑON RAMÍREZ, *Sociedad conyugal y concubinato*, ABC, Bogotá 1983, p. 179.

derechos y deberes de orden patrimonial de los "concubinos", y así llenar el vacío legal existente en una materia que interesa al bienestar de la familia y que no puede quedar al margen de la protección del Estado"¹⁶.

El primer cambio que se va a instaurar en la nueva ley constituye el cambio de los nombres tradicionales dados hasta el momento, como concubinato o amancebamiento, para dar reconocimiento legal al concepto de unión de hecho. Es importante señalar que está denominación, no se queda solamente en la ley, ya que es reconocida en la carta fundamental y encuentra sustento constitucional en el artículo 42, donde la unión marital de hecho se reconoce como la conformada por vínculos naturales. Es así que el artículo primero de la ley 54 de 1990 consagra: "Se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho". Así las cosas, se puede notar que la ley no define la unión marital de hecho sino que explica cómo se forma y cuáles son los elementos que la conforman. Por tanto, se deduce que la unión se da entre hombre y mujer y, a falta de uno de los compañeros, no se puede considerar dicha unión. Respecto a la naturaleza jurídica de la unión marital de hecho varias teorías se han esbozado. Es así que se ha considerado como un hecho jurídico capaz de producir efectos entre compañeros permanentes, no sólo en cuanto bienes, sino también en cuanto a los integrantes de la unión de hecho e incluso frente a terceros. Además, también se le considera como una institución de derecho privado mientras que el matrimonio corresponde al orden público, ya que la unión de hecho es un "hecho jurídico" familiar mientras que el matrimonio es un "negocio jurídico" familiar. Por hecho jurídico familiar especial se considera que es un hecho voluntario de constitución familiar reconocido por el derecho, una entidad autónoma de rango legal con independencia de un régimen patrimonial puesto que no habría sociedad patrimonial sin existir unión marital. Es así que un hecho jurídico familiar comparte con el matrimonio que es una institución jurídica a la cual se le asignan unos efectos económicos o patrimoniales. En conclusión, ambas instituciones, unión material de hecho y matrimonio, en palabras de Ildemar Bolaños,

"han venido borrando las fronteras distintivas, hasta el punto que el tratamiento jurídico es el mismo para una y otra institución. Las diferencias jurídicas entre estas dos instituciones se desvanecen por efecto de la pronta evolución de los hechos, de la variación de costumbres, de la necesidad de regular la vida del hombre, de la misma evolución del derecho, etc. Y así hemos de llegar al punto de tener dos instituciones que, en la realidad, son causa de los mismos efectos jurídicos. Cada una en su propio ámbito: la primera, entre compañeros

¹⁶ Sentencia Corte Constitucional, C-098, 1996.

permanentes; la otra, entre cónyuges; las dos, ante los hijos, frente a la sociedad y el Estado"¹⁷.

Con la ley 54 de 1990, la unión marital de hecho adquiere cuerpo jurídico y legal en la jurisprudencia colombiana. Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia C-239 de 1994 y en la de 12 de marzo de 1999, complementa y corrobora el concepto de unión marital de hecho. A partir de estas sentencias y estudios jurídicos también es posible delimitar definiciones sobre la unión marital de hecho que generan dificultad en la interpretación del concepto:

"1. De acuerdo a Álvaro Fernando García, a partir de la jurisprudencia nacional "es fácil decidirse a favor de la calificación de la unión marital como un hecho jurídico, es decir, como un hecho capaz de producir efectos no solo en cuanto bienes sino también en cuanto a las personas de los compañeros permanentes e incluso frente a terceros"¹⁸.

2. Según Pedro Lafont Pianetta, la unión marital de hecho es un hecho jurídico familiar especial, es decir, "un hecho voluntario de constitución familiar reconocido por el derecho, razón por la cual se le califica 'de hecho'".

3. En sentencia del 12 de marzo de 1999, el Tribunal Superior de Popayán reconoció la unión marital de hecho como una entidad autónoma con independencia del régimen patrimonial "que si la reclama como supuesto pero jamás resulta su condicionante; no habría entonces sociedad patrimonial sin unión marital, pero cabe esta última con absoluta independencia de la primera"¹⁹.

4. El Tribunal Superior de Manizales en sentencia del 2 de diciembre de 1999 señaló que "la unión marital de hecho es una institución de derecho de familia y su regulación interesa al orden público de la nación, pues si bien se diferencia en forma radical del matrimonio, constituye un hecho jurídico familiar, que ha llevado a que la H. Corte Constitucional lo refiera como una especie de matrimonio de hecho". Sobre tal definición, también se pronunció la corte constitucional en sentencia la sentencia C-239, al expresar que es una especie de matrimonio de hecho: "con relación a la naturaleza jurídica de la unión marital de hecho enseña que se trata de una institución jurídica: 'pero la verdad es la creación de una nueva institución jurídica, la unión marital de hecho, a la cual la ley 54 le asigna unos efectos económicos, o patrimoniales como dice la ley, en relación con los miembros de la pareja'"²⁰.

¹⁷ I. BOLAÑOS, *Unión marital de hecho* Leyer, Bogotá, 2011 3^a. Ed. p.p. 118-119.

¹⁸ A. F. GARCIA, *Derecho de familia*, p. 65.

¹⁹ Tribunal Superior Popayán, sentencia 12 de marzo de 1999.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-239 de 19 de mayo de 1994.

A partir de todos los anteriores presupuestos se concluye que la unión marital de hecho, al igual que el matrimonio, constituye fuente creadora de la familia en Colombia. Y desde este concepto, se consideran los derechos y deberes que debe regular la jurisprudencia para su protección. Por tanto, la normatividad legal ha señalado los elementos básicos para considerar la existencia la unión marital de hecho: la diferencia de sexo, la singularidad, la comunidad de vida, capacidad, voluntad, mutua ayuda y permanencia.

Diferencia de sexo: la ley 54 de 1990 reconoce como requisito esencial para la unión marital de hecho la diferencia de sexo de la pareja. Sumado al consentimiento que debe existir entre las dos personas. Es así que la diferencia de género, como señala Cristina Sánchez Mercado, constituye un hecho natural que no es fruto de la invención humana, ni producto del medio social, por lo cual sin esta distinción no sería posible la familia. Así mismo, es esta unión la que permite la creación y reproducción de los nuevos seres de la comunidad²¹. En conclusión, la ley 54 no reconoce la unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo y considera que el uso de la fuerza o el fraude no permite el reconocimiento de una unión de hecho.

Comunidad de vida: se considera la unión entre hombre y mujer como una comunidad que toma la decisión de vivir juntos. Por tanto, el concepto de comunidad compete tanto las relaciones personales, sociales y económicas que se producen en el desarrollo de la vida de pareja. Tal convivencia se desarrolla de forma pública o privada (pero no oculta), en domicilio en común (también se puede dar el caso que por razones de trabajo o profesión existan distintos domicilios); pero la característica fundamental corresponde el sentimiento de una efectiva comunidad de vida. En síntesis, en palabras de Ildemar Bolaños, "el presupuesto de comunidad de vida es la coexistencia permanente y estable de marido y mujer, fortalecida por el paso del tiempo, viviendo y actuando en la misma forma que lo hacen las personas unidas e matrimonio"²².

Comunidad de vida permanente: la ley no determinó la existencia de un lapso de tiempo para considerar una unión marital de hecho, ya que esta existe desde el momento que hombre y mujer toman la decisión de conformar tal unión. El término de duración temporal mínimo de dos años es condición básica para el surgimiento de la "sociedad patrimonial". Por tanto, el no cumplimiento de este lapso de tiempo no permitirá la trascendencia jurídica en cuanto a los efectos económicos a los que se refiere la unión. Es así que la convivencia ocasional no constituye ninguna asociación jurídica o económica.

Singularidad: la normatividad hace referencia a la existencia de una "comunidad de vida singular", que constituye cuando el hombre forma pareja con una sola mujer, y la mujer con un solo hombre. Esta condición implica la no admisión de uniones maritales de hecho simultáneas (autores como Pedro

²¹ C. SANCHEZ MERCADO, *Unión marital de hecho*, jurídica Equidad, Cali 1997, pp. 35-36.

²² I. BOLAÑOS, *Unión marital de hecho*...p. 123.

Lafont consideran que si es posible la admisibilidad de pluralidad de uniones maritales)²³. Por tanto, la ley establece que la unión se da con un compañero o compañera permanente, evitando la multiplicidad de sociedades patrimoniales y jurídicas.

1. 3. Principios constitucionales íntimamente ligados con la orientación sexual de las personas que generan la discusión de la unión de hecho entre parejas del mismo sexo

La ley 54 de 1990 al describir la unión marital de hecho señala desde su artículo 1º que dicha unión corresponde a la conformada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. En la descripción de los antecedentes, características, discusiones y elementos de la unión en los anteriores apartados, se puede apreciar como la unión de parejas homosexuales nunca constituyó un elemento fundamental de la discusión. Durante la década de 1990, el legislativo guardó silencio respecto a esta situación y sería la corte constitucional quién, sin aceptar el matrimonio para las parejas homosexuales, definió los efectos jurídicos de este tipo de uniones.

El punto de partida para que la Corte Constitucional avanzara en la legislación de uniones de parejas del mismo sexo constituyó el amparo que le brindaba la nueva carta constitucional del año de 1991, la cual permitía una nueva visión sobre la temática de la homosexualidad diferente a todas sus antecesoras. Antes la legislación en Colombia sancionaba las conductas homosexuales basada en la defensa de lo moral socialmente establecido. Sin embargo, la constitución de 1991 realizó cambios fundamentales a las concepciones políticas, sociales y jurídicas del país. Es así que a pesar de no existir una referencia explícita a la transexualidad o la homosexualidad, es decir, hacia la orientación o expresión de género de las personas, la constitución establece principios fundamentales que buscan la protección de la persona humana, de su proyecto de vida, de ahí el establecimiento de un Estado Social de Derecho. Por tanto, las personas homosexuales han encontrado en los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y la pluralidad; bases conceptuales jurídicas que les han permitido pedir al legislativo la protección de sus derechos al igual que la comunidad heterosexual.

²³ P. LANFONT PIANETTA, *Derecho de familia...* señala “realmente el límite de dos personas (un par) no se viola en el caso de pluralidad de uniones maritales de hecho, esto es, cuando una misma persona tenga varios compañeros o compañeras, porque en este evento, por lo expresado, no puede hablarse de una sola unión marital entre todas esas personas (puesto que son más de dos), sino que es necesario hablar de varias uniones maritales, según el número de parejas que puedan establecerse”. p. 112.

1. 3. 1. Derecho a la igualdad.

Durante la década de los 90, la Corte Constitucional se pronunció sobre la inclusión de la comunidad homosexual en todas las instituciones sociales, políticas y económicas bajo el argumento que su exclusión comprendía una violación al derecho de la igualdad. Sin embargo, las sentencias de la corte entre 1994 y 1996 no dejaban clara la interpretación de la Corte sobre este derecho, ya que muchas veces la favorabilidad de la sentencia respondía a procedimientos jurídicos diferentes al derecho violado. Por ejemplo, en la sentencia T-097 de 1994, cuyo tema era la expulsión de un estudiante de la escuela de carabineros por realizar prácticas homosexuales, la Corte manifestó el reintegro del estudiante a la escuela, pero no por la violación al derecho de la igualdad sino por la violación al debido proceso. No obstante, tal sentencia constituyó un momento fundamental en la defensa de los derechos de la comunidad homosexual, ya que por primera vez en el país un organismo jurídico se pronunciaba a favor de la protección de los homosexuales.

Paralelamente que las sentencias de la corte abrían el debate acerca de la constitucionalidad de los derechos de los homosexuales, existieron sentencias que desestimaron las pretensiones de la comunidad homosexual. La sentencia T-569 de 1994, donde una estudiante señalaba la presión que le generaba asistir a clase con prendas y accesorios femeninas, fue desestimada por la Corte y su pronunciamiento tan sólo abarcó que dicho comportamiento ponía en evidencia su orientación sexual y no se propuso ningún camino para que el derecho a la libre personalidad y la igualdad fueron objeto de protección por el Estado. Asimismo la sentencia T-037 de 1995 interpuesta por un estudiante de la Escuela de la policía que fue sancionado por hacer prácticas sexuales con un compañero, a pesar de estar por fuera de la institución, la Corte negó la tutela del estudiante al afirmar que el estudiante había cometido una falta disciplinaria -así las acciones ocurrían fuera de la institución- e identificó la homosexualidad como una anormalidad:

“La igualdad ante la ley no consiste en admitir que quien presenta una condición anormal -como la homosexualidad- esté autorizado por actuar explícita y públicamente con el objeto de satisfacer sus inclinaciones e incurrir, sin poder ser castigado, en conductas ajenas a la respetabilidad del centro educativo”²⁴.

En tal orden de ideas, los comportamientos sexuales se convertían en objeto de investigación por alterar la convivencia de las instituciones tradicionales. En esta sentencia vale la pena resaltar el salvamento del voto del magistrado Carlos Gaviria quien consideró la expulsión del estudiante como

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-037 de 1995.

una violación al derecho de la igualdad, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y la educación.

A pesar de la ambivalencia que en algunas sentencias generaba la Corte Constitucional, el progreso legislativo en primera instancia apelaba al derecho de la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política donde se señala la obligación del Estado en tratar en todos los ámbitos de la ley, la acción administrativa y judicial a todas las personas en igualdad de condiciones. Es así, que en lo que respecta a este derecho, en palabras de Restrepo y otros, "la Corte rechaza la discriminación de los homosexuales en las diferentes esferas de la vida, pero ninguna sentencia logró ir más allá para comenzar a implantar los mecanismos que llevaran a erradicar esa real discriminación"²⁵. En este sentido la sentencia que más avances legislativos en torno a la defensa del derecho de la igualdad constituye la sentencia T-539 de 1994, la cual afirma:

"El hecho de que una conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica tratamiento desigual. Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y de la adolescencia. Un trato justo, hacia los homosexuales, tiene que basarse en el respeto, la consideración y la tolerancia, por tratarse de seres humanos titulares de los mismos derechos fundamentales de los demás en condiciones de plena igualdad, así no sean idénticos en su modo de ser a los demás. Si los homosexuales adoptan una conducta diferente a la de los heterosexuales no por ello jurídicamente carecen de igualdad. En aras del principio de igualdad, consagrado en la Carta como derecho fundamental de toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un homosexual"²⁶.

1. 3. 2. Derecho a la libre orientación sexual.

Los artículos 15 y 16 de la Constitución Política Nacional protegen el derecho que tienen las personas de decidir su orientación sexual. Las sentencias de la Corte T-594 de 1993 y C-481 de 1998 tratan de forma concreta este derecho. En la primera, la Corte solicita y permite que una persona pueda cambiar su nombre de acuerdo al género que la persona considere con el fin de delimitar su identidad de género. En la segunda, el avance es más significativo en materia legislativa, ya que la Corte considera inexistente la expresión homosexual como causante de mala conducta, por lo cual concede el amparo de los derechos fundamentales a un ciudadano que la policía no le permitía circular por las calles por su condición de homosexual.

²⁵ C. RESTREPO, S. SANCHEZ, C. TAMAYO,... p. 108.

²⁶ *Ibidem*, p. 108.

En la sentencia C-098 de 1996 interpuesta por la referencia explícita de hombre y mujer a la unión marital de hecho de la ley 54 de 1990, la corte expresa de manera más precisa el desarrollo de la libre personalidad y la orientación sexual como derechos fundamentales de cualquier ciudadano, y por tanto, concluye que el derecho de la orientación sexual se encuentra limitado por los derechos de los terceros y la producción de daño social:

“A juicio de esta Corte, desde el punto de vista constitucional, la conducta y el comportamiento homosexuales, tienen el carácter de manifestaciones, inclinaciones, orientaciones y opciones válidas y legítimas de las personas. La sexualidad, heterosexual o homosexual, es un elemento esencial de la persona humana y de su psique y, por consiguiente, se integra en el marco más amplio de la sociabilidad. La protección constitucional de la persona en su plenitud, bajo la forma del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo (C. P., Art. 14 y 16), comprende en su núcleo esencial el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad.

Carecería de sentido que la autodeterminación sexual quedara por fuera de los linderos de los derechos al reconocimiento de la personalidad y a su libre desarrollo, si la identidad y las conductas sexuales, ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad y autonomía, un lugar tan destacado y decisivo. Admitir que el Estado pueda interferir y dirigir el proceso humano libre de adquisición e internalización de una determinada identidad sexual, conduciría a aceptar cómo válido el extrañamiento y la negación de las personas respecto de ellas mismas por razones asociadas a una política estatal contingente. El ser no puede sacrificarse por una razón de Estado, en un campo que no incumbe a éste y que no causa daño a terceros. La protección de las autoridades a todas las personas y residentes en Colombia (C. P., Art. 2) tiene forzosamente que concretarse, en esta materia, en el respeto a la libre opción sexual.

El derecho fundamental a la libre opción sexual, sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria. La sexualidad, aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos (C. P., art. 15), pertenece al campo de su libertad fundamental, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente, ni tampoco se genera un daño social. La sexualidad, por fuera de la pareja y de conjuntos reducidos de individuos, no trasciende a escala social ni se proyecta en valores sustantivos y uniformes de contenido sexual”²⁷.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-098 de 1996.

1. 3. 3. Derecho al libre desarrollo de la personalidad y la intimidad.

En las anteriores sentencias de la Corte señaladas en el apartado de derecho a la igualdad y la orientación sexual, se puede notar como el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la intimidad constituyen principios constitucionales fundamentales que hacen parte del grupo de argumentos que han permitido cambios en la legislación a favor de la comunidad homosexual. Es así que se entiende que de acuerdo con el espacio en el que las personas viven puede ser público o privado, entendiéndose por el primero como un espacio que se comparte con toda la comunidad y el segundo como aquel que le pertenece solamente a la persona. Por tanto, las actividades íntimas o privadas que ocurren en lugares que los demás no tienen acceso y para poder participar o informar de ellos se debe tener autorización explícita de su protagonista. De esta forma, el Estado se encuentra en la obligación de proteger la privacidad de las personas y velar para que sea respetada y no se vea vulnerada. Asimismo, el derecho de la libre personalidad permite que toda persona pueda ser lo que desee desde que no afecte a terceros o concurra en algún daño social. Ambos derechos son principios que han permitido la inclusión a la vida social de la comunidad sexual y ha sido la Corte Constitucional quien a través de sus sentencias ha generado los caminos para reglamentar la normatividad jurídica que permite a los homosexuales ser protegidos por el Estado desde esta perspectiva.

1. 4. Posición de la Corte constitucional de Colombia: progreso hacia la inclusión de los derechos de los homosexuales.

La posición de la Corte Constitucional hacia la inclusión y reglamentación de los derechos de los homosexuales, ha sido un camino caracterizado por el debate y la controversia de la interpretación acerca de la igualdad social de la comunidad homosexual frente a la heterosexual. Además, resulta interesante notar como la misma Corte en lapsos temporales cercanos plantea argumentos que no corresponden a una reflexión lineal y progresiva, ya que las interpretaciones de la ley varían y la prioridad constitucional recae en varias ocasiones a reglamentaciones procesales y jurídicas.

En referencia a este progreso de la posición de la Corte, Cristina Motta en el artículo "La Corte Constitucional y los derechos de los homosexuales"²⁸ identifica dos vertientes ideológicas en la Corte Constitucional: la liberal y la conservadora. La primera, señala Motta, "carecen de algunas razones de las condiciones que asegurarían la racionalidad, la universalidad y la

²⁸ C. MOTTA, *La corte constitucional y los derechos de los homosexuales*. En: Observatorio de justicia constitucional, Universidad de los Andes, Bogotá 1998.

imparcialidad del discurso constitucional, como son la no contradicción, la unidad de las premisas, la completud deductiva o la ponderación, y el análisis de las convicciones morales". Por el contrario, la segunda corriente, señala la autora, ha sustentado su postura en razones tradicionales o comunitarias echando mano de la "exégesis como método interpretativo"; siendo esta postura la más consistente y coherente, por lo cual ha ganado favorabilidad en la intervención del Estado. Es así, que en términos generales, la Corte Constitucional reconoce un liberalismo justo y tolerante que acepta la libre opción sexual, por lo cual la homosexualidad debe ser valorada igual que la heterosexualidad, pero la gran dificultad recae en la necesidad de ir más allá de la reflexión general y la aclaración de voto de alguno de los magistrados, y proponer normatividades que permitan dar vía en términos constitucionales a las pretensiones de los homosexuales.

Cristina Mota señala, ante esta situación, que "tener un derecho constitucional es tener derecho a reclamarlo sin reparar en las razones por las cuales ha sido negado"²⁹, por lo cual el derecho se constituye en derecho gracias a su capacidad de ponerse a prueba frente a los otros y lograr una armonía jurídica viable. La misma Corte Constitucional ha revisado diversas tutelas desde los principios de constitucionalidad para ampliar la reflexión y llegar a puntos definitivos respecto a los homosexuales en la jurisprudencia colombiana. Cabe señalar, que la misma posición de la Corte ha cambiado debido a que en el año 2001 cambiaron siete magistrados, lo que para algunos críticos y estudiosos permitió el aumento del ala liberal de la corte.

De cierta forma, la Corte ha sido una defensora de los derechos de los homosexuales pero ha sido la parte práctica y normativa la que ha generado confusiones y ambivalencias en el ámbito jurídico. Es así que el concepto de unión de hecho y matrimonio de parejas homosexuales durante la década de los noventa, a pesar de contar con el reconocimiento de los derechos fundamentales de los homosexuales, en la parte práctica e interpretativa de la ley, la reflexión jurídica no va más allá de la aclaración que hace la ley que se da entre hombre y mujer como requisito fundamental, llevando la discusión a la interpretación exegética de la pareja heterosexual y el concepto de familia. Por tanto, la reflexión de los derechos y la normatividad legal de las parejas del mismo sexo ha mantenido su eje en el concepto de lo que se considera familia en términos jurídicos. Tal será el punto de partida para la discusión de las uniones de hecho y el matrimonio en la primera década del siglo XXI.

²⁹ *Ibidem*, p. 292.

CAPITULO II

DISCUSIÓN JUDICIAL Y DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

2. 1. Discusión jurisprudencial sobre la ley 54 de 1990 acerca de la unión de parejas del mismo sexo de 1996 a 2006

El punto de partida para definir la unión marital de hecho en la ley 54 de 1990, como se pudo apreciar en el anterior capítulo, constituye el reconocimiento de la unión formada entre un hombre y una mujer, como se promulga en el artículo 1:

“ARTÍCULO 1: A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular (el resaltado no se encuentra en el texto)³⁰.”

Desde ésta perspectiva, la jurisprudencia colombiana entendió la diferencia de sexos entre la pareja como requisito fundamental para la existencia de una unión marital de hecho. Por tanto, antes de considerar la legalidad de los derechos de las parejas homosexuales y los efectos que éstos tenían en las distintas legislaciones; la jurisprudencia, inicialmente, privilegió la exégesis de las normas sin considerar el bloque constitucional, y mucho menos, el aumento de la comunidad homosexual en la sociedad. Es así que la diferencia de sexo se constituye en el soporte fundamental de la composición de la unión marital de hecho que posibilita revisar la existencia de una unión que se caracteriza por la singularidad, comunidad de vida, mutua ayuda y permanencia (características revisadas en el anterior capítulo). Así lo señala, por ejemplo, la sentencia del 27 de septiembre de 2005 del Tribunal superior de Medellín,

“Es pues la concurrencia de estos presupuestos, lo que permite reconocer la existencia de esa unión libre denominada Unión Marital de Hecho y a quienes la conforman ser denominados compañeros permanentes, con repercusiones patrimoniales a semejanza de la unión matrimonial, para diferenciarla de otras uniones o relaciones, también entre un hombre y una mujer, pero sin las especiales características que el legislador tuvo a bien exigir para aquéllas”³¹.

³⁰ Ley 54 de 1990.

³¹ TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Sentencia del 27 de septiembre de 2005.

Es así que la unión marital de hecho legislativamente se constituye desde un elemento que es un hecho natural, ya que la diferencia de sexos está determinada por acciones naturales y no es producto del contexto social. Por tanto, la unión marital de hecho, como la familia, se fundamenta jurídicamente desde una distinción natural. No obstante, tal distinción no equivale a la existencia de un trato diferencial entre hombre y mujer. Por el contrario, ambos cuentan con el mismo amparo constitucional y legislativo que reconoce un trato igualitario, al no reconocer el género como un elemento diferenciador. De esta forma, sin importar el sexo, el bloque constitucional reconoce los mismos derechos y deberes a hombres y mujeres, por lo cual el reconocimiento de la unión permite la ampliación de estos derechos debido a que la unión se concibe como el vínculo iniciador de familia, que constituye el núcleo básico y esencial de la sociedad. Cristina Sánchez lo precisa de la siguiente forma:

“En la unión del varón y la mujer se expresa el significado unitivo del modo de ser de la misma corporeidad humana, que se realiza mediante la decisión de ser uno del otro y viceversa y en esa unión aparece la unión de la naturaleza. Así en la unión entre varón y mujer se retoma o reproduce la creación en sus dimensiones procreadora, fecunda y generadora de otros nuevos seres que reproduce la comunidad varón-mujer”³².

En conclusión, la ley 54 de 1990 fundamenta que la unión marital de hecho constituye la voluntad de una pareja heterosexual por crear una familia dentro de los parámetros legislativos. Además del artículo 1 que se señalaba anteriormente, la misma ley resalta que tal unión es un acto de libre voluntad entre un hombre y una mujer:

“Esta comunidad entre un hombre y una mujer requiere de un acto de voluntad destinado a querer ser comunidad de vida, permanente y singular.”

Tal perspectiva que privilegia la diferencia de sexo en la unión marital de hecho como elemento protector de la familia, también se encuentra consignada en la Constitución Nacional:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio por la voluntad responsable de conformarla.”

El artículo 42 de la Constitución, al igual que la ley 54 de 1990, explícitamente señalan la diferencias de sexos como elemento primordial en la conformación de cualesquiera tipo de unión marital de hecho. De cierta forma, lo que se puede notar en la génesis legislativa del concepto de unión marital de

³² C. SÁNCHEZ MERCADO, *Unión marital de hecho. Jurídica-Equidad*, Cali 1997, p. 35-36.3

hecho y matrimonio es un interés directo por proteger el núcleo natural donde surge la vida humana en la sociedad. Más que la protección de los derechos que existen en una pareja, el interés, de alguna manera, estaba en la creación y protección de la nueva vida por encima de la comunidad de vida permanente. Es así que la interpretación del concepto de unión entre parejas privilegió el concepto de familia con el objetivo de garantizar las dimensiones procreadoras y fecundas de la sociedad. A tal punto, que en la heterosexualidad de la pareja se reconoce el concepto de núcleo familiar como base de la unión marital de hecho, como lo señala la Corte:

"Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su "protección integral" y, en especial, que "la mujer y el hombre" tengan igual derechos y deberes, lo que como objeto de protección no se da en parejas homosexuales"³³.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia colombiana, en un primer momento, asumió la reflexión y discusión de las posibilidades de uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo. Nuevamente tal discusión legislativa va ser asumida por la Corte, ya que la legislación siguió guardando silencio. Vale aclarar que a pesar que la Corte ha intentado mantener una línea unívoca de interpretación jurisprudencial sobre el tema, es posible encontrar distintas perspectivas que asumen la unión entre parejas homosexuales desde diferentes puntos de vista jurídicos. Alejandra Azuero reconoce la existencia de dos líneas jurisprudenciales, principalmente,

"en primer lugar, se verifica la existencia de una línea jurisprudencial sobre los derechos de los gays y lesbianas en tanto individuos, cuya orientación sexual se encuentra constitucionalmente protegida por el derecho fundamental a la libre opción sexual. Y en segundo lugar, se constata el surgimiento de una segunda línea decisoria a partir de 1996, que da cuenta de los derechos de gays y lesbianas en tanto miembros de una pareja del mismo sexo que no goza de reconocimiento jurídico"³⁴.

Es así que dentro de la primera línea jurisprudencial se puede encontrar la primera sentencia de la Corte C-098 de 1996 respecto a las uniones entre parejas del mismo sexo teniendo en cuenta la ley 54. Dicha sentencia responde a una demanda de inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la ley 54. Como lo señala Azuero, el problema jurídico que la Corte enfrenta con esta demanda es el siguiente: "¿es inconstitucional la ley 54 de 1990 en cuánto sólo protege las uniones permanentes conformadas por parejas heterosexuales y no las

³³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-098 de 1996.

³⁴ A. AZUERO QUIJANO, *Sentencia C-075 de 2007. Reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo en Colombia*, En *Activismo judicial y derechos de los LGBT en Colombia. Sentencias emblemáticas*, Instituto Latinoamericano de servicios legales, Bogotá 2009, p. 12.

conformadas por parejas homosexuales³⁵". Es aquí donde la Corte tiene que reconocer la función que tiene la unión permanente de heterosexuales y homosexuales dentro de la sociedad, para establecer los alcances y limitantes de la ley 54 de 1990 como legislación legitimadora y reguladora de las uniones maritales de hecho. Es así que la Corte considera en esta sentencia, que el problema jurídico señalado en los artículos 1 y 2 no es inconstitucional, ya que

"la Ley 54 de 1990 había sido expedida para garantizar el bienestar de la familia que surge de la unión de hecho entre un hombre y una mujer. Concretamente, su promulgación respondía a la necesidad de proteger a la mujer en tanto grupo históricamente discriminado en el marco de las relaciones familiares y de pareja. Por tanto, dado que no es exigible que el legislador resuelva todas las injusticias en una misma norma, y que además la familia heterosexual y la pareja del mismo sexo no son fenómenos equiparables, la Corte concluye que la exclusión de las parejas del mismo sexo del ámbito de aplicación de la Ley 54 de 1990 no constituía un trato discriminatorio. Además, la medida legislativa en cuestión se ajustaba también a la Constitución, en tanto no prohibía la conformación de parejas del mismo sexo"³⁶.

Desde esta perspectiva, se puede apreciar que la Corte asumirá la interpretación hermenéutica de la ley, a partir de un nivel de pertinencia práctica normativa. Por tanto, no se trata que la ley 54 de 1990 discrimine a una comunidad por su orientación sexual sino que considera que dicha ley tiene una índole particular correspondiente a las comunidades heterosexuales. En esencia, tal diferenciación recae en un problema constitucional al reconocer que existen diferencias entre las parejas homosexuales y heterosexuales, las cuales en el bloque constitucional se diluyen. Es así que el argumento de protección a la familia será fundamental para diferenciar la unión existente entre una pareja heterosexual y una homosexual. Tal tendencia interpretativa va a ser la constante en las sentencias de la Corte de 1996 a 2006, por lo cual, siempre que la discriminación sea implícita, la Corte negará la inconstitucionalidad de aquellas medidas que sólo reconocen los derechos de las parejas heterosexuales. De manera más precisa, se señala en la sentencia C-098 de 1996:

"2. 2. El texto de la ley responde al fin que explícitamente se trazó el Congreso al expedirla: reconoce jurídicamente la existencia de la "familia natural", hecho sociable innegable en Colombia (son más los hijos nacidos de las relaciones extramatrimoniales de sus padres que del matrimonio civil o religioso) y fuente de los hijos naturales o extramatrimoniales -equiparados en la legislación civil-, con el objeto de establecer los derechos y los deberes de orden patrimonial de los "concubinos", y así llenar el vacío legal existente entre una materia que interesa al bienestar de la Familia y que no puede quedar al margen de la

³⁵ *Ibidem*, p. 14.

³⁶ *Ibidem*, p. 14.

protección del Estado (...) En este punto, la ley 54 de 1990, sin equiparar a los miembros de las uniones libres y a los cónyuges vinculados por el matrimonio, avanza en el sentido de reconocer jurídicamente su existencia y regular sus derechos y deberes patrimoniales. Si bien la jurisprudencia, con base, primero, en la teoría del enriquecimiento sin causa y, más tarde, en la de la sociedad de hecho, había ofrecido su apoyo a la parte débil de la pareja que con su actividad y esfuerzo participaba de la creación de un patrimonio común, las dificultades y la complejidad de los procesos para su reconocimiento, limitaban notoriamente la eficacia de los instrumentos con que podía contar para su defensa. Precisamente, las disposiciones sustantivas y procedimentales de la Ley se orientan a suplir esta falencia. Las presunciones legales sobre la existencia de la unión marital de hecho, la configuración de la sociedad patrimonial entre los miembros de la pareja, la libertad probatoria para acreditar la unión, comportan mecanismos y vías diseñadas por el legislador con el objeto de reconocer la legitimidad de este tipo de relaciones y buscar que en su interior reine la equidad y la justicia”³⁷.

Respecto de la posición de asumida por la Corte en ésta sentencia expone Echeverría Acuña que “El derecho fundamental a la libre opción sexual sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria. La sexualidad, aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos, pertenece al campo de su libertad fundamental y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente, ni tampoco se genera un daño social. La ley no ha pretendido sujetar a un mismo patrón de conducta sexual a los ciudadanos, reprobando las que se desvían del modelo tradicional.”³⁸ Posición ésta que respalda las consideraciones de la Corte pues la libertad sexual, tal y como se dijo anteriormente, se encuentra consagrada en la Constitución y no debe ser limitada por el interés general.

De cierta forma, la posición de la Corte frente al problema jurídico sobre la inconstitucionalidad de la ley 54 de 1990 respecto a los derechos de las parejas homosexuales se resume de muy buena forma en esta sentencia donde se reconoce que la pertinencia de la ley corresponde a suplir un problema legislativo de las uniones de las parejas heterosexuales y no de las homosexuales. No obstante, la Corte en esta perspectiva interpretativa de la ley no va a plantear rutas legislativas para la discusión de los derechos de la comunidad homosexual en las uniones de vida permanentes. Tal posición de la Corte se va a afirmar en sentencias posteriores, y resulta interesante notar que la argumentación jurídica no omite la protección de los derechos constitucionales

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-098 de 1996.

³⁸ M. ECHEVERRIA *Análisis jurídico a las normas sobre la unión marital de hecho*, Universidad Libre Sede Cartagena, Cartagena de Indias, Colombia, 2010, p. 29

de la comunidad homosexual. No obstante, a pesar de dicho reconocimiento, leyes como la 54 de 1990 siguen siendo constitucionales desde la evidencia del concepto de protección a la familia heterosexual. Resulta interesante revisar algunas sentencias de la Corte en esta línea de interpretación jurisprudencial:

Sentencia de la Corte SU-623 de 2001

En el año 2001 la Corte revisó diversos casos sobre parejas del mismo sexo que señalaban que uno de los dos era cotizante del Seguro Social y no habían podido vincular a su pareja como beneficiarios del sistema de salud por ser del mismo sexo. Tal situación fue muy común y se presentaron a la Corte diversas acciones de tutela. En la primera sentencia emitida sobre este asunto, la Corte consideró el asunto, pero no resolvió el problema jurídicamente. Así mismo se emitieron nuevas sentencias (T-618, T-999 y T-1426 de 2000) generando ambigüedad sobre la posición de la Corte, por lo cual en el año 2001 fue necesario la producción de una sentencia que unificara la jurisprudencia. Es así que la sentencia SU-623 de 2001 emitida ante la demanda de un ciudadano que no pudo afiliar a su pareja como beneficiario al sistema de salud señalando la violación al derecho a la salud, la seguridad social y el libre desarrollo de la personalidad.

En este orden de ideas, la Corte debe resolver si un derecho reconocido a las uniones de parejas heterosexuales corresponde también a las parejas homosexuales teniendo en cuenta la posible violación de derechos fundamentales constitucionalmente. La sentencia SU-623 concluye que no hay violación de estos derechos a las parejas del mismo sexo, cuando se les excluye del Sistema de Seguridad Social y de Salud colombiano, debido a que este es un derecho concedido legislativamente a la familia heterosexual. Por tanto, el beneficio a la Seguridad Social no constituye un derecho de las parejas del mismo sexo. Es así que se entiende que las parejas homosexuales no constituyen familia, por lo cual la omisión del legislador (al no reglamentar la normatividad de las parejas del mismo sexo), no corresponde a una violación de los derechos constitucionales de la comunidad homosexual.

Sentencia C-814 de 2001

La misma línea jurisprudencial es posible apreciarla en la sentencia C-814 también en el año 2001. Allí la Corte Constitucional resuelve una demanda contra un artículo del Código del Menor que establece como requisito para que una pareja pueda adoptar menores en Colombia que sea heterosexual. Al igual que en la sentencia SU-623, la Corte nuevamente parte del derecho de protección a la familia y señala que el Código del Menor al establecer como requisito para la adopción la heterosexualidad de la pareja parte del reconocimiento constitucional que la adopción es una institución legal y jurídica que se da en el núcleo familiar, por lo cual recuerda que constitucionalmente la familia se reconoce como un hecho natural entre un hombre y una mujer. Es así

que negar la adopción a una pareja homosexual no constituye una acción de discriminación debido a que esta decisión no se basa en la orientación sexual, sino en el reconocimiento de la existencia de dos grupos con tratos diferenciados (homosexuales y heterosexuales).

Sentencia T-349 de 2006

En la sentencia T-349 de 2006 la Corte volvió a estudiar un caso relacionado con la seguridad social de una pareja del mismo sexo. En este caso, la acción judicial no hacía referencia a la inscripción al sistema de seguridad social como beneficiario, sino que el demandante que padecía VIH (SIDA) se le negó la pensión de sobrevivencia que correspondía por la muerte de su compañero. Además de alegar la violación de derechos constitucionales como la igualdad y la dignidad humana, el accionante señaló la violación de tratados internacionales como los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el convenio 100/51 de la Organización Internacional del Trabajo. La Corte mantuvo en esta sentencia la misma línea interpretativa jurisprudencial de las anteriores sentencias y respecto al señalamiento del marco del Derecho Internacional del cual Colombia hace parte, la Corte se limitó a señalar:

“la referencia que hace el accionante al dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso Young Vs. Australia, no sirve para desvirtuar las anteriores consideraciones, que son congruentes con reiterada doctrina de la Corte Constitucional sobre la materia y que han sido vertidas en un fallo de unificación de su Sala Plena, por cuanto en esa oportunidad la decisión del Comité tuvo como fundamento el hecho de que el Estado parte no presentó (...) ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión en virtud de la VEA, y compañeros heterosexuales no casados, a los que se les conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción”³⁹.

Siendo así, la Corte precisa el problema jurídico en esta sentencia siguiendo el mismo razonamiento interpretativo que en las anteriores: no existe violación y discriminación a derechos como la orientación sexual y la igualdad social en la negación de la pensión por sobrevivencia en la condición de compañero permanente en una relación entre parejas del mismo sexo. Por tanto, la Corte reiteró que los derechos de la seguridad social se configuran desde la presunción de la protección familiar.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-349 de 2006

En las anteriores sentencias es posible delimitar la posición de la Corte desde la primera línea de interpretación jurisprudencial que se señalaba anteriormente, la cual tiene en cuenta los derechos de la comunidad homosexual en tanto individuos, cuya orientación sexual se encuentra constitucionalmente protegida por el derecho fundamental a la libre opción sexual. Siendo así, para la Corte los derechos que se otorgan a las parejas en el caso de las uniones homosexuales no son viables, ni tampoco resulta ser inconstitucional, debido a que son derechos legislados constitucionalmente para las uniones entre un hombre y una mujer. Por tanto, en este primer momento, para la Corte está totalmente claro que los derechos solicitados por parejas del mismo sexo son prestaciones otorgadas en la legislación bajo la protección familiar, la cual constituye la unión entre un hombre y una mujer como núcleo esencial de la sociedad. Por esta razón, no le corresponde al juez constitucional, en este caso la Corte, legitimizar derechos que no han sido legislados y no corresponden a la definición de familia que se plantea en la constitución. Además, existen alternativas legislativas para que los individuos, sin importar su orientación sexual, puedan acceder a los beneficios contemplados por el Estado Social de Derecho. De esta forma, para la Corte la supuesta negación de derechos a parejas homosexuales en contraste con las heterosexuales, no debe ser vista como una discriminación debido a la orientación sexual, sino más bien se trata de una ausencia legislativa y el reconocimiento de la idiosincrasia de la ley para parejas heterosexuales. En la sentencia C-1043 de 2006 la Corte frente a la demanda de inconstitucionalidad del artículo 74 de la Ley 100 de 1993 que define los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes⁴⁰, reconoció que existía ausencia jurídica para poder definir los límites de los derechos de las parejas y reconoció que dicha ausencia legislativa era susceptible de un control institucional. Sin embargo, la Corte siguió considerando el argumento que la omisión no constituye una acción discriminatoria desde la perspectiva constitucional:

“el demandante no explica, sin embargo, las razones por las cuales una prestación que no tiene carácter general, sino que, por el contrario, ha sido establecida a favor de quienes se encuentren en determinados supuestos narrativos, debe, por imperativo constitucional hacerse extensiva a las personas que considera excluidas por la normas (...) En ese mismo contexto, el demandante no presenta razones que lleven a la conclusión, sobre la que se edifica toda su demanda, de que la norma acusada contiene una diferencia de trato atribuible exclusivamente a la orientación sexual de aquellos a quienes considera excluidos (...) Por otra parte, como quiera que los integrantes de una pareja homosexual pueden, dentro del régimen general de la Seguridad Social, acceder a la pensión de la vejez en igualdad de condiciones que cualquier otra

⁴⁰ ARTÍCULO 74. Beneficiarios de pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

persona, la afirmación conforme a la cual la disposición acusada es discriminatoria y contraria a la seguridad social porque deja sin protección legal a un importante número de colombianos, debía haberse complementado con la argumentación orientada a demostrar que tales personas tenían derecho, además de las prestaciones del régimen ordinario, a acceder al régimen especial de la pensión de sobrevivientes y que fueron injustificadamente privadas del mismo”⁴¹.

2. 2. Avance en la legislación a favor de la unión entre parejas del mismo sexo: sentencia C-075 de 2007

2. 2. 1. Reconocimiento jurídico de la unión entre parejas del mismo sexo

La segunda línea de interpretación jurisprudencial por parte de la Corte acerca de la unión entre parejas del mismo sexo, como se señalaba al comienzo del apartado 2.1., hace referencia al reconocimiento de los derechos de la comunidad homosexual, no solamente como individuos, sino también como miembros de una pareja que no tiene reconocimiento jurídico. En esta línea es posible señalar que quizá el primer paso a solucionar este vacío jurídico fue la modificación de la Ley 50 de 1990 por medio de la Ley 979 de 2005 donde se señaló la existencia de las parejas del mismo sexo que llevan una convivencia similar a la de las parejas heterosexuales. Pero dicha modificación no dejó claro a qué tipo de convivencia se hacía referencia y cuáles eran sus efectos legales. Por tanto, no quedó claro si las uniones de parejas del mismo sexo conforman una unión marital de hecho y deja al ejercicio interpretativo el revisar a qué se hace referencia o qué debe entenderse con cumplir los mismos requisitos para la existencia de una unión del mismo sexo con fines patrimoniales.

En este orden de ideas, va a ser la sentencia C-075 de 2007 la primera jurisprudencia que se promulga a favor de los derechos de la comunidad homosexual, no como individuos, sino como miembros de una comunidad de vida permanente. Esta sentencia constituye una vuelta de tuerca fundamental en la posición que la Corte venía manteniendo respecto al tema. Como se señaló en el apartado anterior, durante el lapso de tiempo comprendido de 1996 a 2006 la Corte asumió una posición donde reconocía al homosexual como individuo y no como parte de una pareja. La unión se consideraba elemento del derecho de protección de familia, el cual tenía una índole heterosexual exclusivamente. Por tanto, la aparición de la sentencia C-075 de 2007 parte en dos la historia

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1043 de 2006

jurisprudencial colombiana en torno a los derechos de la comunidad homosexual.

Un grupo de ciudadanos ejerció una acción pública frente a los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, al considerarlos inconstitucionales debido a la especificidad de las expresiones "hombre y mujer" como requisitos fundamentales de la unión marital de hecho. A pesar que la Corte ya había emitido en el año de 1996 una sentencia al respecto, como se señaló en el capítulo anterior, se decidió volver a estudiar el contenido de las disposiciones debido a la reforma que había sufrido la ley 54 por la Ley 979 de 2005 y el hecho de haber sido considerada "cosa juzgada relativa implícita". Además, es probable que el cambio de magistrados haya influido en la nueva disposición de la Corte y la nueva nómina de corte más liberal haya reconsiderado una nueva mirada del tema. Dadas así las cosas, la demanda señalaba que al excluir las parejas del mismo sexo del régimen de sociedad patrimonial reservado para las uniones maritales de hecho se violaban derechos constitucionales fundamentales, en términos de discriminación y exclusión, como el de la dignidad humana, el mínimo vital, la igualdad y la libertad de asociación.

La Corte Constitucional aceptó la demanda y enmarcó la solicitud desde una nueva perspectiva jurídica. Por tanto, el interés jurídico se centró en la siguiente formulación señalada en la sentencia:

"le corresponde a la corte determinar si la Ley, al establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y limitarlo a las uniones conformadas por un hombre y una mujer, viola los derechos fundamentales a la igual protección, al respecto de la dignidad humana, al mínimo vital y a la libre asociación de los integrantes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo"⁴².

Ante tal objetivo, la Corte decidió realizar previamente dos consideraciones generales que permitieran un sustento legal para proceder adecuadamente ante la situación señalada. Por un lado, se considera necesario revisar la legislación acerca del régimen patrimonial y, por otro, se revisó la situación actual de la comunidad homosexual en Colombia.

2. 2. 1. 1. Consideraciones sobre el régimen patrimonial en la unión de compañeros permanentes desde la perspectiva de la sentencia C-075 de 2007

Acerca del régimen patrimonial en las comunidades de vida permanentes, la Corte revisa los presupuestos de la Ley 54 de 1990 y las posteriores reformas con la Ley 979 de 2005 y la sentencia C-098 de 1996. En

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-075 de 2007.

terminos generales, la Corte señala que el objetivo del establecimiento del régimen patrimonial en las uniones de compañeros permanentes permitió reconocer jurídicamente la existencia de la familia natural permitiendo establecer los derechos y deberes de los concubinos (ahora llamados compañeros en unión marital de hecho) generando una normatividad jurídica para asegurar el bienestar de la familia. Sin embargo, la Corte considera que es necesario revisar jurídicamente tales postulados teniendo en cuenta que han pasado dieciséis años del establecimiento de la norma y el reconocimiento de un contexto social donde ésta se desarrolla. Es así que se considera que en las actuales condiciones sociales y jurídicas es necesario regular las condiciones del régimen patrimonial de las parejas, sin dejar por fuera los criterios que sostuvieron las anteriores normas (protección a la familia y a la mujer), pero trasladando el énfasis a la consideración que el régimen patrimonial común entre compañeros permanentes se genera gracias a la existencia de un proyecto de vida común basado en el apoyo mutuo y la solidaridad. Señala la sentencia:

“En la actualidad, dieciséis años después de expedida la Ley 54 de 1990, más de diez años después de producida la sentencia C-098 de 1996, teniendo en cuenta los cambios introducidos por la ley 979 e 2005 y el nuevo contexto social y jurídico en el que se desenvuelve el régimen patrimonial de los compañeros permanentes, puede decirse que, sin dejar de lado los criterios de protección a la familia y a la mujer que inspiraron la expedición de la ley, cobra mayor relevancia la dimensión regulatoria de la situación patrimonial de la pareja en condiciones de equidad y de ello es testimonio el énfasis que en el análisis del régimen previsto en la ley y en la consideración de los elementos que le dan sustento se pone en las condiciones de convivencia como expresión de un proyecto de vida en común con solidaridad y apoyo mutuo”⁴³.

La nueva perspectiva de la Corte, como se señala explícitamente en la sentencia, “no desaparecen los fundamentos primigenios de la Ley”, sino que la amplia y complementa. Es así que el fundamento de la ley 54 de 1990 sobre el régimen patrimonial entre compañeros permanentes es insuficiente, por lo cual se contempla la convivencia fundada en la solidaridad y el apoyo mutuo. Desde esta perspectiva, en la legislación colombiana por primera vez se reconoce la posibilidad de incluir a las parejas del mismo sexo en la legislación prevista para las parejas heterosexuales sin vulnerar los derechos de éstas. Por tanto, afirma la Corte,

“hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones de vida válidas a la luz del ordenamiento superior- parejas homosexuales que plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicen de la pareja heterosexual”⁴⁴.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

Desde esta perspectiva, por primera vez en la jurisprudencia colombiana se reconoce a las parejas del mismo sexo como una comunidad de vida permanente válida desde el principio constitucional de libertad de orientación sexual. Por tanto, la Corte equipara las parejas homosexuales y heterosexuales desde la reflexión del régimen patrimonial. Concluye la sentencia:

"En efecto, tal como se plantea en la demanda y varias de las intervenciones, los homosexuales que cohabitán se encuentran desprotegidos patrimonialmente, porque al terminarse la cohabitación no tienen herramientas jurídicas para reclamar de su pareja la parte que les corresponde en el capital que conformaron durante el tiempo de convivencia, desprotección que es también evidente en el evento de muerte de uno de los integrantes de la pareja, caso en el cual, por virtud de las normas imperativas del derecho de sucesiones, el integrante supérstite podría ser excluido de la titularidad de los bienes que conformaban ese patrimonio, por el derecho de los herederos del causante"⁴⁵.

2. 2. 1. 2. Situación de la comunidad homosexual en Colombia desde la perspectiva de la sentencia C-075 de 2007

Además de las nuevas consideraciones acerca del régimen patrimonial, la Corte entra a revisar la situación de la comunidad homosexual como base jurídica para las nuevas determinaciones. Desde el comienzo, la Corte señala que a pesar de la protección a la diversidad sexual otorgada por la constitución de 1991, la comunidad homosexual ha sido discriminada, por lo cual

"a la luz del ordenamiento superior toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometida a un control constitucional estricto"⁴⁶.

Desde esta perspectiva, la Corte señala que dado que en la Carta Constitucional se encuentra clara la postulación de reconocimiento y protección a la diversidad sexual, por ende es obligación de ella velar por el cumplimiento estricto de sus derechos. Tal aserción le permite a la Corte entrar a revisar las anteriores sentencias sobre el tema y presentar una perspectiva jurídica del asunto. Siendo así, la Corte señala que es diferente el reconocimiento de los derechos de la comunidad homosexual desde una perspectiva individual y una perspectiva de pareja. Es así que la Corte reconoce que la dificultad jurídica en la interpretación de los derechos de las uniones de parejas entre el mismo sexo no se debe a que no existan bases jurídicas en el bloque constitucional o privilegios para las parejas heterosexuales, sino que se debe a que en la

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ *Ibidem.*

normatividad legal existe una ausencia jurídica sobre el tema. Por tanto, concluye la Corte,

“si bien del ordenamiento constitucional se desprende una prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual y así ha sido declarado por la jurisprudencia, la efectividad de tal postulado, aunque se aprecia en la protección de los individuos, no se ha manifestado en el ámbito de las parejas conformadas por personas del mismo sexo las cuales carecen de reconocimiento jurídico”⁴⁷.

La Corte señala que tal ausencia de reconocimiento jurídico es lo que no ha permitido la protección de los derechos de la comunidad homosexual. En esta sentencia se hace evidente la coexistencia de dos perspectivas de interpretación jurisprudencia por parte de la Corte y del choque jurídico que estas perspectivas generan. Por tanto, en palabras de Azuero,

“por primera vez, la Corte invierte el razonamiento que desde 1998 y hasta 2006 la llevó a concluir que la exclusión por omisión de las parejas del mismo sexo de diversos regímenes de protección no constituía un acto discriminatorio, argumentando que es precisamente la ausencia de reconocimiento jurídico aquello que evidencia la discriminación hacia las parejas del mismo sexo. Se hace palpable en este punto el giro jurisprudencial por parte del tribunal, particularmente si se tiene en cuenta que en las seis sentencias anteriores, la Sala sostuvo que la ausencia de reconocimiento jurídico no afectaba en modo alguno la dignidad humana, como tampoco el ejercicio de los derechos fundamentales a la igualdad y la libre opción sexual de gays y lesbianas”⁴⁸.

De cierta forma, tal giro lleva a la Corte a dar salida jurisprudencial a la interpretación de los derechos de la comunidad homosexual desde una perspectiva individual y grupal. Por tanto, sobre el asunto concluye la Corte en la sentencia C-075, lo siguiente:

“De este modo, el ordenamiento jurídico reconoce los derechos que como individuos tienen las personas homosexuales, pero, al mismo tiempo las priva de instrumentos que les permitan desarrollarse plenamente como pareja, ámbito imprescindible para la realización personal, no sólo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida”.

Desde esta nueva perspectiva jurídica, la Corte plantea un nuevo camino jurisprudencial para el análisis e interpretación de los derechos de las parejas del mismo sexo. De acuerdo con Azuero, la Corte presenta cuatro puntos

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ A. AZUERO QUIJANO, *Sentencia C-075 de 2007. Reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo en Colombia...* p. 22.

jurídicos completamente nuevos que generan una renovación legal en torno a las uniones entre parejas del mismo sexo:

“Primero, la prohibición de cualquier forma de discriminación en razón de la orientación sexual; segundo, la inexistencia de un imperativo constitucional que exija dar igual tratamiento a las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo, toda vez que existen diferencias entre unas y otras; tercero, el reconocimiento de la competencia del legislador para definir las medidas necesarias en aras de atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentran en una situación de marginamiento; y cuarto, para configurar un cargo por omisión legislativa en el caso de las parejas del mismo sexo, es necesario demostrar que la situación de éstas es asimilable a la de las parejas heterosexuales y por tanto resulta imperativa de identidad del trato”⁴⁹. (12)

La interpretación jurídica de la Corte brinda un aparato legal para revisar la situación de las uniones de parejas del mismo sexo. Para lo cual reconoce que los derechos y manifestaciones en la vida social de la comunidad homosexual necesitan un ordenamiento jurídico por parte del Estado. Es así que se plantea que las transformaciones jurídicas obligatoriamente necesitan de nuevos ordenamientos sociales. Por tanto, esta sentencia implícitamente solicita que desde el derecho se realice un reorganizamiento jurídico que permita reconocer las posibilidades y derechos de la comunidad homosexual en la vida social. Posición compartida por Urrutia, tal y como lo expresa en su artículo,

“Finalmente se está reconociendo que no sólo hay parejas heterosexuales, sino que en medio del respeto y la dignidad de las personas, también existen parejas homosexuales. En fin, aunque más tarde que temprano, se acepta que la opción sexual hace parte fundamental de la realización de la libertad”⁵⁰

2. 2. 1. 3. Conclusiones jurídicas sobre la unión de parejas del mismo sexo en la sentencia C-075

La sentencia C-075, como se ha señalado, constituye un cambio de paradigma en la interpretación de los derechos de la comunidad homosexual en la vida social. Por tanto, a partir de las consideraciones jurídicas señaladas, la Corte considera que el análisis de la solicitud de los demandantes debe ir más allá de la solicitud de régimen patrimonial, ya que, señala la Corte, “de los argumentos que sustentan la demanda se desprende una pretensión más

⁴⁹ Ibidem p. 26 - 27

⁵⁰ I. URRUTIA OCORÁ, *Se trata de patrimonio no de matrimonio*, en <<Revista Javeriana>>, 735 (2007), pp. 69.

amplia, que alude a la necesidad de reconocimiento jurídico de la pareja homosexual", para así poder dar cuenta de la solicitud en el ámbito del régimen patrimonial. De esta forma, la Corte plantea el análisis de la situación desde la omisión legislativa que siempre había señalado. A pesar que en anteriores sentencias, la Corte consideraba que su competencia se limitaba al tratar los derechos de las parejas del mismo sexo, ya que era una situación que debía ser resuelta por el legislador, en este momento modifica el argumento al considerar que ha existido exclusión y discriminación de los derechos fundamentales de la comunidad homosexual, por lo cual reconoce que tal omisión si puede ser objeto de la Corte. Por lo cual afirma, en palabras de la Corte,

"la ausencia de regulación si puede considerarse como una imperfección -susceptible de censura constitucional- de un régimen legal que al disponer sobre los efectos patrimoniales de la vida en pareja decide hacerlo exclusivamente en relación con las parejas heterosexuales y omite hacerlo con otro tipo de pareja que tiene presencia en la realidad social y cuya conformación goza de amparo constitucional, a la luz de las normas superiores que protegen la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y proscriben toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual"⁵¹.

Desde este punto de vista, para la Corte ya no existen diferencias entre las parejas homosexuales y heterosexuales, como se había señalado en anteriores sentencias. Es así que se reconoce que existen situaciones donde el Estado debe dar un tratamiento igualitario a ambos grupos de parejas, y tal obligación surge, señala la Corte, cuando se reconoce la existencia de un deber constitucional de protección.

Azuero⁵² analiza de muy buena forma esta perspectiva de la corte, la cual se extenderá ampliamente en este apartado. Es así que la Sala para revisar si existe un deber de protección respecto a las parejas del mismo sexo realiza la distinción entre derechos de libertad y derechos de protección. Los primeros implican la posibilidad de que el individuo actúe con la garantía de que el Estado o terceros no podrán interferir en el ejercicio de su autonomía (con el salvamento que no interfiera en la libertad y el desarrollo de otros), y así lo segundos "garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter normativo para protegerlos"⁵³. Es así que en el segundo caso surge un deber de acción del Estado. Por tanto, para la Corte existe un deber de protección con las parejas del mismo sexo que garantice sus derechos de igualdad, libertad y libre desarrollo. La misma Corte reconoce que es obligación del legislador garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos, pero los límites del legislador están determinados por los derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-075 de 2007.

⁵² A. AZUERO QUIJANO, *Sentencia C-075 de 2007. Reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo en Colombia...* pp. 27-35.

⁵³ *Ibidem*, p. 28.

cual la Corte se considera competente en esta labor respecto a las parejas del mismo sexo cuando considera tres requisitos necesarios. "En primer lugar, examina si el legislador ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados; en segundo lugar, analiza si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles; y en tercer lugar, determina si la menor protección relativa de un grupo obedece a una discriminación contraria a la constitución". Por tanto, la Corte sostiene que el caso de régimen patrimonial de las parejas del mismo sexo tiene los mismos límites que las uniones heterosexuales, siendo así determina, en palabras de Azuero, que "la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho, al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución"⁵⁴.

En conclusión, la Corte considera que por parte del legislador se cometió una exclusión de los derechos de las parejas homosexuales al no participar del régimen patrimonial (del que si participan las parejas heterosexuales). Además, la exclusión se debe a la orientación sexual de las parejas por lo cual si existe una violación de sus derechos constitucionales. Por tanto, en palabras de la Corte,

"la relevancia que el reconocimiento jurídico de las relaciones económicas que por naturaleza de las cosas surgen entre quienes optan por vivir en pareja, tiene para la posibilidad de realización de un proyecto de vida en común en condiciones de igualdad"⁵⁵.

La Corte realiza un reconocimiento de las parejas homosexuales al considerar que la decisión de vivir en pareja hace parte del ámbito de la vida personal, por lo cual sólo encuentra límites en los derechos de los demás. Es por tal razón, que la exclusión de las parejas del mismo sexo constituye una violación de la autonomía personal y se afirma una situación de desprotección por parte del Estado, en palabras de la Corte,

"Resulta claro que la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesionan su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídicos patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, queda en una situación de desprotección que no está en capacidad de afrontar"⁵⁶.

La exclusión del régimen patrimonial de un trato igualitario de las parejas del mismo sexo respecto a las parejas heterosexuales implica, para la

⁵⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-075 de 207.

⁵⁶ *Ibidem*.

Corte, el desconocimiento de un mínimo de protección constitucional. Obligación, que al no ser tenida en cuenta por el legislador, debe ser función de la Sala Constitucional. Es así, concluye Azuero,

“la Corte constata la existencia de un déficit de protección para las parejas del mismo sexo que se deriva de: (i) la existencia de una regulación imperativa para la disposición del patrimonio de los integrantes de la pareja que no se ajusta a su propia realidad; (ii) la imposibilidad de acceder voluntariamente a un sistema de regulación si no es a través de un proceso no específico y altamente engoroso; (iii) las consecuencias potencialmente lesivas que las anteriores circunstancias pueden tener para los integrantes de la pareja”⁵⁷.

Además, la Corte agrega que no sólo se ve afectada la dignidad, la igualdad y la autonomía humana, sino también la dimensión material de la vida humana. Es así que el Estado también debe velar por el derecho a gozar de condiciones materiales que garanticen una vida digna (derecho fundamental al mínimo vital). De esta forma, agrega la sentencia:

“esa ausencia de previsión legislativa también se manifiesta en la segunda dimensión en la que, de acuerdo con la jurisprudencia, se expresa la dignidad de la persona (mínimo vital), por las consecuencias que en el plano material puede tener para una persona la pérdida de aquello que le corresponde en el patrimonio construido de manera conjunta en el transcurso de una relación de pareja y que pueden afectar sus condiciones materiales de existencia”⁵⁸.

A partir de estos argumentos, la Corte brinda jurídicamente los derechos de las parejas del mismo sexo al reconocer un déficit de protección que afectaba sus derechos a la libertad, la igualdad y la dignidad humana. En conclusión, desde la sentencia C-075 existe una base jurídica que cobija a las parejas de un mismo sexo sin trato diferenciado respecto a las parejas heterosexuales⁵⁹. En palabras de Azuero,

“la Corte reconoce que ambos tipos de parejas presentan “requerimientos análogos de protección”. Y esto es así, a pesar de (i) las diferencias objetivas entre ambos tipos de parejas, y (ii) que el fin legítimo de protección a la mujer y la familia fuera el objetivo perseguido con la promulgación de la Ley 54 de 1990. Así, el alto tribunal deja de lado las

⁵⁷ A. AZUERO QUIJANO, *Sentencia C-075 de 2007. Reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo en Colombia...* p. 32.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-075 de 2007.

⁵⁹ Así se consigna en el artículo *Derechos humanos de personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales y de las uniones de parejas del mismo sexo*, en folleto derechos humanos de personas LGTB, 2009 pp. 9-31, a saber, “La Corte asimiló a las parejas del mismo sexo, con las conformadas por mujer y hombre que sin estar casados hacen vida permanente y singular, concediendo los derechos patrimoniales; es decir, la Corte “sacó del closet” a las parejas homosexuales”

dos razones sobre las cuales justificó durante una década el tratamiento diferenciado entre parejas heterosexuales y del mismo sexo, al establecer por primera vez que "no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado" entre parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales en el ámbito patrimonial. "En esa perspectiva, se reitera, mantener ese régimen de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales e ignorar la realidad constituida por las parejas homosexuales, resulta discriminatorio"⁶⁰.

2. 2. 2. Ámbitos de regulación de derechos para las parejas del mismo sexo desde la sentencia C-075 de 2007 y posteriores

La sentencia C-075 de 2007 constituye la respuesta a una acción popular que tenía como objetivo la igualdad entre parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales. Sin embargo, a pesar del giro jurisprudencial y la nueva perspectiva jurídica sobre los derechos de los homosexuales en esta sentencia, la Corte Constitucional aclara que este pronunciamiento es válido dentro del reconocimiento de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo. Por tanto, a partir de la perspectiva de la sentencia C-075 se van a generar nuevas acciones jurídicas populares y sentencias que buscan la regulación de otros ámbitos jurídicos de las parejas homosexuales. Es así que tal pronunciamiento llevó a que se generará la interrogación acerca de los otros ámbitos de derecho de las parejas homosexuales y su reconocimiento jurídico. Ante el primer interrogante, nuevas acciones y sentencias permitieron la ampliación de los derechos de la comunidad homosexual en su vida en pareja y social. No obstante, respecto a la segunda parte, a pesar del reconocimiento de diversos ámbitos de derecho, nunca la Corte Constitucional ha tenido una posición clara frente al concepto de unión marital de hecho en el caso de las parejas del mismo sexo y, por el contrario, el concepto de unión marital de hecho de la Ley 54 de 1990 como la que se da entre hombre y mujer no ha sido declarado completamente inexequible. No obstante, el desarrollo de diversas sentencias desde la nueva perspectiva jurisprudencial de la sentencia C-075 de 2007 se permitió una amplia protección de las parejas homosexuales en el campo económico, así lo consigna Hormiga,

"Es trascendental anotar que la Corte Constitucional falló a favor de la homologación de derechos y deberes de las parejas homosexuales y heterosexuales, exceptuando el matrimonio y la adopción. Así, las parejas homosexuales cuentan con derechos patrimoniales, derecho de afiliación al sistema de salud y a la pensión de sobreviviente y sus miembros pueden ser objeto de demanda frente al delito de inasistencia alimentaria. El sustento jurídico de éste fallo radica en los principios de

⁶⁰ A. AZUERO QUIJANO, *Sentencia C-075 de 2007. Reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo en Colombia...* pp. 34-35.

igualdad y no discriminación consagrados en el artículo 14 de la Carta Política”⁶¹.

2. 2. 2. 1. Derechos patrimoniales

En el anterior apartado se desarrolló la argumentación jurídica y legal que llevó a la Corte desde la sentencia C-075 de 2007 reconocer derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo. Es así que estas uniones cuentan con los mismos derechos que hasta ese momento, desde la ley 54 de 1990, sólo eran un privilegio para las parejas heterosexuales.

Hasta éste instante sólo se les habían reconocido a las parejas del mismo sexo derechos de contenido patrimonial pero ningún derecho relacionado con su posicionamiento social, en consecuencia se entablaron diferentes demandas las cuales a la postre resultaron ser objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, organismo que en el sistema jurídico Colombiano se caracteriza por su activismo judicial (producción de normas), pues a éste se le confirió la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución razón por la cual emite pronunciamientos que logran reglamentar realidades ignoradas por el legislador.

Éste razonamiento lo comparte Quintero Vélez al analizar la sentencia C-075 de 2007 y manifestar que “Ante la falta de legislación por parte del congreso, para reconocerles todos los derechos a las parejas de mismo sexo, y así poder garantizar su protección integral, o por lo menos cercana a lo que se había logrado frente a la unión marital de hecho, se fueron presentando ante la Corte Constitucional nuevas demandas de control de constitucionalidad sobre distintas normatividades que de alguna u otra manera, les significó una defensa de sus derechos más allá de la concesión del derecho patrimonial a reclamar gananciales, cuando se formara una sociedad patrimonial.”⁶²

2. 2. 2. 2. Seguridad social

En el mismo 2007 se presentó una acción judicial que alegaba el reconocimiento de afiliación al régimen contributivo de salud de los compañeros permanentes de las parejas de mismo sexo. Es así que la Corte promulgó la sentencia C-811 de 2007 en la que se analizó el contenido de la ley 100 de 1993, la cual establecía la definición de los integrantes del núcleo familiar y beneficiarios del régimen de salud contributivo. De forma muy similar a la

⁶¹ C. HORMIGA PAZ, *Estado actual y perspectivas de la unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo en Colombia*, Ed. Impresa Ferivia, Buga 2010, p. 36

⁶² M. QUINTERO, *El reconocimiento Constitucional de la unión entre parejas del mismo sexo*, <<Revista electrónica>>, 2010 p. 19 disponible en <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/viewFile/7895/7508>

sentencia C-075 de 2007, la Corte se plantea el problema jurídico de la acción demandada al preguntarse si existe una violación y exclusión de los derechos de los homosexuales en la vida social en la disposición que no los reconoce como beneficiarios del sistema de salud. Tal interrogante se suscita, al reconocer que no pueden ser considerados beneficiarios debido a su orientación sexual y no a una omisión legislativa, lo que considera la Corte como una ausencia de déficit de protección. Desde el marco conceptual y jurídico otorgado por el pronunciamiento de la sentencia C-075 de 2007, la Corte afirma:

“el impedimento que tiene la pareja del mismo sexo de vincularse al sistema de Seguridad Social en Salud por el régimen contributivo constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad -en la concepción de la autodeterminación sexual-, así como una transgresión de la proscripción de discriminación por razón de la orientación sexual del individuo”⁶³.

Es así que la Corte señala que la imposibilidad de afiliación se debe a la orientación sexual del individuo, por lo cual existe una violación a sus derechos fundamentales. Por tanto, afirma la corte.

“Para la sala es claro que la norma aquí acusada impone el ejercicio de la libertad en la elección sexual una carga que no se compagina con el derecho que aquella libertad encarna. La negativa de la inclusión de la pareja del mismo sexo en el régimen contributivo implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana”⁶⁴.

En esta sentencia, la Corte es más directa e incisiva en el reconocimiento de la exclusión de los derechos de las parejas del mismo sexo, al reconocer que las normativas jurídicas y legales privilegian a las uniones heterosexuales y comprometen el derecho a la vida de aquellos que han tomado como opción autónoma del desarrollo de su personalidad su orientación sexual:

“la exclusión derivada de la norma sub judice somete a una presión desproporcionada, y por tanto inconstitucional, el libre ejercicio de la opción sexual (art. 16, CP), en cuanto que impide que personas que han decidido conformar una pareja estable -en un modelo que la constitución acepta y ampara-, reciban los beneficios de un sistema que se ofrece a otros individuos -de distinto sexo- que también han decidido hacerlo”⁶⁵.

Otro punto de viabilidad que la Corte revisó, en el caso de la afiliación de la Seguridad Social de las uniones del mismo sexo, constituyó la consideración

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-811 de 2007

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ibidem.

planteada por el Ministerio de Hacienda quien señalaba que el aprobar que las parejas del mismo sexo entraran al sistema de seguridad social produciría fraudes al Sistema Social "por partes de personas del mismo sexo que, sin ser pareja, pero aduciendo dicha condición, pretendan hacerse a los beneficios del sistema de salud". La Corte consideró que para evitar esta situación las parejas, al igual que las heterosexuales, debían testificar su situación ante notario público donde se señale la existencia de la unión y la vocación de permanencia. La Corte concluye el amparo de los derechos de la Seguridad Social para las parejas homosexuales:

"desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual se vincule como beneficiario de otro al sistema general del régimen contributivo configura un déficit de protección del sistema de salud que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar una pareja. En consecuencia, la Corte considera que dicho déficit denuncia un vacío en la ley de seguridad social que hace inconstitucional y así procederá a declararlo"⁶⁶.

2. 2. 2. 3. Pensión de sobrevivencia

Nuevamente la Ley 100 de 1993, en este caso particular los artículos 47 y 74, y las modificaciones por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, fueron objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional a partir de una acción de tutela respecto al derecho de pensión de sobreviviente de los compañeros permanentes del mismo sexo. Al igual que en las anteriores sentencias mencionadas, la Corte enfrenta el problema de la exclusión y violación de los derechos de la comunidad homosexual al no poder participar de la pensión de sobrevivencia de pareja. Además de los marcos conceptuales y jurídicos desarrollados en las anteriores sentencias, la Corte agrega que en un Estado Social de derecho el centro es la persona en su dimensión social e individual; por lo cual la dignidad, la igualdad y el desarrollo de la libre personalidad son fundamentos de este régimen. Por lo cual, tales búsquedas implican que el Estado garantice condiciones materiales e inmateriales para preservar la dignidad humana, en palabras del magistrado Eduardo Montealegre, que permitan: vivir como se quiere, vivir bien y vivir sin humillaciones. Es así que la sentencia C-336 de 2008 amplió las bases conceptuales acerca de las posibilidades de los derechos de la libre orientación sexual, la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad. En palabras de la sentencia,

"en efecto, si el derecho al libre desarrollo de la personalidad conlleva autonomía para los individuos en cuanto pueden adoptar la opción de

⁶⁶ Ibidem.

vida que consideren, el Estado debe brindar las condiciones para su ejercicio disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas independientemente de la orientación sexual que ostenten, pues la diferencia de trato ante la ley basada exclusivamente en la razón de la orientación sexual de las personas, como lo ha recordado esta corporación, implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana”⁶⁷.

Es así que la exclusión de la pensión de sobrevivencia para las parejas del mismo sexo constituye un déficit de protección que afecta el derecho a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y genera un trato discriminatorio de una comunidad vulnerable. Por tanto, concluye la Corte la exequibilidad de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 considerando que las uniones de homosexuales también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente. Señala la Corte que

“al ponderar los derechos de las parejas en relación con la pensión de sobrevivientes, la Sala no encuentra razones objetivas ni constitucionalmente válidas que puedan constituirse en un obstáculo o significar un déficit de protección para las parejas conformadas con personas del mismo sexo que les impida ser destinatarias de los beneficios reconocidos por el legislador en materia de protección de sobrevivientes. (...)

Desde la perspectiva de los derechos constitucionales la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual pueda acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de Seguridad Social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto a la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja. En efecto, si se reconoce jurídicamente a las parejas del mismo sexo, por ahora, y en este caso, la Corte deriva de tal condición sólo la consecuencia jurídica del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes”⁶⁸.

2. 2. 2. 4. Igualdad en obligaciones alimentarias de los compañeros permanentes

La sentencia C-798 de 2008 trató la constitucionalidad de las obligaciones alimentarias entre compañeros del mismo sexo. Nuevamente desde el marco jurídico en el que se reivindicaron algunos derechos de parejas del mismo sexo,

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-336 de 2008.

⁶⁸ Ibidem.

la Corte se planteó si la obligación alimentaria, tal como se planteaba en las parejas heterosexuales, al negársele a las parejas homosexuales no constituía una exclusión de sus derechos fundamentales. En esta sentencia, la Corte tiene en cuenta el progreso jurídico de sus anteriores pronunciamientos y considera.

“La interpretación sistemática de las disposiciones antes mencionadas y las decisiones judiciales citadas, no arroja ninguna duda sobre la existencia de la obligación alimentaria entre compañeros permanentes, con independencia de su orientación sexual, siempre que la pareja reúna las condiciones de que trata la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005. En efecto, la obligación alimentaria consagrada en el numeral 1º del artículo 411 del Código Civil para los cónyuges es aplicable a los compañeros permanentes que, como se sabe, pueden integrar una pareja homosexual o una pareja heterosexual. Como lo ha señalado la Corte, el dato sobre la sexualidad de las personas es completamente irrelevante a la hora de extender la protección patrimonial de los miembros de la pareja y por consiguiente no puede ser utilizado, al menos en principio y salvo alguna poderosa razón fundada en objetivos constitucionales imperativos, para diferenciarlas.

(...)

En efecto, en el ordenamiento jurídico las uniones de hecho de parejas del mismo sexo tienen obligaciones y derechos patrimoniales iguales a los que tienen las uniones constituidas por parejas del distinto sexo. En consecuencia, como ya se mencionó, la interpretación sistemática del numeral 1º del artículo 411 del Código Civil no arroja ninguna duda sobre el alcance de dicha disposición y su aplicación a las parejas heterosexuales u homosexuales, siempre que reúnan las condiciones establecidas por la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005”⁶⁹.

Además de reconocer las argumentaciones jurídicas de anteriores sentencias, este pronunciamiento considera de forma general que todos los derechos de las parejas heterosexuales también son derechos de las parejas homosexuales, siempre y cuando reúnan todos los requisitos y procedimientos que señala la Ley 54 de 1990 para la conformación de uniones maritales de hecho.

2. 3. Alcances y limitantes del avance jurisprudencial a partir de la sentencia C-075 de 2007 respecto a la unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo

Indudablemente la sentencia C-075 de 2007 constituye un giro jurisprudencial en la discusión de los derechos de la comunidad homosexual en

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-798 de 2008.

el seno de la vida social. Si bien es cierto que sus alcances más notorios se van a generar en pronunciamientos posteriores de la Corte, en esta sentencia se va configurar el marco conceptual y jurídico que permite el reconocimiento de distintos ámbitos del derecho de las parejas del mismo sexo. Es así como la Corte deja a un lado los argumentos de protección a la familia y omisión legislativa, los cuales habían llevado a la Sala constitucional a declarar el asunto desde una perspectiva individual y no una social. Con la sentencia C-075, la Corte desarrolla una argumentación jurídica basada en el reconocimiento de la exclusión y violación de los derechos de la igualdad, orientación sexual y libre desarrollo de la personalidad que se daba en el no reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo.

Desde esta perspectiva, se comienza a considerar que el no reconocimiento de las parejas del mismo sexo constituía una exclusión a los derechos que los ciudadanos en un Estado Social de derecho tienen constitucionalmente protegidos desde el reconocimiento de su accionar individual y social. En la misma línea de interpretación se encuentra el trabajo de GUÍO quien afirma que “Así, para la Corte, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución”⁷⁰

Es así que en la Corte la existencia de las dos líneas jurisprudenciales contradictorias respecto al tema empiezan a desaparecer, para constituirse la Corte como un órgano en la capacidad y competencia para decidir sobre el asunto, sin importar que hasta entonces fuera una función exclusiva del Legislador. Sumado al hecho que la sentencia C-075 se va convertir en el marco conceptual y metodológico que van a seguir los pronunciamientos posteriores para ampliar los derechos de la comunidad homosexual. Tal marco constituyó el déficit de protección que existía por parte del Estado respecto a la protección que los derechos fundamentales de la comunidad homosexual en la vida social, como lo son las parejas del mismo sexo.

Sin embargo, a pesar del reconocimiento jurídico y la ampliación del conjunto de derechos por parte de la Corte para las parejas del mismo sexo, los distintos pronunciamientos de la Corte están enmarcados dentro de la cobertura o el amparo de regímenes como el patrimonial o el Sistema Social, y no desde el reconocimiento de la unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo. Sin duda alguna este punto es fundamental. Es así que ninguna de las sentencias proferidas por la Corte deja claro si las parejas homosexuales conforman una unión marital de hecho en su definición y de su interpretación sólo se precisa que es necesario que cumplan los requisitos exigidos por la norma para su reconocimiento. Además, la sentencia C-075 de 2007 sólo declaró la exequibilidad de la ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de

⁷⁰ R. GUÍO, *El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, en <<Studiositas>>, 4, 2009 p.p. 76 -77

2005, en el sentido de que el régimen de protección también se aplica para las parejas del mismo sexo. Por tanto, no se declaró la exequibilidad del concepto y requisitos de la unión marital de hecho, por lo cual, si bien es cierto que a las parejas homosexuales las cubren algunos derechos de las uniones maritales de hecho, tal proceso no afirma que se les reconozca jurídicamente como unión marital de hecho. Señala Parra Benítez,

“no obstante el sentido del fallo que otorga los beneficios patrimoniales, se entiende que las parejas del mismo sexo no forman unión marital de hecho, así su relación se rija por la ley 54 de 1990 con su respectiva modificación y además manifiesta, que el legislador es el que debe regular este tipo de vínculos”⁷¹.

Es así que el artículo 42 de la constitución en el que se señala el concepto de familia como el que se da entre un hombre y una mujer sigue siendo fundamental. No obstante, a pesar que no existe jurídicamente reconocimiento de las uniones de parejas del mismo sexo, en la actualidad a partir del desarrollo jurisprudencial desarrollado en este capítulo se ha generado un amplio campo de protección que ha permitido la no violación y exclusión de los derechos de la comunidad homosexual, tanto en su accionar individual como social.

⁷¹ J. PARRA BENÍTEZ, *Derecho de familia*, Ed. Temis, Bogotá 2008, p. 305.

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN Y PROPUESTA LEGISLATIVA PARA EL MATRIMONIO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO

3. 1. Posición de la Corte Constitucional y proyectos legislativos en el congreso para el matrimonio entre parejas del mismo sexo anteriores a la sentencia C-577 de 2011

En Colombia, el legislativo guardó por mucho tiempo silencio respecto a la discusión de los derechos de las uniones entre parejas del mismo sexo. Como se ha señalado en los anteriores dos capítulos, ha sido la Corte Constitucional quien ante acciones judiciales de los ciudadanos se ha pronunciado sobre el tema. Es así que a partir del reconocimiento jurídico de los ámbitos de regulación de derechos para las parejas del mismo sexo, se ha generado la discusión para materializar el vínculo jurídico entre las uniones del mismo sexo, más allá del concepto de unión marital de hecho, como lo es el matrimonio.

A partir del progreso y la argumentación jurídica realizada por la Corte Constitucional desde la sentencia C-075 de 2007 se presentaron demandas ante la Corte, no para solicitar el reconocimiento de derechos, sino para pedir la inconstitucionalidad de los artículos 113 del Código Civil y el 2º de la Ley 294 de 1996, donde se definen los requisitos y procedimientos del matrimonio civil y la conformación de familia, a partir de distintos artículos de la Constitución Nacional, el bloque de constitucionalidad y diversos tratados internacionales a los cuales Colombia se encuentra adscrito. Es importante señalar, como se mostró en el anterior capítulo, que los reconocimientos jurídicos de la Corte Constitucional respecto a las uniones de parejas del mismo sexo siempre se han dado a favor de los ámbitos de regulación de derechos y nunca se ha definido jurídicamente el concepto de unión marital de hecho o matrimonio para las parejas homosexuales.

El primer paso de las demandas que solicitan la declaración del matrimonio civil constituye declarar la inconstitucionalidad de los señalados artículos del Código Civil y la Ley 294 de 1996. En éstos se consagra que el vínculo matrimonial y el concepto de familia sólo se reconocen desde la unión entre un hombre y una mujer. De esta forma se promulga en el artículo 113 del Código Civil,

"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"⁷².

Por lo tanto, para poder celebrar dicho contrato es requisito fundamental que se dé entre un hombre y una mujer. Desde la misma perspectiva se promulga el artículo 2º de la Ley 294 de 1996, que señala

"la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla"⁷³.

Desde un procedimiento muy similar realizado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde 2007, las diversas demandas señalaban que estos artículos al estar consagrados para parejas heterosexuales violaban los derechos a la igualdad, el libre desarrollo de las personas, la libertad de conciencia, el desarrollo de la libre personalidad y la dignidad humana; y asimismo, se producía discriminación y exclusión para este tipo de parejas en la sociedad.

Es así que se le solicitó a la Corte declarar la inconstitucionalidad de dichas normas, para asegurar la igualdad jurídica de las parejas heterosexuales y homosexuales. El objetivo de estas demandas es que la Corte declarara la posibilidad de celebrar matrimonio civil entre parejas homosexuales. Sin embargo, la posición de la Corte respecto a esta solicitud va a ser diferente a la promulgada respecto a los derechos de las parejas homosexuales desde la sentencia C-075 de 2007. En esta sentencia y posteriores, la Corte reconsideró su competencia para tratar la protección de los derechos de las parejas de los homosexuales a pesar de la omisión legislativa que siempre había reconocido sobre el asunto. Es así que procedió a regular los ámbitos de derechos de las parejas homosexuales. Por el contrario, la Corte ante la solicitud de declarar la vía jurídica del matrimonio para parejas homosexuales en sentencia C-886 de 2010 se declaró INHIBIDA para señalar la inconstitucionalidad del artículo 113 del Código Civil y el artículo 2º de la Ley 294 de 1996 donde se expresa la unión "libre de un hombre y una mujer".

Un sector de la Corte consideró que se debía estudiar tal solicitud en la Corte, ya que poseían los requisitos fundamentales para ser estudiados por la institución, como lo señala el salvamento del voto del Magistrado Mauricio González,

"en el caso de considerar que la demanda carecía de algunos de los requisitos, debió la Corte Constitucional, de acuerdo con (i) la Constitución, (ii) el bloque de constitucionalidad y (iii) su propia jurisprudencia, haber aplicado el principio *pro actione*. Las barreras de

⁷² CÓDIGO CIVIL, Artículo 13.

⁷³ LEY 294 de 1996, Artículo 2.

acceso a la justicia por razones formales han sido removidas incluso por la jurisdicción ordinaria en el contexto de procesos rígidos y técnicos de casación”⁷⁴.

Tal posición obtuvo 4 votos de los nueve magistrados de la Sala. La posición de la mayoría de los magistrados, de cierta forma, constituye una decisión metodológica jurídicamente más que de fondo. Dicha posición consideró que la demanda carecía de los requisitos señalados en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, para considerar la solicitud en estudio. En palabras de la Corte,

“reitero que la necesidad de justificar de forma clara, precisa, pertinente, específica y suficiente las acusaciones de inconstitucionalidad presentadas contra disposiciones legales, ha sido calificada como una carga procesal básica a cumplir por los ciudadanos que ponen en movimiento el sistema de control constitucional, cuyo alcance ha sido explicado por esta Corporación al indicar que “entre el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales que se consideran infringidas y las razones por las cuales dichos textos se estiman violados, no sólo debe existir unas correspondencia lógica sino que también es necesario que exista claridad en la exposición de la secuencia argumentativa.

Lo anterior significa que la acusación debe ser lo suficientemente comprensible (claridad) y recaer verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada (certeza). Además, el actor debe demostrar cómo la disposición vulnera la carta política (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional y no de orden legal o puramente doctrinario, como tampoco referidos a situaciones puramente individuales (pertinencia). Finalmente, la actuación debe no sólo estar formulada en forma completa (proposición jurídica) sino que debe ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada”⁷⁵.

A diferencia de la sentencia C-075 y posteriores donde la Corte había dado vía jurídica a peticiones de derechos de las uniones de parejas homosexuales; al tratar la definición y concepción jurídica del matrimonio, se declara inhabilitada por razones formales. Cabe tener en cuenta, que por ser un fallo inhibitorio, se abre la posibilidad de poder demandar la inconstitucionalidad de dichos artículos nuevamente.

La posición de la Corte en 2010 sin duda sorprende debido al posicionamiento jurídico que se había dado en la Corte desde 2007 respecto al tema. Es muy valioso tener en cuenta que la dificultad jurídica que siempre ha

⁷⁴ SALVAMENTO DE VOTO, Mg. M. González

⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-886 de 2010.

señalado la Corte se ha dado en el momento de dar cuenta del concepto jurídico de matrimonio y familia en las uniones homosexuales, por lo cual siempre ha señalado la ausencia legislativa y dificultades en el procedimiento legal de la solicitud. De cierta forma, la Corte ha sido concluyente en lo que respecta a los derechos de los homosexuales cuando acceden a la vida en pareja, pero en lo que refiere a la posibilidad jurídica del matrimonio y la familia homosexual encuentra que dicha función le corresponde al legislador. Más adelante en este capítulo, se mostrará la nueva posición de la Corte en el 2011.

Antes de la sentencia del C-886 2010, desde 1999 el silencio legislativo sobre el tema se había roto. En el Congreso de la República teniendo en cuenta las sentencias de la Corte Constitucional y la incidencia del tema en la sociedad, se presentaron diversos proyectos de Ley que buscaban reglamentar el concepto y los procedimientos del matrimonio homosexual en relación a los parámetros de la Constitución Nacional. A continuación se enunciaran los aspectos más relevantes de estos proyectos.

Proyecto de ley 97 de 1999

Este proyecto constituye el primer intento en el Congreso colombiano por reglamentar las uniones entre parejas homosexuales en Colombia. El proyecto fue presentado por la congresista Margarita Londoño y básicamente buscaba el reconocimiento de derechos en el ámbito civil, laboral y patrimonial de las uniones homosexuales. Nunca se realizó una discusión a fondo de las posturas del proyecto y ni siquiera pasó a primer debate.

Proyecto de ley 85 de 2001

La senadora Piedad Córdoba presentó este segundo proyecto, el cual se aprobó en la Comisión Primera del Senado pero en los siguientes debates no fue aprobado como Ley de la República. En esencia, este proyecto proponía un reconocimiento legal de las uniones sexuales por parte del Estado desde la figura jurídica de unión de hecho desde la existencia de una comunidad de vida permanente y singular de mínimo de dos años. Por tanto, se proponía el registro civil de las uniones de carácter solemne. Vale la pena resaltar que dicho registro constituía una formalidad, ya que los efectos de derechos como el régimen patrimonial y seguridad social devenían desde el cumplimiento de la comunidad de vida permanente de mínimo de dos años. A pesar de partir del reconocimiento de derechos como el de la igualdad, la identidad y la orientación sexual, el proyecto no fue aprobado como Ley.

Proyecto de Ley 43 de 2002

En realidad, este tercer proyecto resulta ser una reelaboración de los anteriores proyectos con modificaciones. Es así que se sigue consagrando la formalización de la unión de parejas homosexuales, pero esta vez no por medio de un registro civil. Además, equipara los derechos civiles, patrimoniales y

laborales de las parejas homosexuales con los de las heterosexuales. No obstante, la equiparación de derechos tenía grandes complicaciones al no especificar conceptos como el de compañero del mismo sexo con el de cónyuge, lo que generaba ambigüedad en el momento de otorgar dichos derechos. El proyecto recibió bastantes modificaciones y objeciones, pero nuevamente no pasó el debate en el Congreso.

Proyecto de Ley 113 de 2004

A diferencia de los anteriores proyectos, el proyecto de Ley 113 de 2004 tenía como novedad la inclusión de requisitos para la conformación de parejas del mismo sexo y así acceder automáticamente a sus efectos jurídicos. Es así que se proponía quienes no podían establecer uniones del mismo sexo: los menores de edad; los parientes hasta cuarto grado de singularidad o segundo de afinidad; los que se encuentren unidos por matrimonio o unión marital de hecho vigente con parejas del mismo u otro sexo; y las declarados incapaces conformes a la ley. También se señalaban condiciones y requisitos para la disolución, pero existía mucha ambigüedad respecto al efecto jurídico de los deberes y los derechos en este tipo de uniones. Este proyecto no continuó en discusión en el Congreso.

Proyecto de Ley 130 de 2005

En este proyecto se buscó formalizar la unión entre parejas homosexuales a partir de la incursión de dos artículos que buscaban otorgar seguridad social y derechos patrimoniales, siguiendo los mismos parámetros normativos que aplicaban a las parejas heterosexuales. A pesar de ser un proyecto que carecía de normatividad y regulación frente a los requisitos y procedimientos, pasó las dos primeras votaciones del Senado y en la Cámara de representantes se realizó audiencia pública para escuchar los argumentos de los ciudadanos. Sin embargo, en las nuevas votaciones no fue aprobado.

Los anteriores cinco proyectos se caracterizan por reconocer el aumento de la existencia de parejas homosexuales y la necesidad de crear un reconocimiento jurídico para ellas. No obstante, se caracterizan por no tener claro la amplitud de los propósitos que trae consigo la formalización jurídica de las parejas homosexuales, ya que se restringían al reconocimiento de algunos ámbitos de derechos. También resulta interesante tener en cuenta que el debate de estos proyectos en el congreso de la República, como señala, Restrepo y otros, no se daba en términos jurídicos sino políticos:

“el debate no se dio en el ámbito jurídico sino en político. Algunos argumentos nacían de las ideas de la moral cristiana y otros esgrimían la capacidad del Estado para cumplir con el reconocimiento de tales derechos, pues se le debía dar prioridad a la protección de la mayoría

(personas heterosexuales) en detrimento de una minoría (personas homosexuales) en condiciones desfavorables"⁷⁶.

La discusión fuera del ámbito jurídico tuvo bastante impacto nacional, a tal punto, que la Iglesia señaló que las uniones homosexuales "son alarmante anticomunitarias y conspiran contra la ecología humana"⁷⁷. Además, por ejemplo, en el periódico el Espectador se publicó el 10 de noviembre de 2002 un comunicado titulado "¿Matrimonio de homosexuales?" firmado por importantes personajes públicos políticos y jurídicos, donde se señalaban las razones por los que los proyectos de ley para formalizar las uniones de homosexuales debían ser rechazados, principalmente, el reconocimiento que en la carta política colombiana se señala que el matrimonio es una unión entre un hombre y una mujer, y cualquier unión diferente iba a en contra de la naturaleza. En palabras del comunicado,

"no es ni anatómica ni saludable debido a que no se corresponden las uniones homosexuales con las fisiológicamente viables. Además atentaban contra la propagación del Sida; sostenían que el reconocimiento de tales uniones obedecía a presiones internacionales que junto con el aborto masivo buscaban reducir la población y a su vez constituyan un atentado contra la cultura tomando como referente a Grecia y a Roma las cuales desaparecieron "por la práctica difundida de la homosexualidad"⁷⁸.

La discusión ha sido ardua y larga por distintos sectores de la sociedad, pero se ha quedado en terrenos de lo moral y político. Sin duda el derecho constituye el lugar de debate desde estos ámbitos, pero discutir sin la perspectiva jurídica que provee el derecho como garante del establecimiento de la sociedad, si constituye un error indiscutible. La discusión del matrimonio homosexual en el legislativo ha generado una reflexión sobre el tema donde se han visto implicados distintos sectores de la sociedad. En términos jurídicos, el cual es el ámbito de este trabajo, vale la pena resaltar las implicaciones que ha tenido este debate a la par del reconocimiento jurídico de los derechos para parejas homosexuales en la Corte Constitucional. Es así que mientras la Corte ha reconocido los derechos de estas parejas por medio de distintas sentencias, pero no ha consolidado definición jurisprudencial de esta unión al considerar que le corresponde al legislador; por otro lado, en el Congreso, a pesar de no lograr un avance legislativo, no se ha negado la condición de la persona homosexual con iguales derechos y deberes al heterosexual. En conclusión, como lo señala Restrepo y otros, en el Congreso la discusión sobre el matrimonio homosexual

⁷⁶ C. RESTREPO; S. SÁNCHEZ y C. TAMAYO; *Derecho y diversidad sexual...* p. 168.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ EL ESPECTADOR, 10 de noviembre de 2002.

"ha tenido en consideración que la Constitución Política consagra expresamente derechos y garantías que hacen que las personas homosexuales no sean discriminadas. Pero para el Legislativo bastan dichos derechos constitucionales, ya que otorgar otros que reiteradamente han sido solicitados (seguridad social, derecho a heredar, etc.) sería equiparar a las parejas homosexuales con la figura de familia, lo que no es posible por no cumplir con el requisito esencial de su conformación. Todo esto tiene como fondo el concepto de familia como único lugar legítimo y posible para procreación. Prueba de ellos constituye la marcada reducción de artículos y derechos que se pretendían reconocer entre el primer proyecto de Ley de 1999 y el último de 2005, lo que obedece a la intención de que las uniones de parejas del mismo sexo se asemejen lo menos posible al matrimonio o unión marital de hecho heterosexual, según los mandatos de la Ley 54 de 1990"⁷⁹.

3. 2. Pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el matrimonio homosexual: sentencia C-577 de 2011

A diferencia del debate en el Congreso Colombiano, como se ha señalado, el progreso de la discusión sobre el matrimonio en la Corte Constitucional ha tenido un recorrido diferente. Si bien es cierto que la Corte no ha conceptualizado la definición de unión marital de hecho o matrimonio de las parejas homosexuales, muy probablemente para evitar ir en declive del artículo 42 de la Constitución Nacional, ha generado un espacio de viabilidad jurídica para formalizar dichas uniones. En el anterior apartado se revisaba como la Corte pronunció un fallo inhibitorio respecto a la declaración de inconstitucional de los artículos 113 del Código Civil y 2º de la Ley 294 de 1996, que señalaban como requisito fundamental para la conformación de matrimonio y familia la unión entre un hombre y una mujer. Tal fallo obedeció a problemas de forma de la demanda. Por lo cual, los demandantes volvieron a presentar demandas ante la Corte para cursar la inconstitucionalidad de dichos artículos, teniendo en cuenta los argumentos de la corte en la Sentencia C-886 de 2010.

Es así que el 26 de julio de 2011, dentro de una coyuntura nacional de presión y debate respecto al tema, la Corte se pronunció sobre el matrimonio homosexual en la sentencia C-577 de 2011. En esta sentencia la Corte adoptó la línea de argumentación jurídica inaugurada en la sentencia C-075 de 2007, donde señalaba un déficit de protección frente a la comunidad homosexual y la violación de algunos de sus derechos fundamentales. De esta forma, la Corte declara exequible el artículo 113 del Código Civil y de inhibirse sobre los artículos 2º de la Ley 294 y 2º de la Ley 1361 de 2009, debido a la desprotección

⁷⁹ C. RESTREPO; S. SÁNCHEZ y C. TAMAYO; *Derecho y diversidad sexual...*p. 177.

que éstos generan a las parejas del mismo sexo en comparación con las parejas heterosexuales. No obstante, reconoce que estos artículos están basados en preceptos constitucionales y la interpretación del concepto de familia consagrado en el artículo 42 de la carta constitucional, por lo cual reconoce que el concepto de matrimonio no es aplicable a las parejas del mismo sexo y exhorta al Congreso para que legisle y cree un vínculo jurídico que permita garantizar la protección de los derechos de las parejas homosexuales. Tal legislación, señala la Corte, se debe realizar antes del 20 de junio de 2013 o sino las parejas homosexuales podrán acudir ante el notario o juez para consolidar dicha unión. Debido a la importancia y alcances de esta sentencia de la Corte, se citara en extenso la conclusión de la sentencia C-577 de 2011. En palabras de la Corte,

“el matrimonio como una de las formas de constituir una familia, aparece ligado a la pareja heterosexual, sin que ello implique una exclusión absoluta de la posibilidad de que el legislador regule la manera como formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre las parejas del mismo sexo que libremente quieren hacerlo, reservándose la libertad de asignarle el nombre que quiera darle a dicho vínculo. Esto implica que la forma matrimonial prevista en el artículo 113 del Código Civil para las uniones heterosexuales, es por excelencia una posibilidad legítima y válida, acorde con lo previsto en el inciso primero del artículo 42 de la Constitución. Lo anterior, bajo el entendido que la interpretación del artículo 42 constitucional permite que ambas posibilidades concurran. No obstante, al no existir actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano una forma específica para formalizar las uniones con vocación de permanencia entre personas del mismo sexo, la Corte constata la existencia de un déficit de protección de sus derechos que en primera instancia y en armonía con el principio democrático, debe ser atendido por el legislador, dentro del ámbito de su competencia para desarrollar la constitución política y adoptar medidas que garanticen el goce efectivo de los derechos de las parejas del mismo sexo.

Aunque los demandantes insisten en la equiparación absoluta, la Corte consideró que de esta manera el legislador debe tener en cuenta toda una serie de cuestiones y de relaciones jurídicas que surgen de las distintas modalidades de vínculos familiares, para diseñar de forma institucional a la que podrán acudir las personas integradas por personas del mismo sexo para solemnizar y formalizar su unión.

Por lo expuesto, la Corte procedió a declarar exequible la expresión "un hombre y una mujer" contenida en el artículo 113 del Código Civil y a exhortar al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos esta sentencia, afecta a las

mencionadas parejas. Lo anterior, partiendo del equilibrio que debe existir entre el principio democrático que supone que el Congreso es el máximo representante de la voluntad popular, y, la vigencia permanente de los derechos constitucionales fundamentales. Es así como, en la eventualidad en que el Congreso de la República no legisle en el término indicado, las personas del mismo sexo podrán acudir posteriormente ante notario o juez competente para formalizar y solemnizar su unión mediante vínculo contractual, subsanando así el déficit de protección señalado.

En cuanto a las acusaciones en contra de la expresión "de procrear", contenida en la misma disposición legal, la Corte se inhibió de proferir un pronunciamiento de fondo, dado que la interpretación ofrecida por los actores no es atribuirle al precepto acusado, luego no se cumple el requisito de certeza. Así mismo, se inhibió de emitir un fallo de fondo respecto de las expresiones "de un hombre y una mujer", contenidas en los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009, las cuales no hacen sino reproducir el inciso primero del artículo 42 de la Constitución y por tanto, su análisis de constitucionalidad implicaría juzgar la Constitución misma"⁸⁰.

La sentencia C-577 de 2011 sin duda constituye un paso gigante en la consolidación de la formalización jurídica de la unión entre parejas del mismo sexo producto de la argumentación jurídica que viene desarrollando la Corte desde el año 2007. No obstante, el fallo de la Corte demuestra la ambigüedad jurídica de la misma Corte, al solicitar ante el legislativo la formalización de una unión cuyos principios jurídicos y constitucionales no sean declarados inexequibles completamente desde el artículo 42 de la Constitución Nacional. Desde principios de la década de los años noventa, las distintas sentencias de la Corte han señalado la omisión legislativa y, de cierta forma, reconocen implícitamente la falta de competencia jurídica para legislar. Asimismo, la sentencia de la Corte deja abierta diversas preguntas acerca de la naturaleza, requisitos y procedimientos jurídicos a tener en cuenta, no sólo para el proceso legislativo que invoca, sino también para el caso de que el legislativo no se pronuncie al respecto antes del plazo señalado.

Es así que la sentencia C-577 generó un ámbito de incertidumbre jurisprudencial al generar un fallo que no tiene claro su naturaleza y procedimientos jurídicos. En el concepto jurídico realizado por la Fundación Colombia Diversa⁸¹, se señala que la sentencia C-577 en realidad no autoriza ninguna modalidad de contrato que permita acceder a la protección jurídica que brinda el matrimonio. Señala el concepto realizado por la fundación:

⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-577 de 2011.

⁸¹ FUNDACIÓN COLOMBIA DIVERSA, Documento de trabajo.

"Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ordenó en su sentencia un grado mayor de protección que la derivada de la unión marital de hecho, en los siguientes términos: "para lograr que el derecho al libre desarrollo de la personalidad les sea respetado a los homosexuales y que en el ámbito de las regulaciones sobre la familia se supere el déficit de protección al que están sometidos, hace falta en el ordenamiento una institución contractual, distinta de la unión de hecho, que les permitiera optar entre una constitución de su familia con un grado mayor de formalización y de consecuente protección y la posibilidad de constituirla como una unión de hecho" (cita recogida de la Sentencia C-577 de 2011) ¿existen diferencias entre el contrato que autoriza la sentencia C-577 de 2011 y el contrato de matrimonio regulado por el Código Civil?, en caso afirmativo, ¿cuáles son las diferencias y similitudes entre los dos contratos? (...) ¿Cuál es el procedimiento de celebración y liquidación del contrato que autorizó la sentencia C-577 de 2011? ¿Cuáles son sus causales de nulidad? ¿Cuál es el juez o autoridad competente para dirimir los problemas que se presenten en la ejecución o liquidación del contrato de pareja que autorizó la mencionada sentencia?"⁸²

La sentencia C-577 de 2001, no sólo no dejó clara su posición jurídica respecto a artículos de la Constitución (se declara inhibida), sino también deja abierta muchas dudas y preguntas complejas respecto a la naturaleza y los procedimientos de las uniones entre parejas homosexuales. Sumado al hecho, que no se considera alguna alternativa si el Congreso no legisla dicha unión, por lo cual tanto los notarios como los jueces se encontrarían ante la dificultad de formalizar el trámite y la denominación del vínculo contractual de las uniones de parejas de homosexuales. Álvaro Rojas, presidente de la unión Colegiada del Notariado Colombiano, señaló lo siguiente:

"mientras la Constitución Política y el Código Civil establezcan como presupuesto de matrimonio la unión entre un hombre y una mujer, es imposible considerar una relación homosexual bajo la estructura formal del matrimonio"⁸³.

Es así que la sentencia C-577 de 2011 genera una ambigüedad jurídica al solicitar un procedimiento, que de cierta forma, no cuenta con los fundamentos jurídicos y legislativos que la consoliden. Además, no resuelve el principio de constitucionalidad que ampara al matrimonio como una institución heterosexual. El hecho de que la Corte se declare inhibida simplemente constituye un vacío de argumentación jurídica al no considerar la perspectiva constitucional bajo la cual está construida la institución matrimonial en la sociedad colombiana.

⁸² Ibidem.

⁸³ Cita recogida por J. VALLEJO; J. C. ECHEVERRY y R. L. PALACIO; *La unión marital de hecho...* p. 282.

3. 3. Proyecto de Ley No. 047 de 2012

A raíz de la decisión de la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, se realizaron distintos proyectos de Ley en el Congreso para regular legalmente los derechos de las parejas homosexuales y, así también, dar cumplimiento a los requerimientos de la sentencia. El representante del partido de la U, Miguel Gómez Martínez, presentó el proyecto de Ley No. 029 de 2011 para crear el contrato civil entre personas. Es así que se presenta un nuevo vínculo de unión de las personas para crear un "contrato civil de unión permanente" aplicable tanto para personas homosexuales y heterosexuales. De esta forma, el matrimonio consistiría una figura que privilegia la familia y la procreación. También en el mismo año, el representante Guillermo Rivera del partido Liberal presentó una iniciativa individual para modificar el artículo 113 del Código Civil y así crear vía jurídica a los matrimonios entre parejas del mismo sexo. En contraste, la congresista del Polo Democrático Alba Luz Pinilla radicó un proyecto de Ley que cuenta con grandes diferencias con los anteriores proyectos, al proponer la unión de parejas del mismo sexo al igual que las heterosexuales e incluir la adopción de menores. Asimismo se presentaron nuevos proyectos como la Ley 101 y 113 de 2012 en la Cámara de Representantes. Estas propuestas, no sólo no prosperaron debido al ambiente político del país, sino también al no tener claridad en los distintos aspectos de regulación de derechos y las implicaciones constitucionales de la institución del matrimonio y la familia en la carta constitucional.

En este ambiente, el proyecto de Ley No. 047 de 2012 propuesto por el senador Armando Benedetti, se presentó como el acumulado de los anteriores proyectos, con el objetivo de modificar el Código Civil y establecer el matrimonio para parejas del mismo sexo bajo las mismas condiciones que el matrimonio entre parejas heterosexuales. Este proyecto resulta de vital importancia para la discusión del matrimonio homosexual, ya que en él desembocaron las anteriores propuestas legislativas y su discusión se generó en el momento próximo al cumplimiento del plazo dado por la Corte Constitucional. Básicamente este proyecto de ley propone la unión jurídica de personas del mismo sexo con el mismo reconocimiento, protección y validez que tiene el matrimonio entre un hombre y una mujer. Cabe señalar, que se proponen todos los efectos de la institución matrimonial y así evitar ausencias normativas o legales, con excepción del campo de la adopción de niños (apenas es señalado al final del proyecto). Es así que el proyecto realiza una argumentación jurisprudencial para establecer la viabilidad jurídica del concepto de matrimonio y familia en las parejas homosexuales. Partiendo desde la línea jurisprudencial inaugurada por la Corte en la sentencia C-057 de 2007 (se citan rápidamente las principales sentencias de la Corte desde este año), se señala en el proyecto:

"lo relevante para el presente asunto, es determinar lejos de cualquier equívoco que las parejas del mismo sexo tienen derecho a optar por la

materialización de la institución del matrimonio, entendido como un contrato solemne que cambia el estado civil de los contrayentes y a constituir una familia –sin que sea la familia monogámica la única protegida constitucionalmente-. No siendo de recibo constitucionalmente hablando la tesis relativa a que el matrimonio y la conformación de la familia homosexual, no es procedente bajo aspectos fundados en concepciones religiosas, morales, éticas, científicas o técnicas –muchas de estas compartidas por altos funcionarios del Estado y sectores de la iglesia- sin un asidero constitucional serio y comprobable, que apuntan a demostrar un grado de anormalidad o condición contraria a la naturaleza humana de los homosexuales, en abierta distancia a nuestra Carta Fundamental.

(...)

El matrimonio es apenas una de las estradas que conducen a la familia, y éste, en nuestro sistema jurídico, sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer; o sea que están excluidos los matrimonios entre personas de un mismo sexo; empero, el hecho de que este sea un camino hacia la familia, no implica que sea el único, ya que existen otros caminos. La familia se puede constituir también por vínculos naturales o jurídicos, aunque no haya un hombre y una mujer en matrimonio; por ejemplo la mujer que va a un banco de espermas y se insemina artificialmente sin saber ni importarle siquiera quien generó el esperma y concibe uno o más hijos de esta manera; no hay duda que esta mujer y sus hijos constituyen una familia aunque no haya detrás de ella un matrimonio (esto es un evento de vínculo natural). El hombre que adopta uno o más niños, no hay duda que tiene una familia con ellos, aunque jamás contraiga matrimonio o conviva de hecho con alguna mujer (este sería un caso de vínculo jurídico).

La tercera vía para constituir familia, es la voluntad responsable de conformarla y esta vía a diferencia de la del matrimonio no exige como condición sine qua non que se trate de un hombre y una mujer; de tal manera que basta con la voluntad responsable de dos personas para integrarla, sean de distinto sexo o del mismo sexo. Obsérvese que la Constitución trae varias disyunciones, que se expresan gramaticalmente con la letra "o". En el caso del matrimonio se exige la decisión libre; decisión libre que no es otra cosa que la voluntad del hombre y la mujer de contraer matrimonio, de tal manera que el constituyente no necesitaba reiterar el elemento voluntad, para los eventos en que se puede conformar una familia sin previo matrimonio; a no ser que se tratase, de eventos o hipótesis diversas, como a nuestro juicio se trata. No sobra recordar que cuando el constituyente utiliza conceptos o términos diversos es por qué quiere distinguir situaciones diversas. En síntesis el constituyente se refirió dos veces a la voluntad, para referirse a dos clases de familia; en un caso a la voluntad (decisión libre) de un hombre y una mujer, que por mediación del matrimonio forman una familia y en

el otro caso, por la voluntad responsable de dos personas de conformarla, sin exigir que se tratase de hombre y mujer, lo que cobija también a las familias de pareja de un mismo sexo, o de sexo diverso, pero que no han contraído matrimonio.

No sobre recordar que las familias que tienen el origen en un matrimonio se mantienen jurídicamente, aunque el matrimonio desaparezca, bien por un hecho jurídico, como por ejemplo el divorcio de los padres, o por un hecho natural como la muerte de alguno de los padres o de ambos; esto demuestra que puede existir familia aunque no exista el matrimonio.

Sintetizando podemos afirmar, que ha existido una interpretación errada tanto por la Corte Constitucional como por otros intérpretes del artículo 42 de la Constitución, ya que no es cierto que la familia siempre esté integrada o tenga en su base a un hombre y a una mujer; este fundamento, hombre y mujer sólo se exige para el matrimonio, pero no se necesita para las otras clases de familia que se encuentran igualmente protegidas por nuestra Constitución”⁸⁴.

La cita en extenso del proyecto de Ley 042 de 2012 permite reconocer dos aspectos fundamentales. Por un lado, a diferencia como se señala en la sentencia C-577 de 2011, no se propone un vínculo jurídico distinto al matrimonio debido al presupuesto constitucional de "hombre y mujer" como fundamentos del matrimonio, sino se propone el concepto de matrimonio igualitario al considerarse que al ampliar la interpretación del concepto no se está violando el artículo 42 de la Constitución. No obstante, no se tiene en cuenta que es la Constitución la que genera los límites interpretativos de su dogma y no el criterio de comprensión del intérprete. Por otro lado, el concepto de familia también se somete a un criterio de ampliación de interpretación al considerarse que existen más vías para consolidar una familia. Sin embargo, la Constitución Nacional considera tales vías posibles gracias a la unión entre un hombre y una mujer. Es decir, la carta constitucional no señala posibilidades o alternativas en la definición del concepto de familia, sino que reglamenta la institución familiar a partir de una única normatividad. La misma conclusión del proyecto, fragmento de la sentencia C-575 de 2011, se puede leer como un contraargumento del proceso de argumentación del mismo, al considerar desde la perspectiva constitucional opciones jurídicas distintas al matrimonio heterosexual como garantía de los derechos de la comunidad homosexual:

“El reconocimiento constitucional del matrimonio para los heterosexuales y su consiguiente protección expresamente contemplada en la Carta no implican, necesariamente, la prohibición de prever una institución que favorezca la constitución de la familia integrada por la pareja homosexual de conformidad con un vínculo jurídicamente

⁸⁴ A. BENEDDETI, Proyecto de Ley 042 de 2012.

regulado. En efecto, la expresa alusión al matrimonio heterosexual y la ausencia de cualquier mención al vínculo jurídico que formalice la unión entre personas del mismo sexo no comportan una orden que, de manera perentoria, excluya la posibilidad de instaurar un medio por cuya virtud la familia conformada por homosexuales pueda surgir de un vínculo jurídico, pues el contenido del artículo 42 superior no está en contradicción con los derechos de las parejas homosexuales y por lo tanto, tampoco impide que se prevea una figura o institución jurídica contractual que solemnice la relación surgida de la expresión libre de la voluntad de conformar una familia con mayores compromisos que la originada en la simple unión de hecho. Ciertamente el matrimonio entre los miembros de parejas heterosexuales está expresamente permitido en la Carta vigente, pero no hay razón para entender que esa permisión implícitamente contenga la exclusión de toda posibilidad de hacer viable el ejercicio de los derechos de las personas homosexuales en el ámbito familiar y, en concreto, de los que han llevado a concluir que es menester superar un déficit de protección mediante la inclusión de una institución que torne factible la posibilidad de optar entre la unión de hecho y la formalización de su relación a partir de una vinculación jurídica específica”⁸⁵.

Nuevamente desde la perspectiva constitucional, se reconoce una omisión legislativa y la solicitud de un vínculo jurídico para las parejas homosexuales que supere el déficit de protección señalado por la Corte, pero no se señala explícitamente que debe ser el matrimonio, muy probablemente debido, no sólo a su normatividad constitucional, sino también al reconocimiento explícito de funciones sociales que sólo son posibles en las uniones heterosexuales como la procreación.

La discusión de este proyecto estuvo enmarcada por una fuerte discusión social donde se generaron distintos argumentos desde perspectivas distintas al campo jurídico. Además, el proyecto constituía el último intento por legislar el vínculo jurídico dentro del plazo dado por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011. Sin embargo, a pesar de la presión de la Corte, el 24 de mayo de 2013, el Senado hundió el proyecto de ley que buscaban reconocer el matrimonio civil a las parejas del mismo sexo en Colombia. En la plenaria, 17 senadores respaldaron la iniciativa propuesta por Armando Benedetti, Alba Luz Pinilla, Guillermo Rivera y Miguel Gómez, quienes defendieron el derecho a la igualdad entre estas parejas y 51 senadores votaron en contra con diversos argumentos entre jurídicos y religiosos. Ese mismo día, 24 senadores no asistieron a la plenaria.

⁸⁵ Ibidem.

3. 4. Problema jurídico y constitucional de la propuesta del matrimonio homosexual

La Procuraduría General de la Nación ha sido reiterativa al señalar a la Corte Constitucional la problemática jurídica de la conclusión de la Sentencia C-577 de 2011. El punto de partida del ministerio público se constituye el establecer si las normas 113 del Código Civil y el artículo 2 de la Ley 294 de 1996, en realidad desconocen y violentan los derechos constitucionales de igualdad, libre desarrollo de la personalidad, de asociación y de contraer matrimonio y tener una familia. Desde esta perspectiva, para la Procuraduría, los actores no cumplen a cabalidad con los requisitos para que la Corte Constitucional se ocupe del tema debido a que no se exponen las razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes de las supuestas infracciones de los principios constitucionales señalados. Es así que la Procuraduría considera que para qué esta solicitud sea viable en la Corte Constitucional es necesario que se especifique porque la exclusión de los integrantes de la pareja del mismo sexo de la institución familiar constituye una violación a los principios constitucionales.

Por tanto, para la Corporación es necesaria una argumentación jurídica y accional que especifique el déficit de protección, que según la Corte, ampara a las parejas del mismo sexo por encontrarse fuera del vínculo jurídico familiar y matrimonial. Además, en el matrimonio y la familia existe una "reserva legal" que impide al legislador u otra institución del Estado su intervención. En palabras del concepto de la Procuraduría:

"El matrimonio y la familia tienen en la Carta Política de 1991 dimensión *iusconstitucional*, así como dimensión *iusfundamental*. Con una y otras dimensiones, el Constituyente puso de presente la significación jurídica del matrimonio y de la familia en el ordenamiento jurídico colombiano y se reservó su regulación en los aspectos esenciales de cada una de estas instituciones jurídicas, con lo cual ni el Legislador ni cualquier otra autoridad del Estado puede invadir la competencia que el Constituyente de manera exclusiva adoptó"⁸⁶.

Siendo así, el artículo 42 de la Constitución Nacional establece la naturaleza y procedimientos jurídicos de la institución familiar, reservando al Legislador la regulación de las formas, derechos y deberes de esta institución. Por tanto, se debe tener en cuenta que todo principio constitucional parte de una reserva legal por parte del Legislador, es decir, existe un límite de acción que el legislador no puede cruzar ya que cambiaría la esencia jurídica de la Constitución. Es así que la misma Carta Política señala que cuando las condiciones y nuevas reflexiones sociales, económicas y culturales consideran cambios en la naturaleza de la Carta, los mecanismos de acción no constituyen

⁸⁶ A. ORDOÑEZ MALDONADO, *Concepto No. 4876 ante la Corte Constitucional*, IEMP ediciones, Bogotá 2012. p. 14.

la regulación de las normas, sino acciones populares a mayor escala que implican cambios fundamentales en la Constitución (Reformas, referendos, asambleas constituyentes).

Además de la reserva legal, la Procuraduría también llama la atención que en relación con el matrimonio se da una "reserva constitucional" que implica, en palabras de la Procuraduría,

"un reconocimiento de la relevancia que el Constituyente ha dado a esta institución jurídica por su relación con los principios y derechos fundamentales que el Estado Social de Derecho debe garantizar (Artículo 2º constitucional) y por su importancia como núcleo de la sociedad e institución fundamental para el orden social justo.

Esta reserva constitucional en materia matrimonial se concreta en cinco exigencias específicas: (i) el matrimonio es una relación familiar que se constituye por un vínculo jurídico, notas que se precisan de la siguiente manera: la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio; (ii) los sujetos de la relación jurídica matrimonial son, precisamente, un hombre y una mujer, (iii) la unidad de vínculo entre un hombre y una mujer, con lo cual se regula el matrimonio monogámico, que tiene vocación de permanencia y (iv) el reconocimiento de que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes"⁸⁷.

Es así que se entiende que la reserva constitucional respecto al matrimonio también debe entenderse respecto a la familia y que de ésta reserva se desprenden las obligaciones del Estado respecto a la institución de la familia:

1. La primacía de los derechos inalienables de la persona y el amparo de la familia como institución básica de la sociedad.
2. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.
3. El reconocimiento de que la honra, la dignidad y intimidad de la familia son inviolables.
4. La aceptación de que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco de todos sus integrantes.
5. La determinación de que la pareja deberá decidir sobre el número de sus hijos y deberá educarlos y sostenerlos mientras sean menores o impedidos.
6. El reconocimiento de que los niños tienen, entre otros derechos fundamentales, el tener una familia y no ser separados de ella.
7. La aceptación de que la familia tiene la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y garantizar el cumplimiento de todos sus derechos.

⁸⁷ Ibidem. p. 19.

De esta forma, tanto el matrimonio como la familia, tienen una identidad constitucional que le permite regular sus rasgos jurídicos. Por tal razón, la Corporación pública exhorta a la Corte Constitucional que tiene una obligación jurídica por velar por la protección e integridad de los presupuestos y características que establece la Constitución Nacional para el matrimonio y la familia. Por tanto, concluye la Procuraduría, que

"la constitución política le da un alcance al matrimonio más allá de su carácter de contrato solemne, porque, como lo he reiterado, le reconoce dimensión *iusconstitucional* y dimensión *iusfundamental*, que se traduce en el hecho de que la propia constitución identifica algunas notas esenciales del matrimonio: (i) ser institución jurídica; (ii) ser relación familiar; (iii) ser relación jurídica; (iii) constituirse mediante un vínculo jurídico y mutuo; (v) ser un derecho fundamental; (vi) vincular o unir jurídicamente a un hombre y una mujer; (vii) generar derechos y deberes entre los cónyuges y (viii) estar abierto a la procreación y la educación de los hijos, así como a la realización de las personas de los cónyuges"⁸⁸.

Tanto el matrimonio como la familia tienen identidad constitucional, por lo cual existen límites para la reglamentación que adopte el legislador. Es así que constitucionalmente el matrimonio es la unión jurídica entre un hombre y una mujer como comunidad de vida. La carta constitucional define los requisitos esenciales del matrimonio, y entre esos requisitos, se reconoce el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. Expresión que tiene carácter constitucional y como tal debe ser reconocida por el Legislador. La misma Corte Constitucional al reconocerse inhibida para declarar exequible el artículo 42 de la Constitución Nacional hace un reconocimiento al carácter constitucional de la expresión "unión entre hombre y mujer" como requisito fundamental del matrimonio. Además, la misma Corte es bastante cuidadosa al solicitar un vínculo jurídico que garantice los derechos de las parejas homosexuales y no la nivelación del matrimonio heterosexual a la unión de las parejas homosexuales. De cierta forma, sigue siendo implícito el reconocimiento del matrimonio como la unión entre hombre y mujer.

3. 5. Amparo constitucional del concepto de familia respecto al matrimonio igualitario

A partir de la sentencia C-577 de 2011, la discusión sobre el matrimonio igualitario ha encontrado en el concepto de familia un punto de reflexión fundamental. La sentencia de la Corte, a pesar que se considera inhibida respecto al artículo 42 de la Constitución Nacional, no resuelve los problemas jurídicos que se generan al constatar que en la carta política colombiana se señala que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad" y que "se

⁸⁸ Ibidem. pp. 20-21.

constituye por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla". Asimismo, tal presupuesto constitucional tiene eco en el artículo 16.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual dice: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". A partir de la sentencia promulgada por la Corte, Luis Carlos Restrepo señala que tales derechos se han puesto en tela de juicio en la Sala Constitucional al serles negadas su idoneidad y función dentro de la sociedad humana:

“¿acaso el matrimonio y la familia son un invento social y cultural? Cuando el 10 de diciembre de 1948 las Naciones Unidas declararon la universalidad de los derechos humanos, su acto no fue una otorgación, una concesión de derechos a la persona. Por el contrario, la declaración reconoció y reconoce unos derechos, ella no los confiere. ¿Qué significa esto y qué consecuencias tiene esta afirmación? Cuando la ONU reconoce la universalidad de los derechos humanos, está afirmando de manera categórica que los derechos humanos son inherentes, constitutivos de la persona humana, es decir, que se desprenden de la misma naturaleza y dignidad de la persona humana. Más claro aún: cuando la declaración reconoce, por ejemplo, el derecho a la vida, el derecho a formar un familia, no es porque la ONU, a través de la Declaración, nos esté concediendo, por benevolencia, esos derechos a los seres humanos, como si dichos derechos fueran fruto de un consenso político o social. Si así fuera, podrían ser abolidos e incluso transformados por la presión y el gusto de una minoría o una mayoría. Por esta misma razón, los derechos humanos son inviolables, es decir, nadie, ninguna institución, ningún grupo, ninguna autoridad, los puede vulnerar; de lo contrario, se contribuiría a la destrucción de la persona y la sociedad. Además, la universalidad de estos derechos implica que no están fundados en ninguna ideología, y que nadie, ningún grupo o partido, los puede reclamar para sí o manipularlos. Así, pues, cuando en la Declaración Universal de los Derechos humanos y en la Constitución política se afirma que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” y que es “el elemento fundamental de la sociedad y está constituida por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad de conformarla”, no es porque estén haciendo una concesión, sino afirmando, vale la pena repetirlo, una realidad inherente a la naturaleza humana, y que por ser natural es anterior a la ley.

(...) Todos sabemos que el matrimonio y la familia, que son conceptos inseparables, son anteriores a la ley porque son anteriores a toda determinación cultural, social y económica. La sociedad tiene su origen en la unión del hombre con la mujer, de la mujer con el hombre, de la cual nacerán los hijos. Así, la familia es la primera sociedad y la única

base de las diversas sociedades y culturas que han habitado el planeta. Esa prelación de la unión del hombre y la mujer, hay que repetirlo una vez más, no se debe a una concesión de la ley, a una convención cultural, sino al hecho fundamental de la naturaleza ontológica y diferencial de la condición del varón y de la mujer. Así, pues, la única unión que puede llamarse matrimonio y de la cual se deriva la familia es la unión entre un hombre y una mujer⁸⁹.

El concepto familia, antes que una definición jurisprudencial o cultural, tiene una connotación a la realidad natural del ser humano. Es a partir de la unión del hombre con la mujer que existe la sociedad tal cual la conocemos hoy, por lo cual la familia constituye el génesis de la comunidad y se encuentra protegida, no sólo por el derecho internacional, sino también por la Constitución Nacional. De esta forma, esta unión entre hombre y mujer de carácter natural se ha denominado matrimonio constituyéndose en la unidad fundamental de la sociedad.

Desde esta perspectiva, resulta muy difícil sostener que las uniones de parejas del mismo sexo constituyen familias debido a que no existe la capacidad de transmisión de vida. Por tanto, ante esta realidad natural, el legislador no puede equiparar el concepto de matrimonio y familia a las uniones entre parejas homosexuales. Además, la Corte no posee el derecho de la redefinición de la naturaleza de las cosas, sino la regulación y vigilancia del cumplimiento de los derechos de los seres humanos. Por tanto, el planteamiento de argumentación del concepto de familia señala que no existe violación de derechos humanos o injusticia en la negación del matrimonio igualitario, ya que el matrimonio no constituye un concepto de privilegio de la orientación sexual sino de condición biológica de la naturaleza humana. Las preferencias o gustos constituyen al ámbito de lo privado y no se deben erigir a la categoría de derechos humanos. Dos personas del mismo sexo pueden tomar la decisión de vivir juntos, pero tal acción corresponde a su intimidad y privacidad, que está garantizada por la Ley para evitar la discriminación y la violación de su decisión. Sin embargo, señala sentenciosamente Luis Carlos Henao,

“el Estado no tiene el poder para reconocer dicha convivencia como una realidad natural ni el poder para concederle un estatus jurídico de familia o matrimonio, pues no lo es. No se puede pretender llamar caballo al camello. Y si se trata de un asunto de desprotección legal, no existe tal. La ley permite que una persona herede sus bienes a quien quiera. Y una persona también puede afiliar a otra cualquiera a un seguro médico. Se ha visto, entonces, que el intento de reconocer las uniones de individuos del mismo sexo como un derecho y equipararlas al matrimonio y la familia, implica negar y destruir la realidad misma del matrimonio y la familia como la unión exclusiva del hombre y la

⁸⁹ L. C. RESTREPO, *Foro sobre la reglamentación de la ley de matrimonio de individuos del mismo sexo*. Documento de trabajo.

mujer, reconocida como tal por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución Política de Colombia, pese a las sentencias de la Corte Constitucional (las cuales no resisten un serio análisis jurídico, filosófico y lógico)”⁹⁰.

Por tanto, el concepto de matrimonio no es objeto de redefinición desde la jurisprudencia. Más bien, como concluye el concepto ciudadano del proyecto 042 de 2012, la

“redefinición implica una completa sustitución de su teleología donde el fin primordial de la familia deja de ser la protección y crianza de los hijos en ella habidos, y pasa a ser la mera satisfacción de los contrayentes. Esta redefinición no sólo implica una extralimitación por parte del Estado, pues pretende modificar una institución que le preexiste, sino que crea un conflicto entre los valores sociales y el derecho, con el cual se busca utilizar la coerción del Estado para forzar a las personas a decidir entre sus derechos civiles y sus valores.”⁹¹.

3. 6. Escenario de discusión cumplido el plazo del 20 de junio de 2013 dado por la Corte Constitucional y debate en el Congreso

Vencido el plazo dado por la Corte Constitucional para que el Congreso reglamentara un vínculo jurídico para la unión entre parejas del mismo sexo, según la sentencia C-577 de 2011, las parejas homosexuales podrían acercarse ante el notario o el juez para reglamentar su unión jurídicamente a través del matrimonio civil. El proyecto de Ley 047 de 2012 no fue aprobado en el Congreso, con lo cual en el Legislativo no se realizó ninguna acción jurisprudencial para formalizar jurídicamente las uniones de las parejas homosexuales por lo cual se daba carta abierta para la interpretación del ultimátum dado por la Corte Constitucional.

En primer lugar, tanto los jueces como los notarios, señalaron la dificultad para tramitar y denominar las uniones de las parejas homosexuales debido a que ni en la Ley, ni en la Constitución, existen fundamentos jurisprudenciales que permitan vincular jurídicamente a las parejas del mismo sexo. No obstante, el 24 de julio de 2013 la jueza 67 Civil Municipal de Bogotá, Carmen Lucía Rodríguez, declaró civilmente casados a una pareja del mismo sexo⁹². A pesar que en la ceremonia civil se firmó un acuerdo de voluntades que señala la intención de conformar una familia buscando la adquisición de los

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ *Concepto ciudadano Voto Católico.* (Poner datos internet)

⁹² Información tomada de las noticias “Estamos civilmente casados” periódico *El Espectador*, 24 de julio de 2013, www.elespectador.com/noticias/judicial/estamos-civilmente-casados-articulo-435743; y “Jueza legalizó la unión conyugal de una pareja gay” periódico *El Tiempo*, 24 de julio de 2013, www.eltiempo.com/justicia/jueza-legalizo-la-union-conyugal-de-una-pareja-gay_12945556-4

mismos derechos del matrimonio heterosexual, la jueza dejó claro, en repetidas ocasiones, que ese contrato civil que iban a firmar nunca se le podría llamar matrimonio debido a “que no puede ser matrimonio porque esa figura de autoridad no está conformada”.

Ante este acto las opiniones están divididas. Por un lado, el abogado Germán Rincón Perfetti, defensor de los derechos de los homosexuales, indicó que lo registrado ese miércoles es un hecho histórico y paso fundamental en la lucha por la igualdad de las parejas del mismo sexo: “Esta pareja tiene el estado civil de casados y tienen todos los derechos que estaban pidiendo. Esto es un avance gigantesco y estamos celebrando este fallo. La jueza le otorga todos los derechos solamente queda pendiente el nombre de matrimonio”. Por otro lado, distintas organizaciones opositoras señalan que la jueza Rodríguez no era competente para celebrar jurídicamente uniones entre de parejas del mismo sexo, ya que dicha unión no se encuentra concebida y formalizada por la Ley. Asimismo, organismos como la procuraduría y organizaciones ciudadanas, han interpuesto mecanismos legales ante la Juez por no permitir la apelación de la decisión y actuar sin una normatividad jurídica.

La misma ceremonia celebrada no deja de ser más que un acto de propaganda, ya que al no reconocerse el acto como un matrimonio, no va más allá del acto solemne que ya ha sido reconocido por la ley. No obstante, en este momento en el estado colombiano existe un enfrentamiento jurídico entre Legislación, Corte Constitucional y Procuraduría que no logran definir las concepciones y procedimientos jurisprudenciales para la unión entre parejas del mismo sexo. No obstante, es muy claro que equiparar la figura del matrimonio heterosexual a la unión homosexual, va en contra de los principios constitucionales, por lo cual el llamado de la Corte ha sido la creación de un vínculo jurídico que garantice los derechos de la comunidad homosexual en la vida social en pareja. Muy probablemente la insistencia de que esta unión sea reconocida como matrimonio, tiene más connotaciones sociales y culturales, cuya discusión excede a los límites jurídicos de este trabajo.

CAPÍTULO IV

MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO. PARALELO DE LA SITUACIÓN COLOMBIANA Y ESPAÑOLA.

4. 1. Panorama del matrimonio homosexual desde la perspectiva del derecho comparado

En un estudio publicado por la Asociación Internacional de Gays y Lesbianas (ILGA) presentado en 2010⁹³, se señaló el progreso de la legislación acerca de la regulación sobre las uniones legales entre homosexuales. Se resalta que los avances en legalizar las uniones de parejas del mismo sexo se han dado en el siglo XXI y en todos ellos han existido una confluencia de diversas interpretaciones a favor y en contra desde perspectivas culturales, económicas, políticas, sociológicas y jurídicas. El primer país en legalizar la unión entre parejas del mismo sexo fue Holanda en 2001, siguió Bélgica en 2003, España y Canadá en 2005, Suecia en 2006, Noruega en 2009 y Portugal desde 2010, sumado a algunos estados de Estados Unidos y México. Además, en distintos países avanzan propuestas de proyectos de ley y reformas que buscan legislar la unión matrimonial.

Las anteriores legislaciones han causado polémica y diversas interpretaciones alrededor de los alcances y dificultades de la unión homosexual en distintos campos de estudio. Además, también ha existido una avanzada en países que han realizado precisiones en sus legislaciones para garantizar la unión matrimonial desde la perspectiva heterosexual. Al respecto manifiesta Victoria Camarero: “Sin embargo, se percibe cómo ante determinados desarrollos legislativos en el plano comparado se ha superado el principio de igualdad y no discriminación, tradicional caballo de batalla de los colectivos de defensa de los homosexuales, consiguiéndose un *status* más favorable que el de las parejas heterosexuales”⁹⁴

Desde la perspectiva del derecho comparado, *grosso modo*, es posible rastrear como la propuesta del matrimonio homosexual trae consigo problemas

⁹³ ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES, TRANS E INTERSEX. *Informe sobre el estado de homofobia en el mundo*. Publicado en 2010 en <http://ilga.org/ilga/es/article/mqsH5ek1ED> (consulta 20 de agosto de 2013).

⁹⁴ CAMARERO SUAREZ M., *Un apunte al derecho europeo y estadounidense al status jurídico de las parejas del mismo sexo*. En <<Diario la ley>> 6105. 2004. p. 1936

jurídicos inherentes a la mayor parte de las legislaciones de los distintos países ya que se presenta la encrucijada jurídica y constitucional de legislar desconociendo algunos planteamientos constitucionales fundamentales. A continuación realizaremos un paneo general de la situación del matrimonio homosexual desde la perspectiva del derecho comparado para evidenciar el problema jurídico común de las propuesta legislativas y algunas salidas jurisprudenciales en algunos países. Tal recuento tiene como objetivo reconocer el marco general jurídico en el que se encuentra la discusión colombiana sobre el matrimonio homosexual y los puntos de encuentro y desencuentro con otras legislaciones que brindan importantes puntos de análisis que permiten comprender y proponer con respecto a la situación colombiana.

Isabel Arana de la Fuente en su estudio sobre el concepto de matrimonio⁹⁵, señala que histórica y jurídicamente el matrimonio se ha constituido como una unión heterosexual. Tal definición clásica es posible apreciarla en el Derecho Romano, ya sea en de Modestino, "*nuptice sunt coniunctio maris et femine et consortium omnis vitae*", o en la de Instituciones (Lib. 1, tit. 9, pár. 1): "*matrimonium est viri et mulieris coniunctio*"⁹⁶. Tal formulación histórica del matrimonio se mantuvo hasta el siglo XX, y es posible rastrear la expresión "hombre y mujer" en diversos tratados internacionales: Declaración Universal de derechos Humanos de 1948 (art 16.1), el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (art. 12) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 23.2). No obstante, en las últimas décadas del siglo XX distintas características del matrimonio serán cuestionadas, principalmente la exigencia de la heterosexualidad.

Inicialmente, los cuestionamientos a esta exigencia se dieron debido a la operación de cambios de sexo de los transexuales generando la discusión sobre la posibilidad que tenían de acceder al matrimonio. Este cuestionamiento fue resuelto en Europa en sentencias del 2002 y 2006, donde se argumentó que el no reconocimiento del nuevo sexo, después de una operación de la persona, violentaba el derecho a la intimidad. Como recalca Arana, las primeras interpretaciones jurídicas sobre la exigencia del matrimonio recayeron en derechos individuales del sujeto, por lo cual la Corte Europea no se ampara en el concepto y función del matrimonio, sino en los derechos individuales de los sujetos. Sobre este mecanismo jurídico, Roca Trías resalta las siguientes consideraciones:

- "a) debe separarse el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia
- b) la imposibilidad de concebir dentro de la pareja no es un elemento determinante para declarar quién tiene o no tiene derecho para contraer matrimonio.

⁹⁵ I. ARANA DE LA FUENTE, *Concepto y función social del matrimonio. Los sistemas matrimoniales. La promesa de matrimonio*. En XXXXXXXX....pp. 165-207.

⁹⁶ Ibidem. p. 175.

c) aunque la regulación del matrimonio se deje a los derechos nacionales, las limitaciones que éstos establezcan no pueden reducir el derecho a un grado tal que afecte a la sustancia del mismo”⁹⁷.

Es así que inicialmente la preocupación del parlamento Europeo consideró que las consideraciones biológicas no eran suficientes para contraer matrimonio y abrió las posibilidades para que el transexual pudiera contraer matrimonio después de la operación de cambio de sexo. Seguidamente, en el parlamento europeo dicha cuestión se complejiza en las resoluciones de 8 de febrero de 1994, 17 de diciembre de 1998, 29 de diciembre de 2000 y 15 de enero de 2003. En ellas, el parlamento europeo solicita a las naciones replantear su posición respecto a la orientación sexual de las personas, recomienda reconocer las relaciones no matrimoniales y conceder a estas relaciones los mismos derechos que los que poseen los matrimonios. No obstante, el paso más decisivo se va a dar en la aprobación del Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y posteriores convenios, en el que se trasforma la exigencia heterosexual del matrimonio y se opta por la neutralidad de género. Es así que el artículo 9 de la Carta de Derechos fundamentales reconoce contraer el matrimonio de forma neutral teniendo en cuenta el sexo de los contrayentes, excluyendo la expresión “hombre y mujer”, por lo cual afirma:

“Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las Leyes nacionales que regulen su servicio.”

Es así que al excluir la exigencia heterosexual de las consideraciones de la Corte Europea, en Europa se genera un camino de interpretación que posibilita la unión homosexual desde la perspectiva de la legislación europea. Teniendo en cuenta este cambio, en Europa, a partir de las discusiones en algunos países, se iniciaron trámites que permitieron la unión homosexual. La vía más acogida en Europa, para este proceso, ha sido la creación de leyes que reglamentan dicha posibilidad.

El primer país en aprobar una legislación a favor de las uniones homosexuales fue Holanda en 1998, donde se aprueba un vínculo jurídico similar al matrimonio que les concede distintos derechos fiscales y sociales. Seguidamente en el mismo año, los holandeses aprueban dos leyes que permiten la figura jurídica del matrimonio entre parejas homosexuales y la adopción. El proceso dado en Holanda tiene como objetivo equiparar el estatuto jurídico de las parejas homosexuales al de las heterosexuales. De forma muy similar, en Bélgica en el año de 1998 empezó la discusión de la legislación a favor de las uniones homosexuales que empezaría regir en el 2000. En 2003 se consolida el aparato jurídico que permite el acceso a los homosexuales al matrimonio, pero a diferencia de la legislación holandesa, en Bélgica no se permite la adopción.

⁹⁷ P. ROCA TRÍAS, *La familia y el matrimonio homosexual*, 2007, pp. 62-63.

En Dinamarca y Suecia, la discusión jurídica ha llevado a la creación de un estatuto de convivencia registrado, donde se crea un régimen de equivalencia entre los efectos jurídicos de la convivencia y el matrimonio. No obstante, la ley danesa prohíbe la adopción (en algunos casos, se permite la adopción de los hijos de la pareja) y la ley sueca establecía límites, pero en una ley del 2002 estos límites fueron borrados.

En Alemania se creó una ley de convivencia que establece diferencias jurídicas entre el estatuto del matrimonio y la unión registrada de parejas homosexuales. Comparten la posibilidad de la creación de un vínculo de convivencia y la herencia de los apellidos del esposo, pero en materia de filiación y adopción es específica del vínculo matrimonial. En Reino Unido y Francia, los procesos legislativos avanzan haciendo una diferenciación básica entre la figura jurídica del matrimonio y la creación de una figura equivalente a las parejas homosexuales. Nuevamente, el mayor punto de discusión ha sido la adopción.

Al revisar el proceso legislativo del matrimonio homosexual en Europa, manifiesta Esther Souto Galvan, es importante señalar dos hechos respecto al reconocimiento legal de las parejas homosexuales:

“En primer lugar, la supresión de la homosexualidad, a principios de la década de los noventa, del elenco de enfermedades mentales. En segundo lugar, la resolución del parlamento europeo de 1994, en la que se pide a la comisión europea que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de lesbianas y homosexuales, que ponga fin, entre otras cosas, a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas lesbianas y homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio permitiendo la inscripción de la convivencia”⁹⁸.

Al revisar el estado del matrimonio homosexual en Europa es posible notar como inicialmente han sido Holanda y Bélgica los países que abanderaron dichos procesos legislativos; mientras que en Alemania, Dinamarca y Suecia se legislaron las uniones homosexuales bajo figuras jurídicas muy similares a las del matrimonio. Tal proceso ha sido distinto en cada país europeo, por lo cual la legislación en países como Holanda, Bélgica o Suecia tienen común que sus constituciones nacionales no hacen referencia explícita a la exigencia heterosexual como condición *per se* del matrimonio. Por tanto, las discusiones legislativas han sido diferentes a la de países como España, Francia o Reino Unido que sí reconocen dicha exigencia.

En otras partes del mundo, como Estados Unidos o México, la legislación estatal no reconoce una propuesta conjunta nacional, por lo cual en algunos

⁹⁸ E. SOUTO GALVÁN, *El derecho a contraer matrimonio homosexual...*p. 149.

Estados se ha reconocido la figura del matrimonio como vínculo jurídico entre homosexuales y en otros no. No obstante, resulta muy interesante encontrar que no en todos los países existe un interés por discutir el carácter homosexual del matrimonio, sino que también han existido defensas legislativas del matrimonio heterosexual que han prosperado más allá de la creación de leyes, como es el caso de precisiones en la redacción constitucional.

Estados Unidos intentó adelantar una enmienda constitucional para definir el carácter heterosexual del matrimonio, pero a pesar que no prosperó, en 39 Estados se han promulgado leyes que definen el matrimonio como la unión entre un "hombre y una mujer". Incluso, los senadores que votaron en contra de la enmienda constitucional, no votaron a favor del matrimonio homosexual, ya que comprenden que el matrimonio es una cuestión que compete a los Estados. Posiciones jurídicas muy similares han ocurrido en Latinoamérica, donde por ejemplo, en Honduras se modificó la constitución para definir en términos legales el matrimonio como la "unión legal entre un hombre y una mujer". De forma muy similar, ha ocurrido en Salvador, Costa Rica, Letonia y algunos Estados de México.

Tal discusión acerca del matrimonio homosexual trae principalmente la reflexión de la concepción de los fines y efectos jurídicos del matrimonio en la sociedad occidental. En palabras de Rafael Navarro-Valls,

"el matrimonio sufrió los vientos de fronda de una concepción que tiende a separar el derecho de la unión conyugal, convirtiéndolo en un fenómeno exclusivamente sociológico cuya regulación debería adaptarse no a la que el matrimonio en sí mismo sino a cómo dicen que es determinadas visiones sociológicas, conectadas con minorías más o menos estridentes, o a cómo viven determinados casados sus compromisos en concretos ámbitos geográficos.

Las causas de esta erosión pueden sintetizarse así. En primer lugar, la tendencia de las legislaciones a tomar como hipótesis de hecho de la pareja en crisis, inestable e incompleta. Esta representación ha desarrollado en todo el mundo una especie de Derecho "tentacular" y "atrapa-todo" que, como observa Rémy, trata de adaptarse a todas las vicisitudes de la pareja, creando así una "legislación de remedios" más que de "modelos". Una legislación que ya no presenta la sustancia del matrimonio, sino de sus accidentes"⁹⁹.

Es así que el derecho matrimonial, y por ende, el derecho de familia, extravía sus bases fundamentales sin haber encontrado nuevos puntos de referencia estables. Por tanto, retomando nuevamente las palabras de Navarro-Valls, la nueva normatividad se convierte en una "gestión de convicción" que representa jurídicamente una "familia incierta", cuya legitimización no

⁹⁹ R. NAVARTO VALLS, *Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad...* pp. 41-42.

encuentra sustento en la ley, sino en la relativización sociológica donde la normatividad de sus efectos y partes no se formaliza en la ley, sino en los intereses de las partes participantes.

4. 2. Breve referencia a la situación legislativa del matrimonio homosexual en España

En el anterior apartado, no se señaló el caso español, ya que consideramos que su referencia, de manera un poco más extensa, tiene bastante incidencia para el análisis de la perspectiva de la propuesta del matrimonio homosexual en Colombia. En España, en el 2005 se realizan diversas reformas legislativas que tienen hondas repercusiones en el derecho de familia y el código civil. Es así que la Ley 13/2005, de 1 de julio, modifica el Código Civil en materia de requisitos para contraer matrimonio y la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que respecta a la separación y el divorcio. Es así que se promulga la ley que permite el matrimonio a parejas homosexuales equiparando el tratamiento jurídico al de las uniones heterosexuales.

La nueva legislación tiene su origen en el programa electoral el PSOE¹⁰⁰, por lo cual el presidente del gobierno en su discurso de Investidura hace énfasis en la necesidad de aprobar una ley que permita el matrimonio y la adopción para las parejas del mismo sexo. Realmente no era una propuesta nueva en la legislación española, ya que en anteriores gobiernos se había generado la discusión, pero en este momento el proceder prematuro no dio cabida a los efectos jurídicos de las uniones respecto al bloque constitucional español.

Resulta importante resaltar que el texto del proyecto presentado por el Ministerio de Justicia introduce una modificación sustancial en la institución del matrimonio por lo cual se presentan una serie de argumentos justificativos para contravenir el artículo 32 de la Constitución Nacional, donde se hace la exigencia de la heterosexualidad en la institución matrimonial. Es así que el legislador, como relata Esther Souto,

"invocando la doctrina de nuestra jurisprudencia constitucional, califica al matrimonio, regulado en el artículo 32 de la Constitución Nacional, como "una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de pareja". Y añade, que "esta garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla con conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución"¹⁰¹.

¹⁰⁰ Partido Socialista Obrero Español

¹⁰¹ E. SOUTO GALVÁN, *El derecho a contraer matrimonio homosexual...*p.153.

A su turno afirma Ramón Herrera Campos, "me parece acertada la afirmación que hace el partido Popular en el preámbulo de la propuesta de ley reguladora de las uniones civiles estables cuando señala que el hecho de que dos personas con independencia de su orientación sexual, convivan juntas unidas por un vínculo de afectividad análogo al conyugal, genera un conjunto de relaciones, derechos y deberes personales y patrimoniales entre sus miembros y con relación a terceros, que en el momento social actual, no pueden ser desconocidas por el derecho positivo y que merecen la protección de los poderes públicos a través de una regulación positiva" ¹⁰². Sin embargo debe dejarse en claro que en el artículo referido el autor manifiesta que a pesar de que está de acuerdo que no se debe discriminar a nadie por su orientación sexual, también considera necesario modificar el art. 32.1 de la Constitución Española.

Resulta importante tener en cuenta que la referencia al carácter institucional del matrimonio, no deja claro los límites y rasgos de la institución, por lo cual desde un comienzo se genera un vacío de argumentación que no permite explicitar la concepción de la institución en la nueva legislación. Además de la ampliación que se hace del carácter constitucional de la institución matrimonial, la exposición de motivos del proyecto pone énfasis en las recomendaciones de la legislación de la Corte Europea y las nuevas condiciones sociológicas. Sin embargo, como concluye Esther Souto, la exposición de motivos de la nueva Ley

"no explica ni justifica el contenido actual de la institución matrimonial, alterando un aspecto fundamental de esta institución, como lo es la heterosexualidad, y, al mismo tiempo, declarando que se respeta la "configuración objetiva de la situación". El prelegislador parece unirse con este planteamiento a lo que se ha denominado "indiferencia constitucional" respecto al matrimonio o, como ha manifestado con acierto Víctor Reina, al vaciamiento institucional del matrimonio. El legislador podría suplir esta diferencia constitucional, definiendo el contenido de la configuración institucional del matrimonio, mostrando, frente al matrimonio tradicional, cuáles son los rasgos identificadores de esta institución exigidos por esta nueva "mentalidad social" y, especialmente, por las nuevas exigencias del interés general que justifiquen la existencia y persistencia de esta institución"¹⁰³.

Desde el comienzo, la ley generó diversas polémicas acerca de la interpretación constitucional y su trámite en el Congreso de Diputados y el Senado no fue exento de esta polémica. Inicialmente el Congreso de Diputados aprobó el texto del proyecto sin modificaciones sustanciales. No obstante, el

¹⁰² HERRERA CAMPOS R., *El Matrimonio: Perspectivas de futuro*, en PEREZ VALLEJO A., LOPEZ SAN LUIS R., *Tendencias actuales en el derecho de familia*, Universidad de Almería servicio de publicaciones, Almería 2005, p. 18

¹⁰³ E. SOUTO GALVÁN, *El derecho a contraer matrimonio homosexual....* p. 158.

partido Popular realizó un voto al proyecto y diez enmiendas. En la sesión del 22 de junio de 2005, el pleno del Senado aprobó el Veto, el cual fue remitido al Congreso de Diputados. En líneas generales, el argumento principal del voto señala:

“El proyecto de Ley del gobierno no es una reforma institucional. Supone una alteración sustancial. La apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo no supone una misma ampliación de la base subjetiva del matrimonio, reconociendo a parejas del mismo sexo un derecho que no tienen constitucionalmente garantizado, sino que supone, en expresión del Consejo de Estado, una alteración de la institución matrimonial, un cambio especialmente profundo de dicha institución, y, en definitiva, alterar los perfiles propios, o los principios sobre los que se articula la institución matrimonial”¹⁰⁴.

El voto del senado resalta que no se trata de una reforma sino de una ruptura con una garantía constitucional de una institución como el matrimonio. No obstante, el voto es rechazado por el Congreso de Diputados y el proyecto de Ley es aprobado por el congreso, siendo promulgado con fecha 1 de julio de 2005 y publicado por el Boletín Oficial del Estado el 2 de julio de 2005, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

4. 3. Inconstitucionalidad del matrimonio homosexual en las legislaciones colombiana y española. Puntos de encuentro y confrontación

Desde la discusión del proyecto de la ley que permitiría el matrimonio homosexual en España, ha sido constante la posición jurídica que señala la inconstitucionalidad de la ley. Más allá de los argumentos sociológicos y culturales, son pocas las argumentaciones jurídicas que señalan la viabilidad constitucional de la ley. Por ejemplo, se ha señalado la determinación del sexo como requisito de capacidad, la plena igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, el contenido esencial del derecho y la función social del matrimonio. Carrión Olmos considera que la referencia textual a hombre y mujer en el artículo 32 de la Constitución Nacional, no constituye un impedimento constitucional de la medida:

“¿Vendría a convertir en inconstitucional la ley recientemente aprobada? ¿Lo considera la CE como una barrera infranqueable para el legislador ordinario? que los autores del texto constitucional no pensaron, ni imaginaron ni siquiera, la hipótesis de un matrimonio entre personas del mismo sexo me parece obvio, por evidente. Pero inferir de ahí una barrera infranqueable para el legislador ordinario en orden a alterar el

¹⁰⁴ Ibidem. p. 164.

presupuesto requisito de la heterosexualidad en el matrimonio civil me parece una conclusión defendible desde luego, pero que dista de ofrecerse segura. ¿Bastaría quizás -para orillarla- con reconducir el presupuesto de la diversidad sexual al ámbito de la capacidad para contraer, cuya regulación viene confiada sin embargo al Legislador ordinario por el párrafo segundo del propio artículo 32?"¹⁰⁵

Por el contrario, son mayores las posturas en la doctrina que señalan la dificultad jurídica del proyecto, no porque no consideren a la comunidad homosexual con igualdad de derechos a los heterosexuales, sino porque señalan las dificultades de la interpretación de los procesos legislativos desde el bloque constitucional. Desde esta postura, se pueden identificar diversos argumentos y perspectivas que de manera suscinta se expondrán a continuación.

En primer lugar, varios juristas consideran que la aprobación constitucional de la Ley implicaba una reforma constitucional que cambiara el contenido del artículo 32 de la Constitución Nacional. Es así que Rodríguez Bereijo señala que "la constitución ha garantizado y reconocido el matrimonio entre hombre y mujer como institución básica de la sociedad (...) y cambiar eso exige cambiar también el Código y la Constitución"¹⁰⁶. De forma similar señala Rodríguez Arana, que "dar entrada a las parejas del mismo sexo en el matrimonio supone una doble anomalía jurídica: atribuir un derecho constitucional a quien constitucionalmente no le está reconocido y, más grave, alterar un derecho más allá de lo constitucionalmente admisible"¹⁰⁷. Bercovitz es aún más contundente en su conclusión: "nuestra Constitución actual no lo permite. El cambio pasa precisamente por la reforma constitucional"¹⁰⁸. Esta línea de argumentación, la podemos resumir en la opinión de Bequero:

"Hay que entender que no puede utilizarse la vía de las definiciones legales para alterar artificialmente el alcance de los preceptos constitucionales, introduciendo regulaciones basadas en definiciones que alteran la "imagen maestra" de un instituto, haciéndole perder su reconocibilidad jurídica, de ahí que cambiar el concepto de matrimonio sólo puede hacerlo el constituyente mediante el procedimiento de reforma constitucional; ni siquiera puedo hacer un Tribunal Constitucional, lo que supondría hurtar el debate político y, en última instancia, la decisión que corresponde al propio poder constituyente"¹⁰⁹.

Es así que debido a la dificultad constitucional, algunos autores consideraron que para garantizar la protección constitucional de las parejas homosexuales era necesario haber discutido la creación de un vínculo jurídico

¹⁰⁵ S. CARRIÓN OLmos, *Matrimonio homosexual...* p. 5.

¹⁰⁶ Cif. C. HERNÁNDEZ IBAÑEZ, *Cambio revolucionario en una institución milenaria...* p.1877.

¹⁰⁷ Ibidem. p. 1877.

¹⁰⁸ Ibidem. p. 1877.

¹⁰⁹ J. L. BEQUERO, *Reforma del código Civil al servicio de una empresa ideológica*. En *Actualidad jurídica Aranzadi*, Núm. 655, 9. 7.

para este tipo de relaciones. En éste sentido afirma Jaime Rodríguez-Arana, "A estas alturas, no me parece muy difícil entender que la convivencia estable de parejas del mismo sexo sea una realidad distinta a la del matrimonio, ni pero ni mejor, diferente. Por ello, lo razonable es construir un cauce jurídico que se adapte a esa realidad y no forzar nada menos que la Constitución para lesionar la esencia de una institución pensada para otra cosa."¹¹⁰. Así mismo Carmen Hernández considera:

"En mi opinión, la solución más acertada y menos conflictiva hubiera sido la aprobación por las Cortes Generales de una Ley estatal sobre uniones de parejas estables homosexuales, con efectos análogos aunque no idénticos a los del matrimonio"¹¹¹.

Sin embargo, la reflexión sobre la ley que permite el matrimonio entre parejas homosexuales ha evidenciado el problema jurídico e inconstitucional más allá de la referencia explícita en el artículo 32 de la Constitución de la "unión entre hombre y mujer". Es posible resumir los principales argumentos de esta importante postura desde dos puntos: las cuestiones jurídicas de la aplicación de la ley y la perspectiva constitucional del concepto de familia y matrimonio.

Cuestiones jurídicas de la aplicación de la ley

Esther Souto Galván en su texto *El Derecho a contraer matrimonio homosexual*¹¹² señala los principales problemas que afectan a los responsables institucionales de la aplicación de la ley.

"1. La suspensión del expediente matrimonial y la cuestión de inconstitucionalidad: Los jueces del registro civil promovieron una cuestión de inconstitucionalidad teniendo en cuenta la suspensión del expediente matrimonial incoado a solicitud de dos personas del mismo sexo. En realidad, la dificultad para los jueces constituyó el vacío de normatividad administrativa para dar cuenta de la nueva solicitud de la ley.

2. La objeción de la conciencia del funcionario asistente al matrimonio: aunque este punto no constituyó un objeto concluyente de análisis, si generó en su momento discusión por parte de los implicados. Se consideró que los funcionarios de acuerdo a sus sistemas de creencias y pensamiento no podían legitimizar la unión de parejas homosexuales. No obstante, se señaló, que la unión de estas parejas no era legalizada por el funcionario sino por la ley. Por tanto, el funcionario no puede deshacerse

¹¹⁰ J. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Sobre el Dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo en << La Ley>>* 2005, 1 p.p. 1616

¹¹¹ C. HERNÁNDEZ IBAÑEZ, *Cambio revolucionario en una institución milenaria...* p.1879-1880.

¹¹² E. SOUTO GALVÁN, *El derecho a contraer matrimonio homosexual...* p.145-175.

de sus funciones administrativas, ya que sus convicciones ideológicas y religiosas se encuentran amparadas por la ley.”

La perspectiva constitucional del concepto de familia y matrimonio

Carlos Martínez de Aguirre y Pedro de Pablo Contreras sintetizan de muy buena forma el problema jurídico y constitucional de la Ley 13 de 2005 en Constitución, Derecho al matrimonio y uniones entre parejas del mismo sexo¹¹³; el cual presentaremos *grosso modo* como punto de encuentro de las conclusiones acerca del planteamiento de inconstitucionalidad de la Ley 13 de 2005.

Señala Martínez y Contreras, que al revisar constitucionalmente la ley 13 de 2005 el énfasis no se pone en la violación o exclusión de los principios de igualdad, el cual el Derecho nunca ha negado a la comunidad homosexual. Más bien, el análisis se refiere a la relación que debe mantener la ley con la constitución, más precisamente, el artículo 32 de la Constitución Nacional, donde se hace referencia a la unión entre hombre y mujer, no como condición de una unión entre seres humanos, sino como los principios reguladores y legitimadores del concepto de familia en la sociedades con fines específicos. En primer lugar, el proceso de interpretación de la palabra Matrimonio en el artículo 32 de la Constitución, señala Martínez y Contreras, implica el reconocimiento del sentido propio de la palabra matrimonio:

“Matrimonio es, pues, la palabra que empleamos para designar específicamente la unión estable entre un hombre y una mujer. Si la unión es entre dos hombre o entre dos mujeres, ya no es matrimonio, sino otro fenómeno humano y social diferente, por el mismo tipo de razones por las que una compraventa sin precio, ya no es compraventa, sino donación; y convienen subrayar que decir que una donación no es una compraventa no es decir nada peyorativo para la donación, sino simplemente delimitar realidades sustancialmente distintas, acreedoras de un tratamiento jurídico diferente¹¹⁴.

No solamente en las palabras, sino también en las realidades, recalca Martínez y Contreras, el matrimonio homosexual y heterosexual son diferentes. Tal distinción no tiene de por sí una exposición peyorativa sobre el tipo de relación, sino que hace énfasis al conocimiento de sus particularidades para recibir el tratamiento jurídico adecuado. Es así que se deben distinguir las diferencias de las estructuras de las uniones desde lo biológico y lo social, reconociendo las dinámicas y consecuencias propias de cada unión. Tales diferencias implican las concepciones jurídicas de la familia y su desarrollo

¹¹³ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ; P. DE PABLO CONTRERAS, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Universidad de Navarra, Navarra 2007.

¹¹⁴ *Ibidem.* p. 41.

específico que se da en las uniones heterosexuales. A diferencia de otras constituciones europeas, la constitución española hace referencia a tal especificidad de la unión, reconociendo, al igual que la Declaración universal de los derechos Humanos, la confirmación de la naturaleza heterosexual de la institución matrimonial. Por tanto, concluyen Martínez y Contreras,

“La heterosexualidad característica del significado propio de la palabra matrimonio, queda reafirmada mediante la referencia expresa del artículo 32 CE al hombre y la mujer como titulares del derecho a contraer matrimonio; a su vez, esta referencia encuentra su explicación y su pleno sentido justamente en el carácter heterosexual de la institución a la que se refiere el derecho reconocido por el precepto constitucional”¹¹⁵.

En el mismo escenario se encuentra José González, al afirmar que “es verdad que podría haberse dicho que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio *entre sí...* pero qué necesidad tiene el Legislador de resaltar lo que es obvio y si ya dice hombre y mujer es porque dá por sentado que el matrimonio es *entre uno y otra*. Los cónyuges en nuestro ordenamiento son hombre y mujer y así se desprende de todo el Código Civil y de otras muchas leyes vigentes”¹¹⁶

Desde esta perspectiva, la familia definida como elemento fundamental de la sociedad en el Derecho español hace referencia a las uniones heterosexuales. Cantero Nuñez afirma que “La razón por la que el Derecho se ha ocupado desde siempre del matrimonio no es explicable fuera del deseo de proteger la familia”¹¹⁷. En este sentido, el legislador no puede extender tal ámbito de protección constitucional a las parejas homosexuales debido a que constituye un ámbito social, biológico y científico exclusivo de las parejas heterosexuales. En conclusión, en palabras de Martínez y Contreras,

“la heterosexualidad es un rasgo identificador esencial del matrimonio como institución contemplada en el artículo 32 CE: cuando este precepto habla de matrimonio, se refiere a la unión entre hombre y mujer. Todo el contenido del artículo 32 CE (el significado de la palabra matrimonio, la mención expresa al hombre y la mujer, la referencia al principio de igualdad, el empleo de los textos internacionales de derechos humanos...) se explica coherentemente sobre esa base, mientras que cada uno de esos aspectos debe ser forzado para hacerle decir algo distinto. En este sentido, R. Bercovitz ha llegado a afirmar que la interpretación que permite encontrar acomodo en el artículo 32 CE a las uniones homosexuales es tan absurda que sólo puede explicarse por el decidido

¹¹⁵ *Ibidem*. p. 61.

¹¹⁶ J. GONZÁLEZ PORRAS, *El Matrimonio y la Familia en la sociedad actual*, en <<Revista de Derecho Privado>> 2003-02, 2003 p. 150.

¹¹⁷ J. CANTERO NUÑEZ, *Uniones de hecho*, en J. DELGADO DE MIGUEL *et alii*, *Instituciones de Derecho privado*, Civitas 2011-2002 p. 292

propósito de prescindir del obstáculo constitucional para abogar por un reconocimiento legislativo del matrimonio de homosexuales".

Resulta enriquecedor para el estudio de las perspectivas constitucionales de los proyectos y sentencias constitucionales sobre el matrimonio homosexual en Colombia, la referencia al caso español, por una razón muy precisa. Tanto la Constitución Española como la Colombiana hacen referencia explícita a la "unión entre hombre y mujer" como requisito fundamental para la existencia del matrimonio, no como un principio excluyente de los derechos de la comunidad homosexual, sino a partir del reconocimiento de la realidad social y científica del concepto matrimonio como el baluarte que protege la institución familiar como el elemento fundamental de la sociedad. No obstante, a pesar de compartir este principio común, ambas Constituciones han recibido presiones políticas que han llevado al planteamiento del matrimonio de parejas homosexuales desconociendo los argumentos jurídicos en el que se encuentra enmarcada la institución matrimonial.

A diferencia de Colombia, en España el matrimonio homosexual fue legislado desconociendo el bloque constitucional. Situación distinta a la colombiana, donde todavía no ha sido aprobado el proyecto y se está a la espera de las incidencias de la sentencia de la Corte Constitucional. Pero tanto la aprobación en España, como el momento de discusión en Colombia, tienen en común que responden a nuevas realidades sociales pero con la incidencia que estas realidades se están imponiendo en el Derecho desconociendo el papel que tiene el Derecho en la organización y el mantenimiento de la sociedad. No se trata que el Derecho desconozca los cambios sociales, más bien, su papel es identificar y analizar estos cambios y adecuarlos al bien común de la sociedad, pero el Derecho no puede responder a cambios relativos y oportunistas de algunos sectores de la sociedad que en su afán de consolidar intereses propios echan a un lado la argumentación jurídica terminando por violentar y excluir aquello que tanto presumen de proteger.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Antes de 1990 es posible reconocer que no existió en la legislación jurídica colombiana la concepción de unión de hecho entre parejas del mismo sexo. La unión de hecho, concubinato o amancebamiento siempre se consideró respecto a parejas heterosexuales, y lo que concierne al homosexualismo se consideraba desde la reflexión entre lo moral y lo público, recayendo, en la mayoría de las ocasiones, en las sanciones posibles para este tipo de conductas. De cierta forma, las bases conceptuales de esta reflexión fueron la necesidad de poder controlar tanto el cuerpo como la sexualidad, por lo cual seguían siendo fundamentales los presupuestos jurídicos medievales y las concepciones de derecho natural y positivo. Por lo tanto, una persona homosexual sólo existía en términos jurídicos en el acto sexual y no tanto como persona. Solamente hasta finales del siglo XIX, se empezaron a tratar y discutir las reflexiones en torno a las prácticas y concepciones homosexuales delimitando sanciones y concepciones de lo homosexual como delito. Finalmente, sólo hasta 1980 la reflexión jurídica se alejó de la moral pública y desde concepciones científicas y argumentos jurídicos se despenalizó la homosexualidad como delito; dando comienzo a la reflexión sobre la posibilidad de que el derecho también tenía que velar por la integridad física y mental de las personas homosexuales. Desde esta posibilidad es que se puede ampliar la reflexión acerca de los derechos de las personas homosexuales, siendo uno de ellos las posibilidades de uniones entre parejas del mismo sexo dentro de parámetros jurídicos.

SEGUNDA

Durante la década de los noventa, el legislador guardó silencio respecto a la regulación de los derechos y al estudio de los vínculos jurídicos de las parejas homosexuales. Es así que esta tarea fue asumida por la Corte Constitucional desde el blindaje jurídico que otorga la Carta Constitucional de 1991. La posición de la Corte hacia la inclusión y reglamentación de los derechos de los homosexuales, ha sido un camino caracterizado por el debate y la controversia de la interpretación acerca de la igualdad social de la comunidad homosexual frente a la heterosexual. Además, resulta interesante notar como la misma Corte en lapsos temporales cercanos plantea argumentos que no corresponden a una reflexión lineal y progresiva, ya que las interpretaciones de la ley varían y la prioridad constitucional recae en varias ocasiones a reglamentaciones procesales y jurídicas.

TERCERA

El concepto de unión de hecho y matrimonio de parejas homosexuales durante la década de los noventa, a pesar del reconocimiento de los derechos fundamentales de los homosexuales, en la parte práctica e interpretativa de la

ley no va más allá de la aclaración que hace la ley cuando señala explícitamente que la unión se da entre hombre y mujer como requisito fundamental, llevando la discusión a la interpretación exegética de la pareja heterosexual y el concepto de familia. Por tanto, la reflexión de los derechos y la normatividad legal de las parejas del mismo sexo ha mantenido su eje en el concepto de lo que se considera familia en términos jurídicos.

CUARTA

El artículo 42 de la Constitución, al igual que la ley 54 de 1990, explícitamente señalan la diferencias de sexos como elemento primordial en la conformación de cualesquiera tipo de unión marital de hecho. De cierta forma, lo que se puede notar en la génesis legislativa del concepto de unión marital de hecho y matrimonio es un interés directo por proteger el núcleo natural donde surge la vida humana en la sociedad. Más que la protección de los derechos que existen en una pareja, el interés, de alguna manera, estaba en la creación y protección de la nueva vida por encima de la comunidad de vida permanente. Es así que la interpretación del concepto de unión entre parejas privilegió el concepto de familia con el objetivo de garantizar las dimensiones procreadoras y fecundas de la sociedad. A tal punto, que en la heterosexualidad de la pareja se reconoce el concepto de núcleo familiar como base de la unión marital de hecho.

QUINTA

De 1996 a 2006, la Corte Constitucional, a diferencia del silencio que siempre presentó el legislativo, asumió la reflexión y discusión de las posibilidades de uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo. A pesar que la Corte ha intentado mantener una línea unívoca de interpretación jurisprudencial sobre el tema, es posible encontrar distintas perspectivas que asumen la unión entre parejas homosexuales desde diferentes puntos de vista jurídicos. Principalmente, se reconocieron dos líneas jurisprudenciales de interpretación del artículo 42 de la Constitución Nacional y la ley 54 de 1990.

La primera línea de interpretación jurisprudencial tiene en cuenta los derechos de la comunidad homosexual en tanto individuos, cuya orientación sexual se encuentra constitucionalmente protegida por el derecho fundamental a la libre opción sexual. Siendo así, para la Corte los derechos que se otorgan a las parejas en el caso de las uniones homosexuales no son viables, ni tampoco resulta ser inconstitucional, debido a que son derechos legislados constitucionalmente para las uniones entre un hombre y una mujer. Por tanto, en este primer momento, para la Corte está totalmente claro que los derechos solicitados por parejas del mismo sexo son prestaciones otorgadas en la legislación bajo la protección familiar, la cual constituye la unión entre un hombre y una mujer como núcleo esencial de la sociedad. Por esta razón, no le corresponde al juez constitucional, en este caso la Corte, legalizar derechos que no han sido legislados y no corresponden a la definición de familia que se

plantea en la constitución. Además, existen alternativas legislativas para que los individuos, sin importar su orientación sexual, puedan acceder a los beneficios contemplados por el Estado Social de Derecho. De esta forma, la supuesta negación de derechos a parejas homosexuales en contraste con las heterosexuales, no debe ser vista como una discriminación debido a la orientación sexual, sino más bien se trata de una ausencia legislativa y el reconocimiento de la idiosincrasia de la ley para parejas heterosexuales.

Por otro lado, la segunda línea de interpretación jurisprudencial por parte de la Corte acerca de la unión entre parejas del mismo sexo, hace referencia al reconocimiento de los derechos de la comunidad homosexual, no solamente como individuos, sino también como miembros de una pareja que no tiene reconocimiento jurídico. En esta línea es posible señalar que quizá el primer paso a solucionar este vacío jurídico fue la modificación de la Ley 50 de 1990 por medio de la Ley 979 de 2005 donde se señaló la existencia de las parejas del mismo sexo que conllevan una convivencia similar a la de las parejas heterosexuales. Pero dicha modificación no dejó claro a qué tipo de convivencia se hacía referencia y cuáles eran sus efectos legales. Por tanto, no quedó claro si las uniones de parejas del mismo sexo conforman una unión marital de hecho y deja al ejercicio interpretativo el revisar a qué se hace referencia o qué debe entenderse con cumplir los mismos requisitos para la existencia de una unión del mismo sexo con fines patrimoniales.

SEXTA

La sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional es la primera jurisprudencia que se promulga a favor de los derechos de la comunidad homosexual, no como individuos, sino como miembros de una comunidad de vida permanente. Esta sentencia constituye una vuelta de tuerca fundamental en la posición que la Corte venía manteniendo respecto al tema, pues durante el lapso de tiempo comprendido de 1996 a 2006 la Corte asumió una posición donde reconocía al homosexual como individuo y no como parte de una pareja. La unión se consideraba elemento del derecho de protección de familia, el cual tenía una índole heterosexual exclusivamente. Por tanto, la aparición de la sentencia C-075 de 2007 parte en dos la historia jurisprudencial colombiana en torno a los derechos de la comunidad homosexual.

SÉPTIMA

La Corte Constitucional a partir de la sentencia C-075 de 2007 se presenta como un órgano con la capacidad y competencia para decidir sobre las uniones entre parejas homosexuales, sin importar que hasta entonces fuera una función exclusiva del Legislador. Sumado al hecho que la sentencia C-075 se va convertir en el marco conceptual y metodológico que van a seguir los pronunciamientos posteriores para ampliar los derechos de la comunidad homosexual. Tal marco constituyó el déficit de protección que existía por parte del Estado respecto a la protección que los derechos fundamentales de la

comunidad homosexual en la vida social, como lo son las parejas del mismo sexo. Sin embargo, a pesar del reconocimiento jurídico y la ampliación del conjunto de derechos por parte de la Corte para las parejas del mismo sexo, los distintos pronunciamientos de la Corte están enmarcados dentro de la cobertura o el amparo de regímenes como el patrimonial o el Sistema Social, y no desde el reconocimiento de la unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo. Sin duda alguna este punto es fundamental toda vez que ninguna de las sentencias proferidas por la Corte deja claro si las parejas homosexuales conforman una unión marital de hecho en su definición y de su interpretación sólo se precisa que es necesario que cumplan los requisitos exigidos por la norma para su reconocimiento. Además, la sentencia C-075 de 2007 sólo declaró la exequibilidad de la ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el sentido de que el régimen de protección también se aplica para las parejas del mismo sexo. Por tanto, no se declaró la inexequibilidad del concepto y requisitos de la unión marital de hecho, por lo cual, si bien es cierto que a las parejas homosexuales las cubren algunos derechos de las uniones maritales de hecho, tal proceso no afirma que se les reconozca jurídicamente como tal. Es así que el artículo 42 de la constitución en el que se señala el concepto de familia como el que se da entre un hombre y una mujer sigue siendo la directriz en éste tema. No obstante, a pesar que no existe jurídicamente reconocimiento de las uniones de parejas del mismo sexo, en la actualidad a partir del desarrollo jurisprudencial presentado en este capítulo se ha generado un amplio campo de protección que ha permitido la no violación y exclusión de los derechos de la comunidad homosexual, tanto en su accionar individual como social.

OCTAVA

La rama legislativa guardó por mucho tiempo silencio respecto a la discusión de los derechos de las uniones entre parejas del mismo sexo. Sin embargo, a partir del reconocimiento jurídico de los ámbitos de regulación de derechos para las parejas homosexuales, se ha generado la discusión para materializar el vínculo jurídico entre las uniones del mismo sexo desde el Congreso, más allá del concepto de unión marital de hecho, como lo es el matrimonio. La discusión del matrimonio homosexual en el legislativo ha generado una reflexión sobre el tema donde se han visto implicados distintos sectores de la sociedad. En términos jurídicos, el cual es el ámbito de este trabajo, vale la pena resaltar las implicaciones que ha tenido este debate a la par del reconocimiento jurídico de los derechos para parejas homosexuales en la Corte Constitucional. Es así que mientras la Corte ha reconocido los derechos de estas parejas por medio de distintas sentencias, aún no ha consolidado la definición jurisprudencial de ésta unión al considerar que le corresponde al legislador; por otro lado, el Congreso, a pesar de no lograr un avance legislativo, no ha negado la condición de la persona homosexual con iguales derechos y deberes al heterosexual. De esta forma el estudio de los proyectos de ley sobre el matrimonio permite concluir que para la rama Legislativa bastan

ciertos derechos constitucionales, pues otorgar otros que reiteradamente han sido solicitados (seguridad social, derecho a heredar, etc.) sería equiparar a las parejas homosexuales con la figura de familia, lo que no es viable debido a que no se cumple con el requisito esencial de su conformación.

NOVENA

La sentencia C-577 de 2011 constituye el punto más alto en la consolidación de la formalización jurídica de la unión entre parejas del mismo sexo al poner como plazo el 20 de julio de 2013 al Congreso para que legise un vínculo jurídico que garantice los derechos de las uniones homosexuales. No obstante, el fallo de la Corte demuestra la ambigüedad jurídica de la misma, al solicitar ante el legislativo la formalización de una unión cuyos principios jurídicos y constitucionales no han sido declarados exequibles completamente, como lo es el artículo 42 de la Constitución Nacional. Desde principios de la década de los años noventa, las distintas sentencias de la Corte han señalado la omisión legislativa pero al mismo tiempo, de cierta forma, reconocen implícitamente la falta de competencia jurídica para legislar. De esa manera, la sentencia de la Corte deja abierta diversas preguntas acerca de la naturaleza, requisitos y procedimientos jurídicos a tener en cuenta, no sólo para el proceso legislativo que invoca, sino también para el caso de que el legislativo no se pronuncie al respecto antes del plazo señalado.

Por tal razón la sentencia C-577 generó un ámbito de incertidumbre jurisprudencial al generar un fallo que no tiene despejada su naturaleza ni procedimientos jurídicos. La sentencia C-577 de 2001, no sólo no dejó clara su posición jurídica respecto a artículos de la Constitución (se declara inhibida), sino también deja abierta muchas dudas y preguntas complejas respecto a la naturaleza y los procedimientos de las uniones entre parejas homosexuales. Sumado al hecho, que no se considera alguna alternativa si el Congreso no legisla dicha unión, por lo cual tanto los notarios como los jueces se encontrarían ante la dificultad de formalizar el trámite y la denominación del vínculo contractual de las uniones de parejas de homosexuales. Es así que la sentencia C-577 de 2011 genera una ambigüedad jurídica al solicitar un procedimiento, que de cierta forma, no cuenta con los fundamentos jurídicos y legislativos que la consoliden. Además, no resuelve el principio de constitucionalidad que ampara al matrimonio como una institución heterosexual. El hecho de que la Corte se declare inhibida simplemente constituye un vacío de argumentación jurídica al no considerar la perspectiva constitucional bajo la cual está construida la institución matrimonial en la sociedad colombiana.

DÉCIMA

Problema jurídico constitucional de la propuesta de matrimonio homosexual: Tanto el matrimonio como la familia tienen identidad constitucional, por lo cual existen límites para la reglamentación que adopte el

legislador, así las cosas constitucionalmente el matrimonio es la unión jurídica entre un hombre y una mujer como comunidad de vida, pues así lo consagra la Carta Constitucional al definir los requisitos esenciales del matrimonio. La misma Corte Constitucional al reconocerse inhibida para declarar exequible el artículo 42 de la Constitución Nacional hace un reconocimiento al carácter constitucional de la expresión "unión entre hombre y mujer" como requisito fundamental del matrimonio, pues debe tenerse en cuenta que la misma Corte es bastante cuidadosa al solicitar un vínculo jurídico que garantice los derechos de las parejas homosexuales y no la nivelación del matrimonio heterosexual a la unión de las parejas homosexuales. De cierta forma, sigue siendo implícito el reconocimiento del matrimonio como la unión entre hombre y mujer.

DÉCIMA PRIMERA

Argumento del concepto de familia en contra de la propuesta del matrimonio homosexual: El concepto familia, antes que una definición jurisprudencial o cultural, tiene una connotación a la realidad natural del ser humano. Es a partir de la unión del hombre con la mujer que existe la sociedad tal cual la conocemos hoy, por lo cual la familia constituye el génesis de la comunidad y se encuentra protegida, no sólo por el derecho internacional, sino también por la Constitución Nacional. De esta forma, esta unión entre hombre y mujer de carácter natural se ha denominado matrimonio constituyéndose en la unidad fundamental de la sociedad.

DÉCIMA SEGUNDA

Las distintas acciones celebradas después de cumplido el plazo de 20 de julio de 2013 dado por la Corte Constitucional para la legislación de las uniones homosexuales, como lo fue la ceremonia de una pareja homosexual en una Notaría, no deja de ser más que un acto de propaganda, ya que al no reconocerse el acto como un matrimonio, no va más allá del acto solemne que ya ha sido reconocido por la ley. No obstante, en este momento en el Estado colombiano existe un enfrentamiento jurídico entre Legislación, Corte Constitucional y Procuraduría que no logran definir las concepciones y procedimientos jurisprudenciales para la unión entre parejas del mismo sexo. No obstante, es muy claro que equiparar la figura del matrimonio heterosexual a la unión homosexual, va en contra de los principios constitucionales, por lo cual el llamado de la Corte ha sido la creación de un vínculo jurídico que garantice los derechos de la comunidad homosexual en la vida social en pareja. Muy probablemente la insistencia de que esta unión sea reconocida como matrimonio, tiene más connotaciones sociales y culturales, cuya discusión excede a los límites jurídicos de este trabajo.

DÉCIMA TERCERA

Resulta enriquecedor para el estudio de las perspectivas constitucionales de los proyectos y sentencias constitucionales sobre el matrimonio homosexual

en Colombia, la referencia al caso español, por una razón muy precisa. Tanto la Constitución Española como la Colombiana hacen referencia explícita a la "unión entre hombre y mujer" como requisito fundamental para la existencia del matrimonio, no como un principio excluyente de los derechos de la comunidad homosexual, sino a partir del reconocimiento de la realidad social y científica del concepto matrimonio como el baluarte que protege la institución familiar como el elemento fundamental de la sociedad. No obstante, a pesar de compartir este principio común, ambas Constituciones han recibido presiones políticas que han llevado al planteamiento del matrimonio de parejas homosexuales desconociendo los argumentos jurídicos en el que se encuentra enmarcada la institución matrimonial.

En España el matrimonio homosexual en el año 2005 fue legislado mientras que en Colombia todavía no ha sido aprobado el proyecto y se está a la espera de las incidencias de la sentencia de la Corte Constitucional. Ahora bien, tanto la aprobación en España, como el momento de discusión en Colombia, tienen en común que responden a nuevas realidades sociales pero con la incidencia que estas realidades se están imponiendo en el Derecho desconociendo el papel que tiene el Derecho en la organización y el mantenimiento de la sociedad. No se trata que el Derecho desconozca los cambios sociales, más bien, su papel es identificar y analizar estos cambios y adecuarlos al bien común de la sociedad, pero el Derecho no puede responder a cambios relativos y oportunistas de algunos sectores de la sociedad que en su afán de consolidar intereses propios echan a un lado la argumentación jurídica terminando por violentar y excluir aquello que tanto presumen de proteger.

BIBLIOGRAFÍA

ARANA DE LA FUENTE Isabel, *Concepto y función social del matrimonio. Los sistemas matrimoniales. La promesa de matrimonio*, en GEMA DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (cord.); *Derecho de familia*, Thomson Reuters-Civitas, 2012 .pp. 165-270.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES, TRANS E INTERSEX. *Informe sobre el estado de homofobia en el mundo*. Publicado en 2010 en <http://ilga.org/ilga/es/article/mqsH5ek1ED> (consulta 20 de agosto de 2013).

AZUERO QUIJANO Alejandra, *Sentencia C-075 de 2007. Reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo en Colombia*, En *Activismo judicial y derechos de los LGBT en Colombia. Sentencias emblemáticas*, Instituto Latinoamericano de servicios legales, Bogotá 2009, p. 12 - 70.

BOLAÑOS O. Ildemar, *Unión marital de hecho* Leyer, Bogotá, 2011 3^a. Ed. p. 114 - 126.

CANTERO NÚÑEZ Federico J., *Uniones de Hecho*, EN J. DELGADO DE MIGUEL (coord.) *Instituciones de Derecho privado*, Tomo IV Familia, volumen 1, Civitas 2011-2002 p. 271 - 304

CAMARERO SUAREZ María Victoria, *Un apunte al derecho europeo y estadounidense al status jurídico de las parejas del mismo sexo*. En Diario la ley - Núm. 6105. 2004. p. 1936-1945

CAÑÓN RAMÍREZ Pedro Alejo, *Sociedad conyugal y concubinato: legislación, jurisprudencia, doctrina 1900-1982*. V. 2. ABC, Bogotá 1983.

CONCEPTO CIUDADANO VOTO CATÓLICO. <http://votocatolico.co/m=1> (fecha última consulta julio 30)

CONSEJO GENERAL DEL PODER PÚBLICO, *Matrimonio y adopción por personas del mismo Sexo* Vol. XXVI , Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2006

DE LA ESPRIELLA Ramiro, *Orígenes de nuestras Instituciones Políticas*. Universidad Sergio Arboleda, Colombia 2003.

ECHEVERRÍA Nancy Margarita, *Análisis jurídico a las normas sobre la unión marital de hecho*, Universidad Libre Sede Cartagena, Cartagena de Indias, Colombia, 2010.

FUNDACIÓN COLOMBIA DIVERSA, documento disponible en
http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/index.php?option=com_content&view=article&id=182&Itemid=478

GARCÍA DE BLASS VALENTÍN FERNÁNDEZ María Luisa, *El matrimonio, Realidad Social e Institución Jurídica*, Instituciones del Derecho Privado, Tomo IV Familia, volumen 1.

GONZÁLEZ PORRAS José Manuel, *El matrimonio y la familia en la sociedad actual*, Revista de Derecho Privado 2003-02, 2003 p. 147 - 165.

GONZÁLEZ ZAPATA Julio, *Derecho y sexualidad: ¿Liberación o represión?* en <<Estudios de Derecho>>, 64 Medellín (2007).

GUÍO Rosa Elizabeth, *El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, en <<Studiositas>>, 4, 2009 p. 65 -81

HERRERA CAMPOS Ramón, *El Matrimonio: Perspectivas de futuro*, En, PÉREZ VALLEJO Ana María, LÓPEZ SAN LUIS Rocio, *Tendencias actuales en el derecho de familia*, Universidad de Almería servicio de publicaciones, Almería 2005, p.15 - 33

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ Carmen, *Cambio revolucionario en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual*, en Diario La ley, 3 2006, 1877 p.1875-1884.

HORMIGA PAZ Cielo, *Estado actual y perspectivas de la unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo en Colombia*, Ed. Impresa Ferivia, Buga 2010.

LANFONT PIANETTA Pedro., *Derecho de familia: unión marital de hecho. (Ley 54 de 1990)*. Librería del profesional, Bogotá 1992,

MARTÍN SÁNCHEZ María, *Matrimonio Homosexual y Constitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Luis, *La homosexualidad y el matrimonio*, Ediciones académicas, Madrid 2005

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ Carlos; *Diagnóstico sobre el derecho de familia: análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del derecho de familia*, Rialp, Madrid 1996.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ Carlos; DE PABLO CONTRERAS Pedro, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Universidad de Navarra, Navarra 2007.

MOTTA Cristina, *La corte constitucional y los derechos de los homosexuales*. En: Observatorio de justicia constitucional: La corte Constitucional - el año de la consolidación, Universidad de los Andes, Bogotá 1998. P. 290-299

NAVARRO VALLS Rafael, *Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad* en Revista general de derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del estado, 14 2007

ORDOÑEZ MALDONADO ALEJANDRO, *Concepto No. 4876 ante la Corte Constitucional*, IEMP ediciones, Bogotá 2012.

PARRA BENÍTEZ Jorge, *Derecho de familia*, Ed. Temis, Bogotá 2008.

PERIÓDICO EL ESPECTADOR, 10 de noviembre de 2002.

PERIÓDICO EL ESPECTADOR, Información tomada de las noticias "Estamos civilmente casados" 24 de julio de 2013, www.elespectador.com/noticias/judicial/estamos-civilmente-casados-articulo-435743; y "Jueza legalizó la unión conyugal de una pareja gay" periódico *El Tiempo*, 24 de julio de 2013, www.eltiempo.com/justicia/jueza-legalizo-la-union-conyugal-de-una-pareja-gay_12945556-4

QUINTERO VÉLEZ Maribel, *El reconocimiento Constitucional de la unión entre parejas del mismo sexo*, en Revista electrónica, 4 2010. Disponible en <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/viewFile/7895/7508>

REQUERO José Luis., *Reforma del código Civil al servicio de una empresa ideológica*. En Actualidad jurídica Aranzadi, Núm. 655, 9. 7.

RESTREPO MÚNERA Carolina, SÁNCHEZ PINEDA Sandra Milena y TAMAYO SEPÚLVEDA Catalina, *Derecho y diversidad sexual* Universidad de Medellín, Medellín 2010.

RINCÓN PERFETTI, Germán Humberto. *Derechos humanos de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgeneristas e intersex y de las uniones de parejas del mismo sexo*. Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2009.

ROCA TRÍAS Encarna, *La familia y el matrimonio homosexual*, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2 2007, pp. 49-72

RODRÍGUEZ - ARANA MUÑOZ Jaime, *Sobre el Dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo* en *Diario La Ley*, 6170 2005, p. 1612 - 1618

SÁNCHEZ MERCADO Cristina, *Unión marital de hecho*, jurídica Equidad, Cali 1997.

SAN MARTIN LEMOS Matilde, *La familia de hecho ¿Hacia la igualdad familiar?*, Librería jurídica Sánchez, Medellín 2007.

SOTOMAYOR TRIBÍN Hugo, *Homosexualismo prehispánico en Colombia: reflexiones alrededor de la evidencia etnohistórica y arqueológica*. En: Boletín del museo de Oro. No. 34-35, 1993. Disponible en <http://www.banrepultural.org/blaavirtual/publicacionesbanrep/bolmuseo/1993/endi3435/endi04f.htm>

TENA PIAZUELO Isaacbel, *Cabeza de familia, y lo que trae a la familia de cabeza: Consideraciones sobre las recientes reformas del derecho Español*, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ José Carlos (coord..), *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de palma*, Thomson Reuters-Civitas 2010, p. 961 - 997

URRUTIA OCORÁ María Isabel, *Se trata de patrimonio no de matrimonio*, en Revista Javeriana, 735 2007, p. 66- 69.

VALLEJO TOBON, Juan Alvaro; ECHEVERRY CEBALLOS, Julio Cesar y PALACIO LAVERDE Rodrigo, *La unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes*, Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá 2011.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, sentencia T-594 de 1993. MP, VLADIMIRO NARANJO MESA

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, sentencia T-097 de 1994. MP, EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, sentencia C-239 de 19 de mayo de 1994. MP, JORGE ARANGO MEJÍA.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, sentencia sentencia T-539 de 1994. MP,
VLADIMIRO NARANJO MESA

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, sentencia T-037 de 1995. MP, . GREGORIO
HERNÁNDEZ GALINDO

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SENTENCIA C-098 DE 1996. MP, EDUARDO
CIFUENTES MUÑOZ.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SENTENCIA T-037 DE 1995. MP, MANUEL
JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SENTENCIA C-481 de 1998. MP ALEJANDRO
MARTÍNEZ CABALLERO.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SENTENCIA SU-623 *de 2001*. MP, RODRIGO
ESCOBAR GIL.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SENTENCIA *Sentencia C-814 de 2001*. M P
MARCO GERARDO MONROY CABRA.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SENTENCIA T-349 DE 2006 MP, RODRIGO
ESCOBAR GIL.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SENTENCIA C-1043 DE 2006 MP, RODRIGO
ESCOBAR GIL.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SENTENCIA C-075 DE 2007. MP, RODRIGO
ESCOBAR GIL.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SENTENCIA C-811 DE 2007. MP, MARCO GERARDO MONROY CABRA.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SENTENCIA C-336 DE 2008. MP, CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SENTENCIA C-798 DE 2008. MP, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-886 de 2010. MP, MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-577 de 2011. MP, GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sentencia del 27 de septiembre de 2005.

TRIBUNAL SUPERIOR DE POPAYÁN, sentencia 12 de marzo de 1999.

NORMAS LEGALES

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

LA LEY 45 DE 1936

LEY 75 DE 1968,

LEY 54 DE 1990.

LA LEY 100 DE 1993

LEY 294 DE 1996

LEY 979 DE 2005

LEY 1361 DE 2009