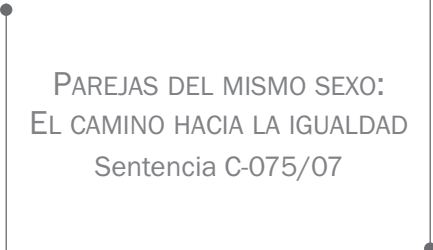


# PAREJAS DEL MISMO SEXO: EL CAMINO HACIA LA IGUALDAD

Sentencia C-075/07







PAREJAS DEL MISMO SEXO:  
EL CAMINO HACIA LA IGUALDAD  
Sentencia C-075/07





COLOMBIA DIVERSA

PAREJAS DEL MISMO SEXO:  
EL CAMINO HACIA LA IGUALDAD  
Sentencia C-075/07





COLOMBIA DIVERSA



Universidad de  
los Andes

PRIMERA EDICIÓN: febrero de 2008

Queda prohibida, sin la autorización expresa de los titulares del *copyright*, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento.

© Colombia Diversa

© Universidad de los Andes

DISEÑO y DIAGRAMACIÓN

Diana Carolina Cortés Moreno

ISBN: 978-958-44-2595-9

IMPRESO Y TERMINADO

Litoxpress S. en C.S.

IMPRESO EN COLOMBIA

PRINTED IN COLOMBIA

Agradecimientos .....	7
Introducción: Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público. La historia de la sentencia C-075/07 por Daniel Bonilla Maldonado .....	11
La Sentencia C-075/07 .....	41
Salvamento de voto a la Sentencia C-075 Del 2007 del Magistrado Jaime Araújo Rentería .....	69
La demanda .....	91
Intervenciones Ciudadanas .....	143





## Agradecimientos

En primer lugar, agradecemos a los estudiantes de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes que trabajaron, como parte del equipo del Grupo de Derecho de Interés Público (G-DIP), en el diseño e implementación de la estrategia jurídica que condujo a la redacción y presentación de la demanda ante la Corte Constitucional. Trabajo que se llevó a cabo a lo largo de varios meses, de manera comprometida y seria.

Gracias, Alejandra Azuero, Luz María Mercado, Ana María Palau, María Bibiana Botero, John González, Joyce Hernández, Polonia Forero, Marta Maya, Jeison Larrota, Juanita Goebertus, Paola Larrahondo, Andrés Rodríguez, Andrés Palacios, Carolina Nieto, Santiago Pardo y Wilman Abondano.

También a todas las personas que se tomaron el tiempo de leer y comentar las distintas versiones de la demanda. Queremos agradecer especialmente a los profesores de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes Helena Alviar, Patricia Moncada, Antonio Barreto, Isabel Cristina Jaramillo, Diego López y Betsy Perafán. Igualmente, a Rodrigo Uprimny y a María Paula Saffón de Dejusticia por sus valiosos consejos y comentarios.

Del mismo modo, damos las gracias a los miembros del Comité Legal de Colombia Diversa, quienes colaboraron activamente en la discusión de la estrategia jurídico-política. Germán Humberto Rincón Perfetti, Lina Céspedes, Gustavo Osorio y Esteban Restrepo contribuyeron notablemente al fortalecimiento de los argumentos

expuestos en la demanda. De igual manera a los miembros del Comité de Comunicaciones de Colombia Diversa. Hector Fabio Cardona, Socorro Jaramillo, Iván Onatra, Mauricio Cardona, Jorge Iván Castro, Guillermo de la Torre, Nelson Martínez, Juan Luís Isaza, Hugo Vásquez y Jaime Alberto Beltrán quienes fueron centrales en la creación de la estrategia de medios que permitió que este proceso tuviera éxito.

También extendemos un especial agradecimiento al equipo de derechos humanos de Colombia Diversa, compuesto por Luis Andrés Fajardo y Mauricio Albarracín, y a las organizaciones lgbt, de derechos humanos y de mujeres que presentaron intervenciones ciudadanas ante la Corte Constitucional: Comisión Colombiana de Juristas, Red de Apoyo a Transgeneristas Trans-Ser, Corporación Triángulo Negro, Fundación Diversidad, Grupo DeGenéres-E, Grupo de Estudios de Género, Sexualidad y Salud en América Latina, Colectivo Tinkú, Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional Cedhul, Red Nacional de Mujeres y Corporación Sisma Mujer.

Nuestro agradecimiento va también a todos aquellos que desde la academia se hicieron parte del proceso mediante la presentación de intervenciones ciudadanas: Eduardo Cifuentes, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; Esteban Hoyos, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit en Medellín; Juan Pablo Vera, profesor del Departamento de Antropología de la Universidad Javeriana; el Centro de Estudios en Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia y el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario GAP. Queremos agradecer muy particularmente a Esteban Restrepo, profesor de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes, quien coordinó la intervención presentada por The New York City Bar Association, Human Rights Watch, The International Gay and Lesbian Human Rights Commission, The Nacional Center for Lesbian Rights, The Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic at Yale Law School, The National Center for Human Rights Education, la profesora Catherine Franke, la profesora Nan D. Hunter y la Red Latinoamericana de Académicas/os del Derecho.

Agradecemos a los medios de comunicación en Colombia y en el extranjero que divulgaron información rigurosa y positiva acerca del proceso, a Ana María Ruiz de Brújula comunicaciones, a Mónica Roa de Women's Link Worldwide y al ex-Procurador General de la Nación, Alfonso Gómez Méndez.

Colombia Diversa agradece a sus donantes, entre ellos a un importante número de personas naturales anónimas, y a organizaciones como Diakonia, Astraea, el Fondo de Iniciativas Locales de la Embajada de Canadá y Usaid.



# INTRODUCCIÓN IGUALDAD, ORIENTACIÓN SEXUAL Y DERECHO DE INTERÉS PÚBLICO. LA HISTORIA DE LA SENTENCIA C-075/07

Daniel Bonilla Maldonado\*

La Sentencia C-075 de 2007, por la cual la Corte Constitucional colombiana le reconoció algunos efectos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, es un triunfo no sólo para la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT) sino para todos los colombianos comprometidos con la igualdad. En esta sentencia, la Corte Constitucional afirmó que la Ley 54 de 1990, que regula la unión marital de hecho, es constitucional únicamente cuando se entiende aplicable tanto a las parejas heterosexuales como a las parejas del mismo sexo. De esta forma, por primera vez en la historia de Colombia, la existencia de parejas compuestas por dos hombres o dos mujeres tiene consecuencias jurídicas positivas.<sup>1</sup> Como sucede con las parejas heterosexuales, desde que en febrero de 2007 entró en vigencia la Sentencia, el sistema jurídico colombiano considera que el patrimonio adquirido por una pareja del mismo sexo que ha convivido por un periodo mínimo de dos años es propiedad de sus dos miembros.

Esta Sentencia es de gran importancia política y jurídica por cuatro razones que se entrecruzan. La primera, es que dio un paso fundamental para eliminar la discriminación a la que históricamente

han estado sometidos los homosexuales en Colombia. Esta sentencia indicó de manera clara y precisa que la distinción que tradicionalmente se ha hecho en nuestra comunidad política y jurídica entre ciudadanos de primera categoría, los heterosexuales, y ciudadanos de segunda categoría, los homosexuales, es inconstitucional. Esta distinción, señaló la Corte, viola dos principios centrales de una democracia liberal como la colombiana: el principio de igual ciudadanía y el principio que ordena que el Estado debe tratar con igual consideración y respeto a todos sus ciudadanos. Para la Corte, la orientación sexual no es un criterio legítimo para determinar la manera como se distribuyen los derechos y obligaciones básicos de los ciudadanos. En la esfera pública colombiana la homosexualidad y la heterosexualidad son, en principio, criterios irrelevantes para precisar el estatus político y jurídico de los asociados. De igual forma, la Corte señaló que el Estado no puede usar los escasos recursos a su disposición para proteger o promover la orientación sexual preferida por algunos de sus ciudadanos así éstos constituyan la mayoría de la población. Hacerlo implicaría privilegiar el proyecto de buen vivir de algunos de los asociados y, por tanto, se violarían dos de los valores más preciados para una democracia liberal: la igualdad y la autonomía de la voluntad.

La segunda razón que explica la importancia de la Sentencia C-075 es que ésta implicó un cambio notable en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con respecto a los homosexuales. La Corte ha protegido sistemáticamente los derechos de los homosexuales en tanto individuos durante los últimos 17 años.<sup>2</sup> Así, por ejemplo, la Corte ha dicho que las instituciones en donde se forma la fuerza pública no pueden expulsar a sus miembros por el sólo hecho de que éstos sean homosexuales, que los colegios públicos y privados no pueden cancelar los cupos de los estudiantes homosexuales porque consideren que su orientación sexual sea inmoral y que la homosexualidad no es una falta al honor militar o a los deberes que tienen los docentes de los colegios públicos.

Sin embargo, hasta la sentencia C-075 de 2007, la Corte se había negado a proteger los derechos de los homosexuales que

conforman una pareja.<sup>3</sup> Así, entre 1991 y 2007 la Corte promulgó sentencias en donde se indica, por ejemplo, que el Estado está facultado constitucionalmente para prohibir que las parejas del mismo sexo adopten niños, que es constitucional que en Colombia un homosexual no puede afiliarse al sistema de seguridad social a su pareja y que la Constitución ordena que la Ley que regula la unión marital de hecho es aplicable únicamente a las parejas heterosexuales. De esta forma, la Corte en la sentencia C-075 de 2007 al indicar que la vida en pareja de los homosexuales está protegida constitucionalmente, por lo menos en lo relacionado con algunos asuntos patrimoniales, dio un giro radical a su jurisprudencia. Un giro que desplazó a la Corte de una posición de respeto marginal por la diferencia sexual a una en donde ésta se empieza a reconocer y respetar plenamente.

La tercera razón es que esta sentencia implicó el nacimiento jurídico de las parejas del mismo sexo en Colombia. En este pronunciamiento, la Corte afirmó que la vida en pareja es una consecuencia de la vida sexual y afectiva de las personas, no importa si estas son heterosexuales u homosexuales. Por tanto, indicó la Corte, para que los proyectos de buen vivir de los individuos sean protegidos, y por tanto su autonomía lo sea, es necesario reconocer jurídicamente tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales. No tiene sentido, afirma la sentencia, que se reconozca el derecho individual a vivir de acuerdo con la preferencia sexual que se tenga, y al mismo tiempo indicar que una de las consecuencias más comunes que tiene la vida sexual y afectiva, esto es la vida en pareja, no esté jurídicamente reconocida. Por lo menos para algunos asuntos patrimoniales, en Colombia, las parejas del mismo sexo pasaron de la esfera privada a la esfera pública.

La cuarta razón es que la sentencia evidencia un cambio en la manera como se percibe la homosexualidad en Colombia. El hecho de que la sentencia haya sido apoyada por ocho magistrados, algunos de ellos profundamente conservadores, indica que en el país se han dado pasos importantes hacia el reconocimiento y respeto de la homosexualidad. De igual forma, el hecho de que haya habido un

sólo salvamento de voto, que el magistrado que se apartó de la mayoría lo haya hecho porque la sentencia no fue suficientemente firme en la defensa de los derechos de los homosexuales, que haya habido poca oposición política a la sentencia y que algunos sectores de la población se hayan manifestado explícitamente en su favor, muestra que en el país se han empezado a dar pasos importantes hacia la tolerancia y el respeto de la diversidad sexual. Los tiempos en los que la homosexualidad en Colombia era calificada como un pecado, una enfermedad o un delito han empezado a cambiar. La religión dominante, el establecimiento médico y el sistema jurídico hasta hace muy poco tuvieron una sola voz para calificar negativamente a la homosexualidad. Con la eliminación de la homosexualidad del listado de las enfermedades mentales de las asociaciones médicas, sentencias como la C-075 y la recepción relativamente positiva que ésta tuvo en algunos sectores de la población, se evidencia que en Colombia se están dando pasos firmes hacia la inclusión y el respeto de la pluralidad sexual.

Ahora bien, los efectos simbólicos y materiales de la escasas Sentencia han sido discutidos por los medios de comunicación.<sup>4</sup> Sin embargo, poco se conoce sobre el proceso que culminó con esta decisión o sobre las lecciones que se pueden aprender del mismo para otros proyectos de litigio estratégico. Por esta razón, este texto se concentrará en precisar, describir y analizar las etapas a través de las cuales se materializó este proyecto, así como en estudiar las razones que permitieron que tuviera éxito. Para cumplir con tales objetivos el texto se dividirá en dos secciones. En la primera, se presentan los principales actores del proceso, sus motivaciones y las etapas que tuvieron que satisfacer para cumplir con los fines que se plantearon. En la segunda, se exponen las principales razones por las cuales el proceso llegó a feliz término y cómo estas variables podrían ser de utilidad en proyectos análogos, esto es, en proyectos de litigio estratégico comprometidos con materializar la promesa de justicia material hecha por la Constitución de 1991.



### *El inicio del proceso: las instituciones involucradas y la escogencia del caso*

El proyecto que terminó con la sentencia C-075 de 2007 empezó de manera casual. En marzo de 2005 Marcela Sánchez Buitrago, directora de la organización no gubernamental Colombia Diversa, se reunió con varios profesores de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes. El objetivo de la reunión era explorar la posibilidad de que las dos instituciones adelantaran proyectos conjuntos de investigación, pedagogía constitucional y docencia relacionados con la igualdad y la diversidad sexual. Como una de las consecuencias de esta reunión surgió la posibilidad de que el Grupo de Derecho de Interés Público de la facultad (G-DIP) desarrollara junto con Colombia Diversa trabajos que permitieran la defensa de los derechos de la comunidad LGBT. Por esta razón, el G-DIP le pidió a Colombia Diversa que en una nueva reunión expusiera los problemas estructurales que enfrentaban las lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas, y en dónde el sistema jurídico fuera un instrumento que pudiera contribuir a su solución.

Entre los varios problemas que se presentaron, el relacionado con la desprotección jurídica en la que se encontraban las parejas del mismo sexo en el país fue el escogido para iniciar la alianza entre Colombia Diversa y el G-DIP. Las parejas del mismo sexo, se concluyó, no existían para el ordenamiento jurídico colombiano. El objetivo principal del proyecto que se iniciaba en este momento sería entonces lograr el reconocimiento jurídico de las parejas compuestas por dos hombres o por dos mujeres. Por alcanzar este fin se acordó que la mejor línea de acción sería cuestionar la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990 ante la Corte Constitucional. Si esta Ley, que regula la unión marital de hecho, se aplicaba tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales se daría un paso importante para la solución del problema estructural que enfrentaba, y todavía hoy enfrenta, la comunidad LGBT.

Por un lado, si la Corte Constitucional aceptaba las pretensiones de la demanda, las parejas del mismo sexo que

hubieran convivido como mínimo por dos años constituirían una unidad reconocida por el Estado y el patrimonio adquirido durante la existencia de la pareja sería considerado como propiedad de sus dos miembros. De esta forma, se podrían evitar las injusticias que se creaban cuando la pareja se separaba o cuando uno de sus miembros moría. Usualmente, en la primera situación, una de las partes se quedaba con buena parte del patrimonio o se generaban profundos desacuerdos sobre quién debería quedarse con los bienes. En ninguno de los dos casos el derecho podía ser un instrumento útil para evitar injusticias o dar solución a las disputas. En la segunda situación, el miembro sobreviviente de la pareja quedaba completamente desprotegido. La ley ordenaba que los familiares de la persona fallecida debían heredar el patrimonio que había sido adquirido conjuntamente.

Por el otro lado, si la demanda tenía éxito, se podría crear un efecto dominó que daría un vuelco a la manera como el ordenamiento jurídico trataba a las parejas del mismo sexo. Desde su promulgación en 1990, la definición de unión marital de hecho que contiene la Ley 54 ha sido el referente a través del cual se han interpretado normas en muy diversos ámbitos jurídicos, entre otros, el derecho penal y el laboral.<sup>5</sup> Estas normas indican que sus mandatos deben ser aplicados a los compañeros o compañeras permanentes. Sin embargo, en las mismas no se define quién puede ser considerado como tal. De esta forma, si la Corte dictaminaba que la Ley 54 debía ser aplicada tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales, un homosexual podría, entre otras cosas, afiliarse a su pareja al sistema de seguridad social, recibir la pensión de jubilación que recibía su pareja y no estar obligado a testificar en su contra en un proceso penal. La definición amplia de la unión marital de hecho permitiría una interpretación distinta, que reconociera la diversidad sexual, de las normas que usaban a la Ley 54 para cargar de sentido sus categorías y mandatos.

De igual forma, cuestionar la constitucionalidad de la Ley 54 ante la Corte Constitucional resultaba de interés no sólo porque de tener éxito permitiría contribuir a solucionar un problema estructural

del país, sino porque además, entroncaba de manera clara con los objetivos que persigue cada una de las organizaciones involucradas en el proyecto. Colombia Diversa, por un lado, es una organización sin ánimo de lucro que se creó en 2003 con el fin de materializar los siguientes tres objetivos: divulgar, defender y desarrollar los derechos que tienen los miembros de la comunidad LGBT; contribuir a cambiar las percepciones que tiene la sociedad sobre esta comunidad; y promover la visibilidad y organización política de las lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas.<sup>6</sup> Si bien el equipo de Colombia Diversa no es muy grande, está compuesto por un grupo interdisciplinario muy competente que conoce detalladamente los intereses y problemas de la comunidad cuyos derechos defiende. Del mismo modo, es un equipo que tiene el apoyo de una red amplia de personas que, aunque no trabajan directamente con la organización, la apoyan desde los distintos espacios en donde desarrollan sus actividades, oficinas de abogados, agencias de publicidad, talleres de arte y oficinas de consultoría política, entre otros,.

El G-DIP, por el otro lado, es una unidad académica de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes que fue creada en 2003 y persigue tres fines centrales.<sup>7</sup> Primero, contribuir a través del derecho a la solución de los problemas estructurales que tiene Colombia; segundo, contribuir a la renovación de la educación jurídica en el país; y tercero, construir puentes que permitan el diálogo e interacción entre la sociedad y la universidad. Estos objetivos están en directa relación con la educación jurídica tradicional: pretenden contribuir a que se solucionen algunos de los problemas que usualmente ésta genera. Históricamente, las facultades de derecho en Colombia han promovido una educación centrada en la información, enciclopédica, memorística, descontextualizada, acrítica y en donde se privilegia la clase magistral como método de enseñanza. Los programas de derecho, usualmente, han tenido como fin que los estudiantes aprendan de memoria todas las creaciones del legislador. Por tanto, han girado en torno a currículos con un alto número de materias que le dejan poco tiempo al estudiante para comprender los contenidos presentados

por sus profesores y para desarrollar habilidades necesarias para ser abogados competentes, entre otras, la argumentación, la interpretación y la articulación de estrategias jurídicas. De igual manera, las facultades de derecho, han promovido una educación en donde los horizontes políticos, económicos y sociales en donde se crea y aplica la ley son considerados variantes irrelevantes. La ley puede y debe aprenderse en abstracto. La realidad, se cree, contaminaría la pureza del derecho con su contingencia e inexactitud.

Del mismo modo, las facultades de derecho, generalmente han considerado como irrelevantes las preguntas por la legitimidad política y moral de las normas jurídicas. Las preguntas relacionadas con la legitimidad y eficacia del derecho son propias, se cree, de los departamentos de filosofía, ciencia política o economía; no de las facultades de derecho. El estudiante de derecho debe aprender la ley; su evaluación es asunto de otras disciplinas. Finalmente, en esta perspectiva tradicional del derecho, el estudiante es considerado un agente pasivo en el proceso educativo. Mientras que el profesor conoce la materia y la transmite a sus estudiantes a través de exposiciones magistrales, el alumno es comprendido como un receptor de conocimiento que debe dar cuenta de lo aprendido en evaluaciones en donde debe repetir lo expresado por el profesor.

El G-DIP, a través de sus prácticas docentes y de los proyectos que adelanta, busca generar una alternativa a la educación jurídica tradicional. Ofrece un modelo pedagógico en donde el derecho se entiende como un instrumento para alcanzar la justicia social; el desarrollo de habilidades es tan importante como la comprensión de la información jurídica; el proceso educativo se entiende como un proyecto colectivo de creación de saber; los contextos de creación y aplicación del derecho resultan fundamentales para comprender y evaluar las normas jurídicas; y en donde se aplican de manera continua y sistemática los métodos de enseñanza activa estructurada.<sup>8</sup>

Finalmente, hacer uso de la acción pública de inconstitucionalidad para cuestionar la Ley 54 resultaba también un

proyecto atractivo para Colombia Diversa y el G-DIP en tanto que permitiría el asocio de dos esferas que en nuestro país se entrecruzan mucho menos de lo que sería deseable: la academia y los movimientos sociales. Cada entidad, además, aportaría conocimientos y habilidades distintos, pero necesarios para materializar los fines acordados. Colombia Diversa contribuiría con el conocimiento que tiene sobre las necesidades y dinámicas de la comunidad LGBT, así con su experiencia en materia política y de manejo de medios. El G-DIP contribuiría con los conocimientos jurídicos de sus integrantes.

### *La investigación, la redacción y la presentación de la demanda*

El G-DIP está compuesto por un profesor de tiempo completo, quien lo dirige, una asesora jurídica y, en promedio, diez estudiantes por semestre. Para cada periodo académico el G-DIP asume dos nuevos proyectos. El proceso de trabajo a través del cual el Grupo aborda estas tareas está dividido en tres etapas: investigación, ejecución y divulgación. En la primera etapa, los estudiantes, con la guía del director, precisan el problema jurídico que debe abordarse, y articulan y evalúan las estrategias jurídicas disponibles para resolverlo. Para cumplir con estos objetivos, los estudiantes se dividen en grupos de trabajo compuestos por tres o cuatro personas. En esta primera etapa, cada uno de los equipos de trabajo se encarga de investigar un tema que sea necesario para concretar y comprender el problema jurídico y precisar los caminos argumentativos que permitirían darle respuesta. Semanalmente, cada grupo debe presentar un texto que muestre los avances de la investigación. Estos escritos son discutidos por todo el equipo de trabajo en un seminario que dura tres horas y que se reúne una vez a la semana.

Luego de que se acuerda cuál es el problema jurídico y cuál es la mejor estrategia para solucionarlo, en la segunda etapa, los grupos se dedican a precisar y desarrollar cada uno de los argumentos que permitirían materializarla, sea esta una estrategia

de litigio de alto impacto<sup>9</sup> o de desarrollo legislativo.<sup>10</sup> Una vez afinados los argumentos, se produce un texto único que se distribuye entre expertos conocedores del tema para que éstos puedan señalar sus fortalezas y debilidades. Usualmente, este proceso de crítica y reescritura se realiza en dos ocasiones antes de que el producto final pueda presentarse ante los tribunales o el Congreso. Este proceso resulta útil no sólo porque permite afinar los argumentos que se defienden sino porque permite ubicar individuos u organizaciones que comparten los fines del proyecto y que podrían ayudar a su materialización, académicos, organizaciones no gubernamentales y funcionarios públicos, entre otros. Finalmente, en la tercera etapa, se difunde el trabajo hecho, así como los resultados que éste generó. Durante esta etapa, por tanto, el G-DIP organiza foros, participa en seminarios y hace presencia en los medios de comunicación a través de entrevistas, artículos o columnas de opinión.

En el caso de la Ley 54 de 1990, el G-DIP trabajó durante un año en la redacción de la demanda que se presentó ante la Corte Constitucional. En primera instancia, los equipos de trabajo se enfrentaron con dos retos importantes: superar el argumento de la cosa juzgada y precisar los derechos constitucionales violados por la Ley 54. En la medida en que la Corte Constitucional la había declarado constitucional en la sentencia C-098/96,<sup>11</sup> la primera tarea que tuvo el G-DIP fue precisar los argumentos por los cuales la Corte podría ser competente para evaluar nuevamente la constitucionalidad de esta norma y las razones por las cuáles debería darle un giro a su jurisprudencia.

Luego de hacer la investigación pertinente, se concluyó que en este caso no operaba la cosa juzgada formal o material sino que operaba la figura de la cosa juzgada relativa implícita.<sup>12</sup> Es decir, que la Corte podría revisar nuevamente la constitucionalidad de la Ley 54. En primer lugar, lo podría hacer en tanto que en la sentencia C-098/96 el tribunal no había hecho un análisis constitucional integral de la norma cuestionada. La Corte había estudiado la Ley 54 únicamente a la luz de las normas que se habían presentado en la demanda. En segundo lugar, porque la Corte promulgó una sentencia

condicionada. El tribunal explícitamente indicó que la norma podría ser evaluada nuevamente si había un cambio en el ordenamiento jurídico o en la sociedad que implicara una transformación en la manera como debía entenderse la Ley 54, si se comprobaba que la norma efectivamente generaba efectos negativos para la comunidad homosexual, cuestión que para la Corte el primer demandante no había logrado justificar, o si se presentaban cargos distintos a los expuestos en la demanda.

Habiendo precisado que la Corte podría evaluar nuevamente la constitucionalidad de la Ley 54, la segunda tarea que tuvo que asumir el G-DIP tenía varias facetas: precisar si había habido un cambio en el ordenamiento jurídico o en el orden social que permitiera declarar la norma inconstitucional, si la Ley 54 generaba efectos negativos en la comunidad homosexual y si la Ley 54 violaba derechos constitucionales distintos a los expuestos por el primer demandante. En los tres casos la respuesta fue afirmativa. En relación con el primer argumento, se encontró que había habido un cambio tanto en el bloque de constitucionalidad como en la manera como la sociedad colombiana percibía la homosexualidad. Aunque no se encontró que hubiera un nuevo tratado internacional que variara la manera como debía interpretarse la Ley 54, si se precisó que había habido cambios notables en la manera como los órganos autorizados para hacerlo interpretaban tratados internacionales suscritos por Colombia. En particular, se encontró que el Comité de Derechos Humanos, intérprete autorizado del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, había indicado en el caso *Young v. Australia*<sup>13</sup> que las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales tenían iguales derechos.

De igual forma se advirtió que los varios Comités y mecanismos extraconvencionales que monitorean el cumplimiento de los tratados de derechos humanos, como la Comisión de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Representante Especial del Secretario General para la situación de los defensores de los derechos humanos, coincidían en reconocer que la orientación sexual es una categoría protegida, que

las medidas discriminatorias que se justifican en razones relacionadas con la orientación sexual pueden implicar una violación del derecho de igualdad y que éstas pueden convertirse en un obstáculo para la violación de otros derechos.<sup>14</sup> Del mismo modo, se evidenció como estas transformaciones en el derecho internacional habían venido acompañadas de modificaciones en el derecho de varios Estados o regiones del mundo. Particularmente, se hizo explícita la manera como la Corte Constitucional de Sudáfrica, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y la Corte Europea de Derechos Humanos interpretaban los asuntos relacionados con las parejas del mismo sexo.<sup>15</sup> Estos ejemplos de derecho comparado hicieron evidente como en los últimos lustros ha habido una modificación notable de la manera como los tribunales supremos de diversos países interpretan los problemas de igualdad y orientación sexual.

Así, por ejemplo, se encontró que la Corte Europea de Derechos Humanos consideró en *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* que los Estados miembros no pueden discriminar, en principio, entre parejas homosexuales y heterosexuales, aún si el objetivo de la discriminación es la protección de la familia tradicional y que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos invocó el derecho internacional en *Lawrence v. Texas* para proteger el derecho a la privacidad de las homosexuales. De igual forma se hizo explícito como la Corte Constitucional sudafricana afirmó en una línea jurisprudencial que empieza con *NCGLE v. Minister of Home Affairs* y termina con *Minister of Home Affairs v. Fourie* que las normas jurídicas que otorgaban beneficios únicamente a las parejas heterosexuales eran inconstitucionales.<sup>16</sup>

Finalmente, en el proceso de investigación se hizo evidente como en los últimos dos quinquenios ha habido un cambio notable en la manera como la sociedad colombiana percibe la homosexualidad. Este cambio se explicita particularmente en dos áreas. Por un lado, en la manera como los medios de comunicación se refieren o representan a la comunidad LGBT. Hoy en día es común que en la radio, prensa y televisión se haga referencia a lesbianas,



gays, bisexuales y transgeneristas; cada vez aparecen series, artículos o programas en donde los miembros de la comunidad LGBT son representados sin acudir a estereotipos que los vuelven unidimensionales; y el discurso que se utiliza en los medios para describirlos se aleja cada vez más de las categorías pecado, enfermedad y delito, y se acerca a las de respeto y reconocimiento de la diferencia sexual. Por el otro, este cambio social se evidencia en la consolidación de un movimiento político y social que visibiliza a la comunidad LGBT en la esfera pública del país y que promueve la defensa de sus derechos.<sup>17</sup> El número de organizaciones no gubernamentales que promueve la diversidad sexual ha crecido notablemente en los últimos años, las organizaciones pioneras en este campo se han consolidado y la presencia de la comunidad LGBT en los espacios públicos, restaurantes, bares y teatros, por ejemplo, es cada vez más común y menos cuestionado por la mayoría heterosexual.

En relación con el segundo argumento que había que analizar, la investigación adelantada por el G-DIP hizo evidente el impacto negativo que tenía, y todavía hoy tiene, la Ley 54 en la comunidad LGBT. El hecho de que esta norma se aplique únicamente a las parejas heterosexuales implica que las parejas homosexuales no tienen acceso a los derechos patrimoniales y extramatrimoniales que ésta genera directa o indirectamente. En el primer caso, antes de la sentencia C-075, el ordenamiento jurídico no consideraba que las parejas del mismo sexo pudieran crear una sociedad patrimonial. En el segundo caso, no le eran aplicables normas que utilizaran a la Ley 54 como referente para cargar de sentido sus mandatos. Así, no le eran aplicables, y todavía hoy no lo son dado el carácter restrictivo de la sentencia C-075, las normas que exoneran a los heterosexuales de testificar en contra de sus parejas en procesos penales, aquellas que permiten afiliarse a la pareja al sistema de seguridad social o las que permiten que un individuo reciba la pensión de la que era titular su pareja, entre otras.<sup>18</sup>

En relación con el tercer y último argumento, se concluyó que efectivamente la Ley 54 violaba derechos o principios

constitucionales distintos a los invocados por el primer demandante. Mientras que en la primera demanda se argumentó que dicha norma violaba el principio de pluralismo, el principio de igualdad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y la honra de los miembros de las uniones homosexuales, en la nueva demanda se podría argumentar la violación del principio de dignidad humana y el derecho a la libre asociación.<sup>19</sup>

El G-DIP encontró que la Ley 54 violaba las tres dimensiones que tiene el principio de dignidad humana según la jurisprudencia de la Corte Constitucional: vivir como se quiere, vivir bien y vivir sin humillaciones. En primera instancia, la Ley 54 impedía que el individuo homosexual pudiera vivir plenamente su proyecto de buen vivir. Comúnmente, la vida sexual y afectiva se desarrolla a través de la vida en pareja. Sin embargo, ésta no puede ser desarrollada cabalmente cuando el Estado no le reconoce ningún efecto jurídico. La vida en pareja tiene una dimensión privada, sin embargo, también tiene una dimensión pública. Cuando el Estado, en la Ley 54, distinguía entre las parejas homosexuales y las heterosexuales estaba prefiriendo un proyecto de buen vivir, el heterosexual sobre otro el homosexual y, por tanto, estaba violando el principio que lo obliga a tratar con igual consideración y respeto a todos sus ciudadanos y, en consecuencia, el principio de igual dignidad del que son titulares todos ellos.

En segunda instancia, la Ley 54 impedía que los miembros de las parejas del mismo sexo tuvieran acceso a la dimensión material del principio de dignidad humana. En un Estado Social de Derecho es exigible que el Estado no sea simplemente un operador neutral frente a los proyectos de buen vivir de sus ciudadanos. Aunque no pueda privilegiar algunos planes de vida por sobre otros, el Estado debe garantizar las condiciones materiales básicas para que todos ellos puedan tener oportunidad de volverse realidad. Es decir, que en Colombia el Estado debe garantizar el derecho innominado de carácter jurisprudencial al mínimo vital.<sup>20</sup> La Ley 54 violaba este derecho cuando no permitía que los miembros de las parejas del mismo sexo gozaran de los derechos que en materia de seguridad

social, pensiones, régimen sucesoral y separación conyugal les son reconocidos a los compañeros permanentes heterosexuales. Así, cuando una relación de pareja termina o uno de los miembros de la misma fallece la persona homosexual que depende económicamente de la otra queda completamente desprotegida. Ésta no podría, entre otras cosas, reclamar como suyos los bienes que fueron adquiridos conjuntamente pero que están a nombre de la otra persona, recibir la pensión de la que era titular su pareja o reclamar una cuota alimentaria.

En tercera instancia, la Ley 54 violaba la dimensión moral del principio de dignidad humana; aquella que indica que el individuo debe poder vivir su proyecto de buena vida sin verse sometido a humillaciones. La norma en cuestión enviaba un mensaje poderoso y muy negativo a la comunidad política: el Estado prefiere el proyecto de vida heterosexual frente al homosexual. Esta norma le indicaba a la ciudadanía que el Estado utilizaría los recursos escasos a su disposición, jurídicos y políticos, entre otros, para hacer que la homosexualidad no fuera una alternativa de vida viable en el país.

El G-DIP, como se mencionó arriba, encontró también que la Ley 54 iba en contravía del derecho de asociación. Esta norma impedía que un individuo homosexual se uniera con otro para crear una comunidad de vida. Esta limitación era producto de una diferenciación injustificada entre las parejas homosexuales y parejas heterosexuales que terminaba violando la autonomía de la voluntad de las personas homosexuales. Tanto una forma de asociación como la otra son fruto del consentimiento de las partes, persiguen fines lícitos, tienen como objetivo crear una unidad distinta a los miembros que la componen y sus partes pueden entrar y salir de la sociedad sin ninguna restricción. Las parejas homosexuales y las heterosexuales, se hizo evidente en el análisis realizado por el G-DIP, no tienen diferencias que ameriten un trato diferenciado por parte del Estado.

El proceso de investigación generó aproximadamente 30 documentos que fueron el principal insumo para la redacción de la demanda. Una vez se tuvo un primer borrador, empezó un proceso de refinamiento de los argumentos que se inició con varias rondas de

crítica y reescritura dentro del G-DIP, siguió con la evaluación del texto por parte de algunos de los miembros de Colombia Diversa y terminó con la valoración del mismo por parte de un conjunto de aproximadamente 15 profesores de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes y algunos de los miembros de la organización no gubernamental DeJusticia. Sin embargo, cuando se creía que la demanda estaba lista para ser presentada ante la Corte Constitucional, este tribunal promulgó la sentencia inhibitoria de aborto.<sup>21</sup> Tal decisión obligó al G-DIP a hacer algunos ajustes a la demanda de manera que se disminuyeran las probabilidades de que la Corte no se pronunciara de fondo sobre sus pretensiones. En concreto, se variaron dos aspectos de la demanda: la pretensión y las normas demandadas. La primera versión de la demanda le pedía a la Corte que declarara la constitucionalidad condicionada de los artículos 1 y 2 de la Ley 54. La segunda, que declarara la inexequibilidad de estos mismos artículos. De igual forma, en esta segunda demanda se solicitó que se declarara inconstitucional la Ley 979 de 2005 que modificó la Ley 54, aunque no varió los artículos 1 y 2 de la misma. Luego de este largo proceso, finalmente, el 1 de junio de 2006 la demanda se presentó ante la Corte Constitucional.

### *Las estrategias de difusión y la búsqueda de aliados*

De forma paralela a la revisión de la primera demanda y a la presentación de la segunda ante la Corte, Colombia Diversa y el G-DIP articularon una estrategia para comunicarle a la opinión pública los objetivos que ésta perseguía y los efectos que tendría el que la Corte se pronunciara a favor o en contra de las pretensiones de la misma. El proceso de reflexión sobre el trabajo realizado y sobre como podría ser comunicado eficazmente a la sociedad concluyó con una serie de documentos en donde se exponía de manera clara, precisa y sencilla un mensaje que resumía la nuez del proyecto: la Ley 54 generaba una diferenciación injustificada entre los ciudadanos. Esta Ley daba lugar a que en nuestra comunidad política hubiese dos tipos de ciudadanos; unos de primera categoría -los heterosexuales-

y otros de segunda categoría -los homosexuales-. Para enfrentar adecuadamente el reto que implicaba preparar una estrategia de comunicaciones fue fundamental el conocimiento experto que tiene Colombia Diversa sobre las relaciones entre los movimientos sociales y los medios de comunicación y sobre las dinámicas de trabajo que tienen la radio, la prensa y la televisión. De igual forma fue muy importante la asesoría que brindaron los consejeros externos de Colombia Diversa. Estas personas, quienes trabajan en áreas como la publicidad y el periodismo, aportaron ideas que fueron centrales para afinar el mensaje y para comunicarlo adecuadamente a la opinión pública.

De igual forma, durante el periodo comprendido entre la revisión de la primera demanda y la presentación de la segunda, se contactaron algunas organizaciones y personas que podrían estar de acuerdo con los objetivos del proyecto. La idea era invitarlos a que presentaran intervenciones ciudadanas que pudieran apoyar las pretensiones de la demanda. El procedimiento a través del cual se adelanta la acción pública de inconstitucionalidad, regulado por el Decreto 2067 de 1991, permite que cualquier ciudadano aporte documentos que apoyen o cuestionen la demanda durante los 10 días siguientes a su admisión por parte de la Corte Constitucional. Al final del término previsto en el decreto mencionado, se presentaron 18 intervenciones ciudadanas ante el tribunal -algunas de ellas argumentando que la Ley 54 debía ser declarada constitucional. Entre las intervenciones presentadas, cuatro fueron fundamentales para apoyar las pretensiones de la demanda: aquella escrita por la organización no gubernamental DeJusticia, la del Grupo de Estudios Constitucionales de la facultad de Derecho de la Universidad Eafit, la presentada por el decano de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes y ex-magistrado de la Corte Constitucional Eduardo Cifuentes y la coordinada por el profesor de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes Esteban Restrepo -la cual fue redactada por The New York City Bar Association y firmada por un número importante de académicos, universidades y organizaciones para la defensa de los derechos humanos en Estados Unidos y Latinoamérica.<sup>22</sup>

En la intervención de DeJusticia, que se publica en este volumen, se apoyan algunos de los argumentos expuestos en la demanda y se exponen algunas nuevas razones por las cuales la Corte Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de la Ley 54. En esta intervención se argumenta que en el caso en cuestión no sólo no hay cosa juzgada relativa implícita, sino que en tanto que hay una omisión legislativa -el Congreso no ha querido regular la materia- no opera la cosa juzgada constitucional y, por tanto, la Corte es competente para evaluar nuevamente la constitucionalidad de la Ley 54. De igual forma, se argumenta que esta ley viola, además de los derechos mencionados en la demanda, los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. La norma, se argumenta, hace una distinción injustificada entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales y no permite que los homosexuales puedan materializar el proyecto de vida que han escogido. Finalmente, se indica que la Corte debería darle un giro radical a su jurisprudencia y declarar que a las parejas homosexuales se les aplica tanto el régimen que regula a las parejas heterosexuales, como el conjunto de normas que regula la familia en Colombia.

En la intervención de Eafit se apoyaron y ampliaron los argumentos de cosa juzgada relativa implícita y libertad de asociación presentados en la demanda. De igual forma, se hizo referencia a cómo la omisión del legislador afectaba negativamente a la comunidad LGBT. El hecho de que el Congreso no hubiera regulado los asuntos relacionados con las parejas del mismo sexo, a pesar de que se han presentado cinco proyectos de ley sobre la materia y que la Corte exhortó al Congreso a que lo hiciera en la sentencia C-098/96, hace evidente cómo esta corporación ha decidido no regular los asuntos relacionados con las parejas del mismo sexo. Esta omisión, argumentan los profesores de Eafit, es inconstitucional y debe ser neutralizada a través de una decisión de la Corte Constitucional que regule estos asuntos. Esta es la única alternativa disponible, se argumenta en la intervención, para eliminar la discriminación histórica que han sufrido los miembros de la comunidad LGBT.

La intervención del decano y ex-magistrado Cifuentes fue particularmente significativa en tanto que su despacho redactó la ponencia de la sentencia C-098 que declaró constitucional la Ley 54. En esta intervención, sin embargo, Cifuentes se apartó de los argumentos expuestos en la sentencia de 1996. La intervención gira en torno a tres argumentos. Primero, que en la demanda presentada por Colombia Diversa y el G-DIP se justifica convincentemente, cuestión que no había sucedido en la demanda presentada hacia 11 años, que la Ley 54 genera un impacto negativo en la comunidad LGBT. Segundo, que la Corte Constitucional debe tomar en cuenta los cambios que ha habido en los últimos dos lustros en el derecho internacional. Desde el punto de vista de Cifuentes, el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en Colombia exige que los Estados actúen sin dilaciones para eliminar la discriminación en contra de los homosexuales. Tercero, siguiendo la misma línea argumentativa articulada por DeJusticia y los profesores de Eafit, señala que en el caso de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo hay una omisión legislativa injustificada que sólo puede solucionarse a través de una decisión de la Corte Constitucional en donde se regule la materia.

Finalmente, en la intervención coordinada por el profesor Restrepo se expusieron los argumentos presentados en un número importante de resoluciones y consideraciones promulgadas por tribunales internacionales de derechos humanos y órganos jurisdiccionales de otros Estados. En estos pronunciamientos se estudian temas análogos a los discutidos en la demanda contra la Ley 54.<sup>22</sup> Estos tribunales y organismos internacionales coinciden en calificar como discriminatorias y, por tanto, violatorias del derecho de igualdad, todas aquellas normas jurídicas que utilizan la orientación sexual para hacer distinciones entre personas o grupos.

En febrero de 2007, luego de aproximadamente ocho meses de estudio, la Corte Constitucional se pronunció sobre las pretensiones de la demanda. En la sentencia C-075, el tribunal declaró que la Ley 54 de 1990 era constitucional únicamente si se interpretaba como aplicable tanto a las parejas homosexuales como

a las heterosexuales. Sin embargo, consideró que la decisión no podía interpretarse como transformando el contenido de las otras normas del ordenamiento jurídico que tenían como referente a la Ley 54, en particular, su definición de la unión marital de hecho.

### *Las lecciones aprendidas*

La sentencia C-075 de 2007 marcó la culminación de un largo y difícil proceso de dos años. Las razones que permitieron que éste terminara exitosamente son varias y de diversa índole. Desde mi perspectiva, las más importantes son las seis que se exponen a continuación. Tal vez, su análisis pueda darnos algunas luces sobre como adelantar procesos de litigio de alto impacto en el futuro. Evidentemente, estas no son características que todo proyecto análogo debe tener; el contexto y particularidades de cada caso deben marcar diferencias en la manera como cada uno de ellos se desarrolla. Sin embargo, esta experiencia puede ofrecer algunas herramientas que permitan reflexionar sobre retos y dilemas que usualmente hay que enfrentar cuando se inicia o se adelanta un caso de litigio estratégico.

En primera instancia, este fue un proceso institucional y colectivo. El proyecto se asumió desde el comienzo como una empresa que no iba a girar en torno a un individuo o a un grupo reducido de individuos. La demanda iba a ser el producto de dos entidades, el G-DIP y Colombia Diversa. Para los participantes era claro que hacer girar el proyecto en torno a personas, y no a instituciones, no era el camino a seguir por razones de principio y por razones estratégicas. Por un lado, se consideraba que el propósito de conseguir una sociedad mas justa debe ser visto como un propósito común que exige el compromiso sostenido de muchas personas -la mayoría de ellas anónimas. Pensar que es posible alcanzar este fin a partir del trabajo o carisma de un solo sujeto, o grupo de sujetos, implica comprometerse con ideas cercanas al caudillismo que anulan la posibilidad de que los individuos del común tengan agencia. Solo aquel con ciertas características, el líder, puede guiar a



los ciudadanos hacia el fin que se persigue. En un país como Colombia con profundas debilidades institucionales y con una sociedad civil relativamente débil, este tipo de modelos de acción política y social tienden a cerrar el círculo vicioso antes que a romperlo.

Por el otro, hacer girar el proyecto en torno a un individuo o grupo de individuos implicaba que si estos se ausentaban o fallaban el proyecto fracasaría. Del mismo modo, el que este sujeto, o pequeño círculo de sujetos, fuera la cabeza visible de la estrategia lo haría un blanco fácil para aquellos que estuvieran en desacuerdo con el objetivo que se perseguía. Las debilidades del líder o los líderes se trasladarían inmediatamente a la demanda. Esto no significa, claro, que durante el proceso se hayan anulado completamente las jerarquías o que todos los participantes estuvieran involucrados en todas las facetas del proceso. En este tipo de proyectos complejos es necesario que los participantes asuman diversas responsabilidades, que algunos de ellos asuman más responsabilidades que otros y que algunos de ellos concentren cierto poder de decisión sobre asuntos centrales para el proceso.

De igual forma, se asumió que los productos necesarios para alcanzar el objetivo que se perseguía serían construidos colectivamente. Los participantes partían de la base que el saber generalmente se construye a partir del trabajo de múltiples individuos y que ésta es una forma de crear conocimiento, o utilizar el ya existente, que genera dinámicas más democráticas e igualitarias. Los distintos individuos o grupos involucrados pueden aportar a este tipo de procesos de generación o aplicación de conocimiento desde diferentes horizontes. La unión de esas diversas perspectivas, teóricas y prácticas, enriquece y fortalece los resultados producidos.

En segunda instancia, éste fue un proceso que se benefició de la alianza entre la academia y las organizaciones sociales. En Colombia, usualmente, los puentes que se tienden entre la universidad y las organizaciones no gubernamentales son pasajeros o débiles. Los tiempos con los que trabaja la primera son muy distintos a los tiempos con los que cuentan las segundas. Mientras

que la academia tiende a moverse en ciclos relativamente largos de trabajo que permitan generar un producto decantado, el tercer sector se mueve en ciclos mucho más breves que permiten generar productos para atender retos o problemas que tienen que enfrentar diariamente. Del mismo modo, la academia se queja de la falta de rigor con el que algunas organizaciones asumen los proyectos y los movimientos sociales cuestionan la inutilidad de muchos de los productos de los académicos.

Durante los dos años que duró este proyecto, tanto Colombia Diversa como el G-DIP fueron concientes de que cada institución era fuerte en áreas distintas y que las dos eran necesarias para materializar el objetivo común. Esto no implicó que hubiera una separación radical de funciones. Implicó más bien que cada una tuviera mayores responsabilidades en los espacios en los que era más fuerte y que cada entidad estuviera atenta a las perspectivas que sobre estos asuntos tenía la organización aliada. La mirada fresca de las personas sin formación jurídica de Colombia Diversa muchas veces iluminó problemas en la argumentación de la demanda; la interpretación de aquellos abogados que hacen parte de esta organización la enriqueció con argumentos técnicos que, además de la teoría, se han nutrido de la práctica. De igual forma, los conocimientos sobre cuestiones jurídicas y las dinámicas de trabajo de los miembros del G-DIP contribuyeron a mostrar facetas distintas sobre el trabajo político y de difusión de la información que lideraba Colombia Diversa.

Ahora bien, este proceso pudo consolidarse y alcanzar sus objetivos no sólo por el encuentro de una universidad -Los Andes- y una organización no gubernamental -Colombia Diversa. Este proyecto tuvo éxito porque a él contribuyeron varios representantes de la academia y de los movimientos sociales. Así, por ejemplo, el apoyo de organizaciones como DeJusticia, The New York Bar Association, la Universidad Eafit, la Universidad de Yale y la mesa de trabajo LGBT de Colombia fue fundamental para que la demanda fuera sólida, para que sus propósitos fueran conocidos por la opinión pública o para que la decisión de la Corte fuera adecuadamente

difundida.

En tercera instancia, este fue un proceso que se concentró en la dimensión jurídica del problema. Concientes que para algunos sectores en Colombia el proyecto era cuestionable desde el punto de vista moral, Colombia Diversa y el G-DIP no discutieron nunca la plausibilidad ética de la demanda y sus objetivos. El problema que se debatía ante la Corte Constitucional, se argumentó, no era si la homosexualidad era una opción de vida buena, sino si la Ley 54 generaba una distribución indebida de derechos y obligaciones básicos entre los ciudadanos. El primer problema está directamente relacionado con los compromisos morales, religiosos o no, de las personas; el segundo, con la estructura básica de nuestra comunidad política. Esto no quiere decir que no haya conexiones entre la órbita privada y la órbita pública.<sup>24</sup> Sólo quiere decir que ni los problemas que el asunto de las parejas del mismo sexo genera para algunas de las perspectivas morales que existen en una sociedad plural como la colombiana, ni los puentes entre éstas y las nociones de justicia presentes en nuestra comunidad eran objeto de discusión en el proyecto. De esta forma, se evitó polarizar a la ciudadanía y se abrió la posibilidad de que, por lo menos en ciertos círculos, se debatiera intensa pero respetuosamente los problemas en cuestión.

En cuarta instancia, este fue un proceso que para su desarrollo necesitó muy pocos recursos económicos. La acción pública de constitucionalidad no exige, como si lo exige una acción popular, por ejemplo, la inversión de notables sumas de dinero.<sup>25</sup> Los insumos necesarios para que el proyecto saliera adelante, conocimientos jurídicos, experiencia en la interacción con los medios de comunicación y comprensión de las dinámicas y necesidades de la comunidad directamente involucrada en el problema, entre otros, fueron conseguidos a través de la alianza entre la academia y las organizaciones sociales con el que se inició el mismo.

En quinta instancia, para el éxito de esta empresa fue fundamental la presencia coordinada y oportuna de los participantes en los medios de comunicación. La radio, los periódicos y la televisión son fundamentales para que un proyecto de litigio de alto impacto

alcance los objetivos que persigue. Sin que haya una discusión pública del problema y sin que se difundan los resultados obtenidos en los tribunales se disminuyen notablemente las posibilidades de que los fines buscados se alcancen o que los logros conseguidos tengan el impacto deseado. Sin embargo, es importante evitar la sobreexposición de los puntos de vista que se defienden o de las instituciones o personas que lo hacen. Esta excesiva presencia en los medios puede llevar a que la ciudadanía se polarice, se canse del debate o cambie de posición - de estar de acuerdo con los fines del proyecto pase a cuestionarlos. De igual forma, para el adecuado desarrollo de la demanda y la difusión de la decisión de la Corte resultó útil que todos los involucrados presentaran un mensaje claro, sencillo y coherente. Expresar las ideas básicas del proyecto de esta forma permitió una mejor comunicación con la audiencia, tanto con los ciudadanos del común como con los funcionarios públicos, los movimientos sociales y la academia. Finalmente, también fue importante que este mensaje se concentrara en expresar firme pero respetuosamente las propias ideas y no en responder o atacar a los críticos. El objetivo fue siempre defender los argumentos en los que se creía y no entrar en debates agrios con sus opositores.

En sexta y última instancia, para el éxito de esta demanda fue importante que sus participantes tuvieran conciencia de que se comprometían a trabajar en un proyecto largo y lleno de obstáculos que exigía un trabajo sostenido y sistemático por parte de todos los involucrados. Por un lado, para generar una demanda de calidad, que pudiera ser apoyada nacional e internacionalmente, era inevitable invertir una cantidad notable de tiempo y energía. Por el otro, para no desfallecer en el camino, era importante reconocer desde el inicio que los resultados del proyecto no se verían en el corto plazo y que si la decisión era favorable habría que trabajar duramente para su adecuada difusión e implementación.

\* Profesor de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes y director del Grupo de Derecho de Interés Público de la misma facultad.

**1** La sodomía estuvo tipificada en el sistema jurídico colombiano hasta 1980. Efectivamente el Código Penal de 1936 establecía en su artículo 323 dentro del título “De los delitos contra la libertad y el honor sexuales” que: “El que ejecute sobre el cuerpo de una persona mayor de diez y seis años un acto erótico-sexual, diverso del acceso carnal, empleando cualquiera de los medios previstos en los artículos 317 y 320, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de prisión. En la misma sanción incurrirán los que consumen el acceso carnal homosexual cualquiera que sea su edad.” En el acta 75 de la Comisión de 1974 encargada de modificar el Código Penal se suprimió este tipo penal. Entre los argumentos expuestos se dejó constancia que los únicos países americanos que no se habían pronunciado en contra de la tipificación de actos sexuales homosexuales eran Ecuador y Colombia.

**2** En las sentencias T-097 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-101 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz, C-481 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-507 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-618 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, se concede el amparo de los derechos fundamentales de los individuos homosexuales.

**3** En las sentencias C-098 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-999 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz, T-1426 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis, SU-623 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-814 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy

Cabra; se niega dicho amparo por tratarse de parejas homosexuales. En los casos señalados anteriormente la Corte decide proteger los derechos de los homosexuales, siempre que estos sean reclamados desde la esfera individual y nunca cuando los mismos se derivan de la vida en pareja. En este último caso, todas las solicitudes han sido rechazadas.

**4** Daniel Bonilla, Entrevista, "Ser homosexual no hace mala a una persona" Revista Cambio; Alejandra Azuero. "Litigio de alto impacto: estrategia para el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia" [http://www.colombiadiversa.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=287&Itemid=344](http://www.colombiadiversa.org/index.php?option=com_content&task=view&id=287&Itemid=344)

Nota Uniandina "Corte falló a favor de los derechos patrimoniales de parejas homosexuales."

<http://notauniandina.edu.co/html/nota6/070208Derechospatrimonialeshomosexuales.php>; Diario El Universo. "Colombia legitima el vínculo entre los gays"

<http://www.eluniverso.com/2007/02/09/0001/14/70DBA374EAE0492DA8D2D463B9C70EA0.aspx>; Revista Semana. "Corte Constitucional reconoce derechos patrimoniales a parejas 'gay'"

[http://www.semana.com/wf\\_InfoArticulo.aspx?idArt=100889](http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=100889) ; RCN Radio. "Fallo sobre derechos patrimoniales de parejas homosexuales genera controversia" <http://www.rcn.com.co/noticia.php3?nt=17978>; Periódico El Tiempo. "Sentencia de la Corte sobre derechos patrimoniales de parejas homosexuales es explicada por Rodrigo Escobar Gil (La W)"

[http://www.eltiempo.com/multimedia/audio/actualidad/AUDIO-WEB-PLAN-TILLA\\_AUDIOS-3430967.html?id\\_recurso=3430967&id\\_articulo=3430779](http://www.eltiempo.com/multimedia/audio/actualidad/AUDIO-WEB-PLAN-TILLA_AUDIOS-3430967.html?id_recurso=3430967&id_articulo=3430779); Caracol Radio. "¿Cuáles son los alcances del fallo de la Corte, que garantiza los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo?"

<http://caracol.com.co/noticias/388790.asp>; Periódico El Colombiano. "Parejas homosexuales ganan sus derechos patrimoniales"

[http://www.elcolombiano.com.co/BancoConocimiento/P/parejas\\_homosexual\\_es\\_ganan\\_sus\\_derechos\\_patrimoniales/parejas\\_homosexuales\\_ganan\\_sus\\_derechos\\_patrimoniales.asp](http://www.elcolombiano.com.co/BancoConocimiento/P/parejas_homosexual_es_ganan_sus_derechos_patrimoniales/parejas_homosexuales_ganan_sus_derechos_patrimoniales.asp); Periódico El Colombiano. "Iglesia respeta fallo sobre derechos patrimoniales."

[http://www.elcolombiano.com.co/BancoConocimiento/O/olac\\_iglesia\\_respet\\_a\\_fallo\\_corte\\_homosexuales\\_efe\\_lcg\\_08022007/olac\\_iglesia\\_respet\\_a\\_fallo\\_corte\\_homosexuales\\_efe\\_lcg\\_08022007.asp?CodSeccion=53](http://www.elcolombiano.com.co/BancoConocimiento/O/olac_iglesia_respet_a_fallo_corte_homosexuales_efe_lcg_08022007/olac_iglesia_respet_a_fallo_corte_homosexuales_efe_lcg_08022007.asp?CodSeccion=53) ; Boston Globe. "Colombia court backs rights for gay couples."

[http://www.boston.com/news/world/latinamerica/articles/2007/02/09/colombia\\_court\\_backs\\_rights\\_for\\_gay\\_couples/?p1=email\\_to\\_a\\_friend](http://www.boston.com/news/world/latinamerica/articles/2007/02/09/colombia_court_backs_rights_for_gay_couples/?p1=email_to_a_friend); Agencia BBC Mundo. "Colombia: derechos a parejas gay"

[http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin\\_america/newsid\\_6341000/6341083.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_6341000/6341083.stm)

**5** En materia penal el efecto dominó redundaría en la exoneración del deber de denunciar contra el compañero permanente. (Art. 8 Ley 906 de 2004). En materia laboral la decisión favorable de la Corte a las peticiones de la demanda implicaría la revisión de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la posibilidad de los homosexuales de afiliarse a su pareja al sistema de seguridad social, beneficiarse del mecanismo de sustitución pensional o de la pensión de sobrevivientes. Para más ejemplos ver: Demanda, sección 3, No.1

**6** <http://www.colombiadiversa.org>

**7** <http://gdip.uniandes.edu.co>

**8** La enseñanza activa estructurada reúne un conjunto de métodos en los que se procura eliminar la relación vertical entre profesor y alumno así como hacer de este un agente activo del proceso educativo. El método socrático, el PBL (Problem Based Learning) y los juegos de roles son ejemplos de este tipo de metodologías. Ver Gerald F. Hess y Steven Friedland. *Techniques for teaching law*. Carolina Academia Press: Durham, 1999; William Twining. *Balckstone's tower: the English Law School*. Stevens and sons Ltd, London, 1984; Jane Ginzburg. *Legal methods. Cases and materials*. The Foundation Press, Westbury, 1996; Martin Lyon Levine ed. *Legal education*. Dartmouth, England, 2003.

**9** El litigio de alto impacto es una modalidad de litigio estratégico que tiene como objetivo contribuir a la solución de un problema social estructural. No busca defender los derechos o intereses de un individuo o pequeño grupo de individuos.

**10** El desarrollo legislativo tiene como objetivo articular y presentar proyectos de ley sobre temas de interés público. De igual forma, busca contribuir, mediante trabajos de investigación, al enriquecimiento del debate público sobre temas que se discutan en la rama legislativa.

**11** Sentencia C-098 de 1996. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

**12** La cosa juzgada relativa puede producirse de forma explícita o implícita. Explícita cuando “la disposición es declarada exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma puede ser nuevamente reexaminada en el futuro” Corte Constitucional, Sentencia C - 492 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero. De otra parte será implícita de producirse cualquiera de dos supuestos: (i) cuando “el análisis de la Corte esté claramente referido sólo a una norma de la Constitución o a un solo aspecto de constitucionalidad, sin ninguna referencia a otros que pueden ser relevantes para definir si la Carta Política fue respetada o vulnerada”, (ii) cuando la Corte restringe el alcance de la sentencia, no de manera expresa en la parte resolutive sino a través de las consideraciones de la misma. Corte Constitucional, Auto A-031B de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil

- 13** Human Rights Committee. *Young v. Australia*. UN Doc CCPR/C/78/D/941/2000 (12 August 2003)
- 14** Ver sección 5 No. 1, literales A-C de la demanda
- 15** Ver sección 5 No. 1, literal D de la demanda.
- 16** *Ibid.*
- 17** Ver sección 5 No. 1 Lit. B de la demanda
- 18** Ver sección 3 No. 1 Lit. A, B, C de la demanda
- 19** Ver sección 4 No. 1 y 2 de la demanda.
- 20** El derecho al mínimo vital se deriva del principio de dignidad humana; recoge el aspecto patrimonial de este principio. El mínimo vital es un derecho de creación jurisprudencial que reconoce que la persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir y que tanto el Estado como la sociedad en su conjunto deben contribuir a su materialización. .Al respecto ver: Sentencia T-426 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes; Sentencia T-015 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara; Sentencia T063 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández; Sentencia T-437 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández; Sentencia SU-225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes; Sentencia SU-995 de 1999 M.P. Carlos Gaviria; entre otras.
- 21** Sentencia C-1299 de 2005. M.P. Alvaro Táfur
- 22** Esta intervención fue firmada por Human Rights Watch, The Internacional Gay and Lesbian Human Rights Comisión, The Nacional Center for Lesbian Rights, The Allard K. Lowenstein Internacional Human Rights Clinic de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, The Nacional Center for Human Rights Education, la profesora, Catherine M. Frankie, co-directora del Center for the Study of Law and Culture de la facultad de derecho de la Universidad de Columbia, la profesora Nan D. Hunter, directora del Center for Health, Science and Public Policy de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brooklyn y la Red Latinoamericana de Académicas/os del Derecho (Red Alas)
- 23** Dentro de la Jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos la intervención presentada por el profesor Esteban Restrepo cita el caso *Karner v. Austria*. En este caso, el miembro supérstite de una pareja homosexual que había convivido durante cinco años solicitó subrogarse en la posición de inquilino que su pareja fallecida había ostentado en el apartamento que compartían. En este caso el Tribunal europeo se pronuncia a favor del demandante a quien Austria le había sido negada su petición. Para más ejemplo ver sección IV de la intervención.
- 24** El liberalismo pugna por un modelo de sociedad que defiende la separación entre los ámbitos privado y público. En el primero el liberalismo considera que los individuos tienen plena autonomía para escoger sus proyectos de buen vivir. En el segundo, el público, se deben recordar unos principios de justicia que no deben reflejar ninguno de esos proyectos, pues se correría el



riesgo de que el Estado y el derecho, como su principal instrumento de control, protejan o incentiven determinadas visiones morales, rompiendo así con los principios de tolerancia e igualdad tan defendidos por el liberalismo. Los comunitaristas por su parte, defienden la importancia de la comunidad en la elección del buen vivir por lo que cuestionan la división tajante y excluyente entre el ámbito de lo privado y lo público defendida por los liberales más radicales. Ver: Sandel, Michael, 1982, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press; Taylor, Charles, 1989, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Harvard University Press y Taylor, Charles, 1992, *The Ethics of Authenticity*, Harvard University Press; Isabel Cristina Jaramillo y Daniel Bonilla, “El igualitarismo liberal de Dworkin” en: Ronald Dworkin. *La comunidad liberal*. Universidad de los Andes, Bogotá, 1996.

**25** Las pruebas que debe presentar el demandante en las acciones populares hace que esta opción resulte costosa. Estas pruebas incluyen procesos técnicos que tienen como objetivo explicitar la relación del daño con el hecho que se cuestiona, así como la cuantificación y tasación de ese daño.



## LA SENTENCIA C-075/07

Referencia: expediente D-6362

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2, parciales, de la Ley 54 de 1990, modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005.

Actores:

Marcela Sánchez Buitrago  
Luz María Mercado Bernal  
Alejandra Azuero Quijano  
Daniel Bonilla Maldonado

Magistrado ponente:

Rodrigo Escobar Gil

Bogotá, D.C., siete (07) de febrero de dos mil siete (2007).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

## *Sentencia*

### *I. Antecedentes*

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Marcela Sánchez Buitrago, Luz María Mercado Bernal, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado demandaron parcialmente los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”, modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005.

El magistrado sustanciador, mediante auto del dieciocho de julio de 2006, admitió la demanda, dispuso su fijación en lista, y simultáneamente, corrió traslado al Procurador General de la Nación para lo de su competencia. En la misma providencia, ordenó comunicarla al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio del Interior y de Justicia, al Defensor del Pueblo, al Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), al Director de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Director de la Comisión Colombiana de Juristas, y a los decanos de las facultades de derecho de las universidades del Rosario, Libre, Nacional y del Norte, para que intervinieran dentro del proceso si lo consideraban conveniente.

Una vez cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

### *II. Norma demandada*

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones demandadas y se subrayan los apartes acusados:

Ley número 54 de 1990  
(diciembre 28)

“Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”

El Congreso de Colombia,  
DECRETA:

Artículo 1o. 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.

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.

Artículo 2o. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un *hombre y una mujer* sin impedimento legal para contraer matrimonio;

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios:

1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo.

2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo.”

### *III. La demanda*

#### *1. Normas constitucionales que se consideran infringidas*

Los accionantes consideran que las disposiciones acusadas vulneran el preámbulo y los artículos 1º y 38 de la Constitución Política.

[...]

### *IV. Consideraciones de la Corte*

#### *1. Competencia*

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 4º, de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad contra las leyes de la República.

#### *2. Cuestión previa: decisión sobre solicitud de nulidad*

[...]

#### *3. El problema jurídico*

Teniendo en cuenta la acusación formulada en la demanda y el criterio expuesto por los distintos intervinientes, en esta oportunidad 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 respeto de la dignidad humana, al mínimo vital y a la libre asociación de los integrantes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Como presupuesto para el análisis de los cargos, la Corte procederá a hacer de manera breve unas consideraciones generales

en torno al régimen legal de protección de los compañeros o compañeras permanentes y sobre la situación actual de la comunidad homosexual a la luz del ordenamiento constitucional.

#### 4. El régimen patrimonial entre compañeros permanentes

La Ley 54 de 1990, que en su conjunto, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, es el objeto del presente pronunciamiento de la Corte, se ocupa de definir las uniones maritales de hecho y establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

4.1. En el artículo primero de la ley se define la unión marital de hecho como “... *la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular*” y se señala que para todos los efectos civiles, se denomina compañero y compañera permanente, al hombre y a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.

En el artículo segundo de la ley se establece una presunción sobre la existencia de “*sociedad patrimonial entre compañeros permanentes*” y se señalan los supuestos en los que hay lugar a declararla judicialmente, esto es, “a) *Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;*” y “b) *Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.*”

Se dispone así mismo en el artículo segundo que los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial, bien sea por mutuo consentimiento expresado mediante escritura pública ante Notario, acreditando la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del mismo

artículo, o por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de la misma norma.

En el artículo tercero de la ley se determinan los activos que ingresan a la sociedad patrimonial y los que no se incorporan a su haber. Los primeros están constituidos por el patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuo y los originados en los réditos o mayor valor de los bienes propios, los cuales *“pertenecen por partes iguales a ambos compañeros permanentes”* Los segundos, que no alimentan el acervo social, son los adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, y los que hubieren sido adquiridos con anterioridad a la unión marital de hecho.

El artículo cuarto dispone que la existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos: 1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes; 2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido y 3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia.

El artículo quinto contempla como supuestos para la disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes el mutuo consentimiento, elevado a escritura pública, o consignado en acta suscrita ante un centro de conciliación legalmente reconocido; la muerte de uno o ambos compañeros, o, finalmente, su declaratoria mediante sentencia judicial.

En el artículo sexto de la ley se dispone que cualquiera de los compañeros permanentes o sus herederos podrán pedir la declaración, disolución y liquidación de la Sociedad Patrimonial y la adjudicación de los bienes, y se puntualiza que cuando la causa de la disolución y liquidación de la Sociedad Patrimonial sea la muerte de uno o ambos compañeros permanentes, la liquidación podrá hacerse dentro del respectivo proceso de sucesión, siempre y



cuando previamente se haya logrado su declaración conforme a lo dispuesto en la misma ley.

Finalmente, el artículo séptimo indica los procedimientos que deben seguirse para la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y las normas que en éste se aplican y en el artículo octavo se define el término de prescripción de la acción enderezada a obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

4.2. Sobre el contenido de la Ley 54 de 1990, previamente a su modificación por la Ley 979 de 2005, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-098 de 1996, expresó:

El texto de la ley responde al fin que explícitamente se trazó el Congreso al 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 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 (Exposición de motivos. Anales del Congreso N° 79 de agosto 15 de 1988).

La Ley 54 de 1990 se inscribe en una línea de sucesivas reformas legales que progresivamente han introducido el principio de igualdad, equidad y mutuo respeto en el ámbito de las relaciones familiares. Este proceso se inició con la expedición de la Ley 28 de 1932 sobre derechos de la mujer casada, prosiguió con la Ley 75 de 1968 relativa a la paternidad responsable, y continuó con la Ley 29 de 1982 que equiparó los derechos sucesorales de los hijos extramatrimoniales y los matrimoniales.

En este punto, la Ley 54 de 1990, sin equiparar a los miembros de las uniones libres y a los cónyuges vinculados por 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 en la creación de un patrimonio común, las dificultades probatorias y la complejidad de los procedimientos 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.

4.3. 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 de 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.

Destaca la Corte que en esa nueva aproximación al régimen de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, tal como se acaba de expresar, no desaparecen los fundamentos primigenios de la ley, y que, infortunadamente, la realidad de desprotección de la mujer y de la familia a la que ellos aluden continúa presente de manera significativa en nuestra sociedad. Esos supuestos constituyen, incluso, un elemento en gran medida determinante de la viabilidad constitucional del régimen tal como está concebido en el texto legal, puesto que no puede pasarse por alto que la imposición de una presunción sobre la existencia de una sociedad patrimonial, susceptible de ser judicialmente declarada en un proceso

contencioso, comporta una restricción de la autonomía privada, que el legislador fundamentó y justificó en las normas constitucionales que contemplan una protección integral para la familia y prevén una especial protección para la mujer.

Por otro lado, sin embargo, tampoco puede dejar de observarse la insuficiencia de la regulación en relación con el objeto que le es propio, puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen y constituyen opciones 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 predicán de la pareja heterosexual.

En efecto, tal como se plantea en la demanda y en varias de las intervenciones, los homosexuales que cohabitan 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.

##### *5. La situación de la comunidad homosexual frente al ordenamiento jurídico*

La jurisprudencia constitucional en Colombia, tanto en decisiones de tutela como de constitucionalidad, ha señalado que los homosexuales han sido un grupo tradicionalmente discriminado, pero que 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.<sup>1</sup>

En ese contexto se ha señalado que “[d]entro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna,

*aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan 'coexistir las más diversas formas de vida humana'".<sup>2</sup>*

No obstante lo anterior y pese a los múltiples pronunciamientos en los que la Corte ha actuado para prevenir o reparar eventos de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas, en la demanda y en varias de las intervenciones se expresa, con razón, que 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.

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 solo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida.

A este respecto puede observarse que la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual se desprende de normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que de manera genérica proscriben toda forma de discriminación.<sup>3</sup> Más allá de esa dimensión normativa, sin embargo, como se expone en la demanda y se ha manifestado en distintas oportunidades por la jurisprudencia constitucional, pronunciamientos de distintas instancias internacionales y Tribunales de diferentes Estados han avanzado en la definición del ámbito de protección de la persona y de la pareja homosexual, y en la identificación de factores que pueden considerarse discriminatorios en función de la orientación sexual de las personas.

Tal como se expresa por uno de los intervinientes en este proceso *"[d]urante los últimos diez años, el reconocimiento de la orientación sexual como un razón inadmisibles de discriminación se ha convertido en norma habitual", y "Tribunales y organismos de*

*derechos humanos de todo el mundo, incluida la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, han sostenido que las disposiciones en materia de igualdad de protección que prohíben la discriminación basada en el sexo prohíben intrínsecamente la discriminación basada en la orientación sexual.”<sup>4</sup>*

Específicamente se han producido distintos pronunciamientos orientados a identificar los casos en los que la diferencia de tratamiento entre parejas heterosexuales y homosexuales puede considerarse una forma de discriminación en razón de la orientación sexual. A ese efecto resulte pertinente acudir a dos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano responsable de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los que, por una parte, se señaló que, en relación con artículo 26 del Pacto (PIDCP), la prohibición de discriminar en razón del sexo de las personas comprende la categoría 'orientación sexual', la cual constituye, entonces, un criterio sospechoso de diferenciación,<sup>5</sup> y por otra, se expresó que si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Comité, no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, si no se presenta ningún argumento que sirva para demostrar que una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir determinadas prestaciones a las que si pueden acceder los compañeros heterosexuales, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción, la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto.<sup>6</sup>

En Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual;<sup>7</sup> (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras;<sup>8</sup> (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para

atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento<sup>9</sup> y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente.<sup>10</sup>

En ese contexto jurídico la realidad homosexual se ha hecho más visible, en un marco más receptivo de la diversidad en el campo de las preferencias sexuales y que implica, por consiguiente, la apertura efectiva de nuevas opciones que, con anterioridad, un ambiente hostil mantenía vedadas.

Esas opciones diferentes y sus concretas manifestaciones en la vida social exigen un reconocimiento jurídico, que en el ámbito en el que la presente demanda de inconstitucionalidad ha sido considerada apta, remite a la consideración del régimen de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y de la circunstancia de que el mismo se haya previsto exclusivamente en función de las parejas heterosexuales.

Pasa entonces la Corte, con todos estos presupuestos, a analizar los problemas de constitucionalidad que se han planteado.

## 6. Análisis de los cargos

6.1. En el presente proceso se ha puntualizado que el problema de constitucionalidad que debe resolverse se condensa en la consideración de la ausencia de reconocimiento jurídico de la realidad constituida por las parejas homosexuales en el ámbito de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. Aunque la pretensión de la demanda de inconstitucionalidad es la de que por virtud de la declaratoria de inexecutable de las expresiones, “hombre” y “mujer” contenidas en la definición de unión marital de hecho, los beneficios y las medidas de protección que de tal definición se desprenden para las parejas heterosexuales, se apliquen por igual a las parejas homosexuales, y, concretamente, en el aspecto en el que esta demanda fue considerada apta, que se les

aplique el mismo régimen de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, de los argumentos que sustentan la demanda se desprende una pretensión más amplia, que alude a la necesidad de reconocimiento jurídico de la pareja homosexual, que, en este caso, se manifiesta en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre sus integrantes.

Así, si bien en la demanda no se realiza un análisis pormenorizado orientado a mostrar que, más allá de las diferencias que existen entre los dos tipos de pareja, el contenido regulatorio de la ley demandada resulta igualmente adecuado para responder a los requerimientos de protección que presenta la pareja homosexual, si se alude en ella a un vacío de regulación, porque, como se ha puesto en evidencia a lo largo de esta providencia, no obstante que en razón de las diferencias que puedan predicarse, no resulta imperativo que el mismo régimen se aplique a ambos tipos de pareja, 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.

6.2. En este enfoque del problema surge la necesidad de establecer la existencia de un deber constitucional de protección, en cuya virtud la ausencia de previsión legislativa deba tenerse como contraria al ordenamiento superior.

6.2.1. En la Sentencia C-507 de 2004<sup>11</sup> la Corte puso de presente que “[l]os derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos”, y puntualizó después que el artículo 13 de la

Constitución, que “... reconoce la igualdad ante la ley a todas las personas, consagra ante las autoridades los derechos a la igualdad de protección y a la igualdad de trato, y reconoce a toda persona el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación con base en criterios de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”

En esa sentencia la Corte señaló que “[l]a cuestión de determinar el tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido. Por eso, al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales. No obstante, sí le compete determinar (i) si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, (ii) si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o (iii) si la menor protección relativa de un grupo obedecen a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido.”<sup>12</sup>

6.2.2. En la situación que ahora es objeto de consideración por la Corte se tiene que la ley, al regular la denominada “*unión marital de hecho*”, establece un régimen de protección patrimonial para los integrantes de las parejas heterosexuales, pero no hace lo propio con las parejas homosexuales. En principio cabe señalar que la manera como se pueda brindar protección patrimonial a quienes han decidido conformar una pareja como proyecto de vida permanente y singular, entra en el ámbito de configuración legislativa, porque no hay una fórmula única que resulte obligada conforme a la Constitución para ese efecto y la protección requerida puede obtenerse por distintos caminos. Sin embargo, resalta la Corte que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. En ese escenario, 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.

6.2.3. En relación con la dignidad de la persona y con el libre desarrollo de la personalidad, destaca la Corte la relevancia que el reconocimiento jurídico de las relaciones económicas que por la 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 dignidad.

6.2.3.1. Esta Corporación ha expresado que la dignidad humana es un valor superior y un principio fundante del Estado Social de Derecho, conforme al cual todas las personas deben recibir un trato acorde con su naturaleza humana.<sup>13</sup> Ha señalado la Corte que “... dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo.”<sup>14</sup>

Para la Corte, “[p]or dignidad se entiende la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, cuya valoración y reconocimiento no puede estimarse como la causa o el efecto de alguien o de algo (es decir, como objeto), sino como un fin superior que subyace en sí mismo.”<sup>15</sup>

En la jurisprudencia constitucional<sup>16</sup> la dignidad humana se ha tratado como expresión de la autonomía individual,<sup>17</sup> como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia,<sup>18</sup> o como expresión de la intangibilidad de la integridad física y moral.<sup>19</sup> En ese contexto, la previsión constitucional conforme a la cual el Estado se encuentra fundado en el respeto a la dignidad humana (C.P. art. 1.), impone a las autoridades públicas el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, y entre los cuales se cuentan, la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de

tratos degradantes, la intimidación personal y familiar, y ciertas condiciones materiales de existencia. (C.P. art. 2.)

En el asunto que ahora es objeto de consideración por la Corte, tienen particular relevancia las manifestaciones de la dignidad en el ámbito de la autonomía personal. Sobre el particular la Corte ha señalado que a la noción jurídica de dignidad humana se integra “...la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle.”<sup>20</sup> De este modo, ha señalado la Corporación, “... la dignidad humana se refleja de manera más inmediata en aquellos derechos que se fundan en las decisiones racionales y autónomas del sujeto...”,<sup>21</sup> y que encuentran expresión en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La Corte ha mostrado cómo, a partir del enunciado normativo contenido en el artículo 16, es posible delimitar “... el objeto de protección de la dignidad entendida como posibilidad de autodeterminarse<sup>22</sup> según el propio destino<sup>23</sup> o la idea particular de perfección,<sup>24</sup> con el fin de darle sentido a la propia existencia”<sup>25</sup>

De acuerdo con la Constitución, la autonomía de las personas encuentra un límite en los derechos de los demás y en el orden jurídico. Por ello esta Corte ha entendido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros o el orden jurídico.<sup>26</sup> Para la Corte, este derecho se vulnera “cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano”,<sup>27</sup> y, por consiguiente, “...las restricciones de las autoridades al artículo 16, para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho.”<sup>28</sup> En la Sentencia C-542 de 1993

la Corte reiteró la idea conforme a la cual no pueden superponerse los intereses generales a aquellos derechos que son inherentes a la dignidad de la persona humana, como la libertad y la vida.<sup>29</sup> En la misma línea, en la Sentencia C-821 de 2005, la Corte, al pronunciarse sobre una de las causales de divorcio previstas en la Ley 25 de 1992, modificatoria del numeral 1° del artículo 154 del Código Civil, señaló que, en determinadas hipótesis, obligar a uno de los cónyuges a mantener el vínculo en contra de su interés y voluntad implicaría un desconocimiento de sus derechos a la dignidad, la igualdad, la intimidad, y el libre desarrollo de la personalidad.<sup>30</sup> Dicha idea ya había sido expuesta por la Corte en la Sentencia C-660 de 2000, cuando expresó que *“... en pro de garantizar la armonía y estabilidad familiar, no se puede obligar a los cónyuges a mantener el vínculo matrimonial cuando comportamientos como la infidelidad, generan un conflicto familiar irreconciliable. En dicho fallo, la Corte señaló que la posibilidad de que los cónyuges promuevan la disolución del matrimonio también tiene fundamento en los principios de dignidad humana e inalienabilidad de los derechos de la persona...”*.<sup>31</sup>

Da manera general, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la dignidad humana, como principio fundacional del Estado, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución y tiene, por consiguiente, valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia.<sup>32</sup>

De este modo, si bien la Constitución impone como límite al libre desarrollo de la personalidad los derechos de los demás y el orden jurídico, tal límite no puede llevarse al extremo de instrumentalizar a la persona para el logro del interés general en condiciones que afecten su dignidad.

Finalmente cabe señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia, el principio de dignidad humana, comporta un mandato constitucional que determina no sólo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna.<sup>33</sup>

6.2.3.2. En el ámbito del problema que ahora debe resolver 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 lesiona 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, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar. No hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros permanentes, sea indiferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas homosexuales.

De este modo se tiene que se puede identificar en este caso un mínimo de protección que resulta constitucionalmente obligado porque la ausencia de un régimen jurídico que, en el ámbito patrimonial, se aplique de manera específica a las parejas homosexuales, implica que sus integrantes deban regirse por el régimen ordinario civil, lo cual limita su autonomía para autorregular las consecuencias patrimoniales de su decisión de vivir como pareja y deja en un limbo jurídico la dimensión patrimonial de esa decisión, con consecuencias potencialmente lesivas en el evento en que termine la cohabitación. Esto es, el déficit de protección al que se hace alusión se deriva de la existencia de una regulación imperativa para la disposición del patrimonio de los integrantes de la pareja, que no consulta su propia realidad; de la imposibilidad de acceder voluntariamente a un sistema de regulación sino es a través de procedimientos no específicos y altamente engorrosos, y de las consecuencias potencialmente lesivas que las anteriores circunstancias pueden tener para los integrantes de la pareja. Dicho de otra manera, la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones

maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación.

Esa ausencia de previsión legislativa también se manifiesta en la segunda dimensión en la que, de acuerdo con la jurisprudencia<sup>34</sup>, se expresa la dignidad de la persona, 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. La afectación de la dignidad, finalmente, también se desprende de una manera directa, de la ausencia de reconocimiento jurídico de las opciones vitales de las personas. Ello se produce en este caso porque la realidad de las parejas homosexuales y de las personas que las integran no es reconocida y resulta invisible para el ordenamiento jurídico, puesto que, no obstante que dichas personas han obrado en ejercicio de una opción protegida por la Constitución, son ignoradas por el ordenamiento jurídico cuando se trata de resolver los conflictos patrimoniales que pueden surgir de tal decisión.

6.2.4. Las mismas consideraciones que permiten establecer que en relación con la situación patrimonial de las parejas homosexuales existe un déficit de protección a la luz del ordenamiento constitucional, llevan a la conclusión de que el régimen la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las pareja homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede

advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado.

No puede perderse de vista que el objeto de la ley es atender a la disposición del patrimonio conformado durante el tiempo de cohabitación en los eventos en los que la misma termine por cualquier causa. En ese contexto, el régimen legal tiene dos manifestaciones centrales: Por un lado, se establece la presunción sobre la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, y por otro, aunque concebida desde una perspectiva probatoria, se contempla la posibilidad que tienen los integrantes de la pareja, a partir de la convivencia mantenida por un período de al menos dos años, de acceder voluntariamente a ese régimen mediante declaración ante notario o en el escenario de una conciliación. Independientemente de la motivación original de la ley, es claro que hoy la misma tiene una clara dimensión protectora de la pareja, tanto en el ámbito de la autonomía de sus integrantes, como en el de las hipótesis de desamparo que en materia patrimonial puedan surgir cuando termine la cohabitación. 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.

6.3. A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales.

Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de

hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado.

#### *V. Decisión*

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### Resuelve

Declarar la EXEQUIBILIDAD de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

Jaime Córdoba Triviño  
Presidente

Jaime Araujo Rentería  
Magistrado  
(con salvamento de voto)

Nilson Pinilla Pinilla  
Magistrado  
(con aclaración de voto)

Manuel José Cepeda Espinosa  
Magistrado

Humberto Antonio Sierra Porto  
Magistrado

Rodrigo Escobar Gil  
Magistrado  
(con aclaración de voto)

Álvaro Tafur Galvis  
Magistrado

Marco Gerardo Monroy Cabra  
Magistrado  
(con aclaración de voto)

Clara Inés Vargas Hernández  
Magistrada

Marta Victoria Sáchica de Moncaleano  
Secretaria general



- 1** Cfr. Sentencia C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- 2** Sentencia T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- 3** La Convención Americana sobre Derechos Humanos 'Pacto de San José de Costa Rica' establece que 'todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley' (art. 24). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que 'todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.' (art. 26)
- 4** Amicus Curiae preparado por The New York City Bar Association, Human Rights Watch, The International Gay & Lesbian Human Rights Commission, The National Center for Lesbian Rights, The Allard K Lowenstein International Human Rights Clinic at Yale Law School, The National Center for Human Rights Education, profesora Katherine Franke, profesora Nan D. Hunter y la Red Latinoamericana de Académicas/os del Derecho
- 5** Caso Toonen c. Australia. Comunicación No 488/1992, Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37.
- 6** Caso Young c. Australia Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/941/2000.

**7** En la Sentencia T-097 de 1994 la Corte señaló que “[e]ntre las innovaciones de la Constitución política de 1991, tienen especial relevancia aquellas referidas a la protección del fuero interno de la persona. Es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y del derecho a la intimidad y al buen nombre (art. 15). El Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales y, en consecuencia, enfatizó el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social. Se culmina así un largo proceso de aceptación y tolerancia normativa que se inicia con la despenalización de la conducta descrita en el Código Penal de 1936. Es de anotar que, si bien en este tema el derecho ha jugado un papel esencial en la transformación de las creencias sociales, éstas aún se encuentran rezagadas en relación con los ideales normativos. Los valores de la tolerancia y del pluralismo, plenamente asumidos por el ordenamiento jurídico, deben todavía superar enormes obstáculos para encontrar arraigo pleno en la vida cotidiana.” Esta posición ha sido reiterada en numerosas sentencias, entre las que pueden citarse la C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, y la T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

**8** En la Sentencia C-098 de 1996 la Corte expresó: “Se han señalado en esta sentencia algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales, los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos además de la obvia diferencia de su composición. Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y, en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales. (...) De otra parte, sin postular que la protección legal deba cesar por ausencia de hijos, la hipótesis más general y corriente es que la unión heterosexual genere la familia unida por vínculos naturales. En este sentido, es apenas razonable suponer que la protección patrimonial de la unión marital heterosexual, por lo menos mediatamente toma en consideración esta posibilidad latente en su conformación, la que no cabe predicar de la pareja homosexual. En suma, son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el Constituyente, los que han incidido en la decisión legislativa, y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja, máxime si se piensa que aquélla puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, de dos o de varios miembros, unidos o no por lazos sexuales o afectivos y no por ello el Legislador ha de estar obligado a reconocer siempre la

existencia de un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990.” En el mismo sentido, en la Sentencia SU-623 de 2001, la Corte puntualizó que “... a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros.”

**9** En la Sentencia C-098 de 1996, la Corte señaló que “[s]ería deseable que el Legislador, en un único acto, eliminara todas las injusticias, discriminaciones y males existentes, pero dado que en la realidad ello no es posible, esta Corte no puede declarar la inexistencia de una ley que resuelve atacar una sola injusticia a la vez, salvo que al hacerlo consagre un privilegio ilegítimo u odioso o la medida injustamente afecte a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos. En la Sentencia T-349 de 2006 la Corte concluyó que el legislador dentro de su ámbito de configuración, puede, en desarrollo del mandato de ampliación progresiva de la seguridad social, contemplar medidas especiales de protección en seguridad social para las parejas homosexuales, que consulten sus particulares circunstancias y necesidades, pero que en relación con la prestación que entonces era objeto de consideración -la pensión de sobrevivientes- no había un imperativo constitucional, conforme al cual, a partir del principio de igualdad, dicha prestación debiese hacerse extensiva a las parejas homosexuales.

**10** En la Sentencia C-1043 de 2006 la Corte expresó que “[l]a existencia de esas diferencias [entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales] hace imprescindible que, para configurar un cargo por omisión legislativa el actor especifique las razones por las cuales, en su criterio, el contenido normativo acusado excluye de sus consecuencias jurídicas situaciones que, por ser asimilables, tenían que estar contenidas en el texto normativo cuestionado, que tal exclusión carece de un principio de razón suficiente, y que, por consiguiente, se produce una lesión del principio de igualdad.” Agregó la Corte que en el caso que entonces fue objeto de consideración esa carga argumentativa no se satisfacía debido a que el actor se limitó “... a señalar que, en su criterio, las parejas homosexuales y heterosexuales deben recibir el mismo trato en materia de pensión de sobrevivientes, y que no hacerlo así resulta discriminatorio”, pero no presentó las razones que mostrarán que en esa materia resultaba imperativa una identidad de trato.

**11** M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

**12** Al respecto, ver: Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991 [Capítulo noveno; sección segunda (II)]

**13** Cfr. Sentencia T-386 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil. En el sentido aquí expresado, la Corte, en Sentencia C-239 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, manifestó: “La dignidad humana .. es en verdad principio fundante del Estado, ... que más que derecho en sí mismo, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución”. En la Sentencia T-792 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en relación con la dignidad de la persona se expresó: “Así pues, es un deber que comporta por parte del Estado y de sus autoridades, la adopción de medidas y políticas que se encaminen a garantizar un trato acorde a la condición de seres humanos, a todos y cada uno de los miembros de la sociedad.”

**14** Sentencia C-684 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

**15** Sentencia C-111 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil

**16** En la Sentencia T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte hizo una amplia exposición de la jurisprudencia constitucional sobre la dignidad de la persona.

**17** Ver sentencias T-532 de 1992, C-542 de 1993, C-221 de 1994, T-477 de 1995, T-472 de 1996, C-239 de 1997 o T-461 de 1998.

**18** Sentencias T-596 de 1992, T-124 de 1993, C-239 de 1997, T-296 de 1998, o T-556 de 1998.

**19** Ver sentencias T-461 de 1992, T-123 de 1994, o T-562 de 1999.

**20** Sentencia T-881 de 2002

**21** Sentencia T-472 de 1996

**22** Cfr., sentencias T-532 de 1992, C-542 de 1993 y T-477 de 1995.

**23** Cfr., sentencias C-221 de 1994 y T-090 de 1996.

**24** Cfr., sentencia T-124 de 1993.

**25** Cfr., sentencias T-472 de 1996 y C-239 de 1997.

**26** Sentencia C-481 de 1998

**27** Sentencia T-429 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell

**28** Sentencia C-309 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero

**29** En esa Sentencia, la Corte expresó que: “Se invoca, para prohibir el pago del rescate, el argumento de la primacía del interés general. Pero es menester tener presente que, por su dignidad, el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar fines generales, a menos que él voluntaria y libremente lo admita. Por tanto, el principio de la primacía del interés general, aceptable en relación con derechos inferiores, como el de la propiedad, no es válido frente a la razón que autoriza al ser humano para salvar su vida y su libertad, inherentes a su dignidad.”

**30** En esa sentencia, la Corte señaló que “En el caso de las relaciones sexuales extramatrimoniales, no incluirla como causal de divorcio sobre la base de favorecer la libertad sexual, no solo implicaría un desconocimiento del

compromiso solemne adquirido por la pareja, sino también un desconocimiento de los derechos del cónyuge afectado a la dignidad, igualdad, intimidad, libre desarrollo de la personalidad e inalienabilidad de los demás derechos como persona, pues, en caso de reprochar tal comportamiento, se vería obligado a mantener el vínculo en contra de su interés y voluntad.”

**31** Cita de la Sentencia C-821 de 2005. En la Sentencia C-660 de 2000, la Corte expresó: “Para la Corte la dignidad humana, el principio del libre desarrollo de la personalidad y la inalienabilidad de los derechos de la persona de los cónyuges, constituyen criterios de interpretación suficientes para afirmar que no se les puede obligar a mantener el vínculo matrimonial en contra de su voluntad e interés, por las mismas razones por las cuales resulta imposible coaccionarlos para que lo contraigan, aunadas con el imperativo constitucional de propender por la armonía familiar, necesariamente resquebrajada cuando un conflicto en la pareja conduce a uno de sus integrantes, o a ambos, a invocar su disolución.”

**32** Cfr. Sentencia T-792 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

**33** Cfr. Sentencia T-881 de 2002

**34** Como se ha dicho, en la jurisprudencia constitucional la dignidad humana se ha tratado (1) como expresión de la autonomía individual, (2) como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o (3) como expresión de la intangibilidad de ciertos bienes.



## SALVAMENTO DE VOTO EN LA SENTENCIA C-075 DE 2007 POR PARTE DEL MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Referencia: expediente: D-6362

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 *“por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”*, la cual fue modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005.

Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil

Con el respeto que siempre he manifestado frente a las decisiones mayoritarias de esta Corporación, me permito consignar a continuación las razones de mi disenso frente a la presente sentencia.

Para ello (1) dejaré constancia de mis propuestas de realización de audiencia pública y de debate público dentro de este proceso; (2) señalaré las razones por las cuales creo que es erróneo el que la presente sentencia se reduzca a los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho y la consiguiente interpretación reducida de la expresión “efectos civiles” contenida en la Ley 54 de 1990; (3)

analizaré el concepto de familia; (4) anotaré por qué considero que la discriminación a las parejas no heterosexuales constituye una violación al principio de la dignidad humana, y por consiguiente del derecho a la igualdad y a la libertad, y formularé mi tesis del reconocimiento pleno y total de derechos; (5) analizaré los límites de la competencia legislativa; (6) haré referencia a la jurisprudencia internacional respecto del tema de los derechos de los homosexuales; (7) expondré la jurisprudencia de esta Corte y las posiciones de sus magistrados frente a este tema; (8) dejaré constancia respecto de mis propuestas concretas para sustituir el presente fallo; y (9) presentaré una síntesis conclusiva de mis argumentos.

### *1. Propuesta de audiencia pública y propuesta de debate y votación públicos*

En primer lugar, me permito dejar constancia en el presente Salvamento de Voto de que en su momento presenté ante la Sala Plena de esta Corporación solicitud de convocatoria de audiencia pública dentro de este proceso. Sin embargo, la propuesta de convocar audiencia pública fue votada con siete (7) votos en contra por parte de los magistrados Cepeda, Córdoba, Escobar, Monroy, Pinilla, Tafur y Vargas y sólo obtuvo dos (2) votos a favor, el del suscrito magistrado y el del magistrado Sierra.

De otra parte, varios ciudadanos presentaron también solicitud de realización de audiencia pública dentro de este proceso, solicitud que fue denegada bajo el argumento de que, de un lado, esta solicitud presentada el 25 de enero del 2007- se interpuso cuando se estaba ad portas de la decisión para fallo, por lo cual se adujo que dicha solicitud resultaba extemporánea. De otro lado, consideró esta Corte, bajo un criterio a mi juicio excluyente, que los puntos a analizar eran eminentemente jurídicos y de confrontación de las normas acusadas con la Constitución, para lo cual no se requería de la realización de audiencia pública.

Frente a la denegación de la audiencia pública solicitada por los ciudadanos, considero, en primer lugar, que dicha solicitud no era



extemporánea y en segundo lugar, que se ha debido darle participación a los ciudadanos con el fin de que expusieran sus razones dentro de este proceso. No obstante, a mi juicio, de acuerdo con el reglamento de esta Corporación, la atribución para solicitar la convocatoria de audiencia pública es de cualquier magistrado, no de los ciudadanos, sin que el registro del proyecto de sentencia impida por ello su realización, razón por la cual considero que mi solicitud de audiencia pública ha debido prosperar.

Adicionalmente, me permito también dejar constancia en el presente escrito, de que en su momento presenté también una solicitud para realizar un debate y votación públicos en este proceso, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1º, 2º, 3º, 20, 228 y 229 de la Constitución Nacional. En mi concepto, el reglamento de esta Corporación, que establece deliberaciones reservadas, no puede ir en contra de seis artículos de la Constitución y en caso de que así fuera, debe aplicarse la norma de mayor jerarquía que es la norma constitucional. Esta propuesta de debate y votación públicos, fue denegada por la Sala Plena, contando con ocho (8) votos en contra y sólo el voto del suscrito magistrado a favor.

## *2. Restricción de la presente sentencia a los efectos patrimoniales frente a la connotación amplia de la expresión “efectos civiles” de la Ley 54 de 1990*

Considero que en la demanda se ataca el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 por la discriminación a las parejas homosexuales dentro de un espectro amplio de derechos, mientras que la presente sentencia reduce el estudio de constitucionalidad de la norma demandada y el problema de la discriminación de las parejas no heterosexuales al ámbito patrimonial, que no obstante, en mi opinión, tampoco se resuelve plenamente por la decisión que nos ocupa.

A mi juicio, la demanda se planteó de una manera amplia, pues además del respeto a la dignidad humana y al derecho de asociación, se tenía que tener en cuenta otros derechos como el de la

igualdad. Por consiguiente, en mi concepto, hay una diferencia entre lo que se aduce en la demanda y lo que plantea la sentencia. Los demandantes alegan discriminación de las parejas homosexuales en varios temas. Sin embargo, la sentencia plantea varias reducciones, la primera de éstas, referente al ámbito de las normas acusadas que lo reduce a los efectos patrimoniales, mientras que el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 se refiere a todos los efectos “civiles”, que no son solamente los patrimoniales.

En mi criterio, en esta sentencia se parte del supuesto de que el problema de discriminación contra los homosexuales es un problema meramente económico, ni siquiera civil, pues el término “efectos civiles” es, a mi juicio, mucho más amplio que lo meramente patrimonial, pues incluye por ejemplo el matrimonio, la adopción, la sucesión, la custodia de los hijos, entre otros temas. Reducir los efectos civiles al campo patrimonial constituye, a mi juicio, una visión miope del problema y resuelve sólo a medias la problemática de la discriminación contra el grupo poblacional de los homosexuales.

En mi opinión, el punto a definir en este proceso es si el reconocimiento de derechos iguales para los homosexuales debe ser a medias o si se deben reconocer TODOS los derechos, es decir, derechos plenos a estas parejas. A mi juicio, en la demanda no se están pidiendo privilegios, sino que sólo se está pidiendo igualdad, lo cual no les reconoce plenamente esta sentencia.

Los demandantes solicitan, a mi juicio, que no se discrimine a las parejas homosexuales y esto en todas las esferas: política, económica, social, económica, cultural, civil, en particular en el tema de la seguridad social, de los beneficios prestacionales, de la adopción, sucesión, en relación al tema del procedimiento penal, en el tema de la vivienda, etc. De este modo, considero que no sólo deben tenerse en cuenta los efectos civiles sino también otros efectos jurídicos: laborales, seguridad social, los efectos en el ámbito penal, administrativo.

Así por ejemplo en materia alimentaria, los homosexuales no están amparados por la protección de alimentos para cualquier hombre o mujer que conviva en relación marital y dependa

económicamente de ella para su subsistencia. Frente a esto, considero que el deber de solidaridad debe ser extensivo tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales.

En relación con el régimen de afectación a vivienda familiar, con el consecuente beneficio de inembargabilidad, estoy de acuerdo con el demandante en el sentido de que aquí existe otra discriminación en contra de las parejas homosexuales, toda vez que la normatividad concibe esta figura exclusivamente para los cónyuges y los compañeros permanentes cuya convivencia sea superior a dos años, por lo cual, la pareja homosexual no puede aspirar a que el bien inmueble adquirido por su pareja y usado como su habitación goce de este beneficio de inembargabilidad.

En relación con los efectos penales, como por ejemplo frente al tema de la violencia intrafamiliar, inmunidad para declarar, tenemos que la regulación de la violencia intrafamiliar Ley 294 de 1996 y Ley 599 de 2000- protege, entre otras personas, a quien convive con el agresor, sin embargo, se le impide a un homosexual agredido por su pareja acceder a la protección especial que el legislador creó para la familia, debiendo limitarse a instaurar una denuncia por lesiones personales, con lo cual, en mi concepto, no se le otorgan las mismas garantías para esta forma de violencia intrafamiliar.

En materia procedimental igualmente, la Ley 906 de 2004, establece la excepción de denunciar, o para el imputado, la excepción de no incriminar a su compañero o compañera permanente, lo cual se refiere directamente a la definición contenida en la Ley 54 de 1990, beneficio que no cubija a los homosexuales y sus parejas, los cuales se ven obligados a denunciar o incriminar a su pareja homosexual.

En materia laboral, a pesar de que la ley 100 de 1993 estableció que los regímenes de salud y pensiones eran aplicables a todos los colombianos, las personas homosexuales no tienen la posibilidad de registrar o afiliar a su pareja, o de ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, figuras a las que sí pueden acceder las parejas de heterosexuales.

Respecto de los efectos migratorios, considero que deben reconocerse por ejemplo el derecho de ingreso, derecho de residencia, derecho de nacionalidad, de las parejas de homosexuales.

Así también, en materia de contratos y adquisiciones de seguros, se les niega a la pareja de homosexuales esta posibilidad jurídica, así como otros muchos aspectos civiles que dejó por fuera esta sentencia, además de no considerar otros efectos diferentes a los civiles y dejar por fuera otras ramas del derecho.

Por lo tanto, considero que la norma demandada es inconstitucional en un doble sentido: no sólo porque representa una clara discriminación frente a las parejas de homosexuales, sino por cuanto incluso representa una discriminación frente a las parejas de heterosexuales, ya que se las termina discriminando frente a las parejas matrimoniales. En este sentido, en mi criterio esta ley también discrimina a los heterosexuales.

De otra parte, en mi opinión, en asuntos constitucionales no es de acogida el argumento según el cual la inconstitucionalidad detectada por el juez constitucional no se puede declarar sino es acusada en la demanda, por cuanto una cosa es la demanda y otra cosa es lo que tiene que hacer el juez constitucional. Precisamente en esto consiste, en mi entender la particularidad del juez constitucional, en que puede ir más allá de lo demandado en aras de proteger la supremacía e integridad de la Constitución. Con respecto a la desigualdad y a la libertad, el juez constitucional tiene que restablecer la igualdad y libertad plena y completa, independientemente de que en la demanda pidan o no lo pidan, y no limitarse por tanto a lo que pida el demandante. Así que ni siquiera este argumento resulta, a mi juicio, convincente.

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

alimentos entre cónyuges y parejas hacen parte del derecho civil; las guardas de tutelas; todos estos son temas de derecho civil, por tanto no se podía, en mi criterio, reducir y restringir la expresión “efectos civiles” a los efectos meramente patrimoniales, como lo hace de manera errónea y miope la presente sentencia.

A lo ya expuesto, me permito agregar, que el principio de igualdad que implica un mismo trato supone derechos y deberes iguales, de manera que si se asume un Estado de Derecho bajo los principios de igualdad y libertad se tiene que asumir en serio el reconocimiento pleno y total de los derechos a todas las personas y grupos poblacionales. Por tanto, en mi concepto, el Tribunal Constitucional ha debido ocuparse de TODOS LOS ASPECTOS JURIDICOS en que están desprotegidas las parejas no heterosexuales, sin que por ello se haga por fuera de las normas, por cuanto, como quedó anotado, aún la expresión “efectos civiles” tiene una connotación amplia. A mi juicio, el artículo 1° de la Ley 54 de 1990 se refiere a TODOS los efectos “civiles”, que como se señaló, no son únicamente los patrimoniales.

En síntesis, se puede afirmar que de un lado, la Ley 54 de 1990 representa no sólo una discriminación frente a las parejas homosexuales sino incluso frente a las parejas heterosexuales, por cuanto dicha ley restringe los efectos jurídicos y el reconocimiento de los derechos que hay que reconocer a las uniones maritales de hecho, sólo a los efectos civiles, y de otro lado, la interpretación restringida que se hace de esa ley en esta sentencia es que los efectos civiles se reducen a los efectos patrimoniales, dejando de este modo de lado, toda una gama de efectos civiles como el matrimonio, la adopción, la sucesión, los aspectos laborales, pensionales, para nombrar solo algunos de ellos.

### *3. El concepto de familia*

A mi juicio, el concepto de familia no se reduce a la conformada por un hombre y una mujer. El término “o” consagrado en el art. 42 de la Carta Política sugiere, a mi entender, que también

se forma por la voluntad responsable de conformarla sin distinguir sexos. Por tanto, las uniones maritales de hecho deben tener, en mi concepto, los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, tanto para las parejas heterosexuales como para las parejas homosexuales.

El concepto de familia del artículo 42 debe armonizarse con los principios fundamentales constitucionales, esencialmente con el principio de igualdad y libertad, y si se presenta choque o colisión entre ellos se debe dar una primacía a los principios fundamentales. De otra parte, la Constitución habla de la familia y no dice que es hombre o mujer, se refiere a los vínculos naturales o jurídicos y a la voluntad responsable. A mi juicio, al concepto de familia se llega por caminos diferentes, distintos, y no simplemente a partir del vínculo entre un hombre y una mujer.

En este sentido, me permito reiterar mi tesis respecto de que la conformación de una familia puede realizarse por diferentes caminos<sup>\*</sup>: el matrimonio, la voluntad de los miembros de la pareja, ya que en mi criterio, la Constitución no contempla una sola forma de familia, ya que inclusive la familia puede estar constituida por una mujer sola con su hijo. Afirmo, que definida una categoría jurídica, en este caso, la de la familia, deben concederse entonces los mismos efectos jurídicos tanto para las familias conformadas por parejas heterosexuales como para las conformadas por homosexuales.

Por tanto, a mi juicio, la interpretación que se ha hecho del artículo 42 de la Constitución Política no corresponde a lo que esta norma dice. El artículo 42 se refiere a la familia y señala a continuación los diversos caminos o vías, que conducen a la familia, de manera que no existe en nuestro sistema jurídico, un único camino que lleve a la organización familiar, sino que existen varios senderos y distintas clases de familia en nuestro sistema constitucional.

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

---

<sup>\*</sup> Ver salvamento de voto en la Sentencia C-841 del 2001.

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.

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 que 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 sobra 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.

De otra parte, considero que no debe existir discriminación alguna entre las parejas matrimoniales y las uniones de hecho, y ello tanto para las parejas heterosexuales como para las homosexuales, por cuanto a la luz de los principios de nuestro Estado Constitucional de Derecho el matrimonio heterosexual no puede tener más derechos que las uniones maritales de hecho heterosexuales, ni tampoco frente a las parejas de homosexuales.

En este sentido, cabe preguntar si la Constitución habla de un matrimonio entre hombre y mujer y si esa es la única vía de formar un matrimonio? Mi respuesta categórica a esta pregunta es NO. El matrimonio de los laicos es, a mi juicio, un simple contrato. A la connotación religiosa no nos oponemos, pero en la esfera del Estado (secular y laico, separado de la iglesia) no se puede afirmar legítimamente que el matrimonio civil o el matrimonio religioso deban y puedan tener más derechos. Por el contrario, sostengo que en un Estado de Derecho a todo tipo de matrimonio, a todo tipo de uniones maritales de hecho, tanto de heterosexuales como de homosexuales, y a todo tipo de familia, se les debe conceder los mismos derechos y que los efectos jurídicos tienen que ser los mismos tanto para heterosexuales como para los homosexuales, y no se pueden aceptar válida y legítimamente el predicar efectos jurídicos diversos.



Por tanto, reitero que la norma que consagra la unión marital de hecho exclusivamente con efectos civiles es inconstitucional, porque un tipo de familia no puede ser de mejor y otra de menor categoría, sino que todas tienen que tener los mismos efectos: matrimonio civil o religioso tiene que ser igual a la unión marital de hecho. La norma demandada, como ya se anotó, discrimina incluso a las parejas de heterosexuales, porque sólo le concede a la unión marital de hecho efectos civiles.

Finalmente, me parece necesario anotar que en este tema existe un prejuicio contra los homosexuales, que tiene no solo connotaciones machistas sino también religiosas, que los consideran en pecado. Sin embargo, no siempre ha sido así. Bástenos para ejemplificar nuestro aserto, el hecho de que la propia iglesia católica hasta el siglo XII casó homosexuales y que en sociedades que fueron cuna de la civilización occidental, como eran Grecia y Roma no existían esos preceptos contra ellos. A este respecto, es suficiente con recordar que Sócrates y Platón eran homosexuales y, que a Julio César cuando entró a Roma, según cuenta Indro Montanelli, en su libro Historia de Roma, le gritaban: Viva César, el marido de todas las mujeres y la mujer de todos los maridos. La importancia para la humanidad de Sócrates, Platón o César, nada tiene que ver con su condición de homosexuales, ya que esta condición ni les quita ni les pone. Sólo cuando aprendemos a valorar a las personas independientemente de su condición sexual, estaremos valorándolas en su real condición humana, esto es, estaremos reconociéndoles la dignidad humana.

#### *4. La dignidad humana y el reconocimiento pleno de derechos*

El concepto de dignidad humana, elaborado fundamentalmente por Emmanuel Kant alude a aquello propio del ser humano que lo hace ser tal, esto es, que lo convierte en sujeto moral, es aquello que no tiene precio, es decir, de lo cual no puede predicarse valor de cambio por cuanto es invaluable, inajenable, irrenunciable y nos permite caracterizarnos como seres humanos con derechos. De

otra parte, el reconocimiento de la dignidad humana tiene que ser total y completo, por cuanto no se puede ser medio digno. En este orden de ideas, si a los homosexuales se les reconoce dignidad humana, si son tan dignos como los heterosexuales, hay que necesariamente reconocerles todos los derechos. El correlato necesario del reconocimiento de la dignidad humana es el reconocimiento de todos los derechos, esta es la clásica fundamentación de los derechos humanos en la tradición liberal kantiana hasta nuestros tiempos.

Por esta razón, no se entiende cómo se pretende reconocerles dignidad a las personas homosexuales y a renglón seguido se le niega el reconocimiento de derechos básicos que son necesarios para su desarrollo como sujetos autónomos, libres e iguales, como lo es el matrimonio, la adopción, los derechos laborales, los pensionales, para mencionar sólo algunos.

En mi concepto, la jurisprudencia existente de esta Corte en relación a los derechos de las personas homosexuales, en el ámbito individual, para el desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la igualdad, se hace nugatoria y no tiene efectos reales, pues no toca el plano de la pareja, que tiene relación directa con el núcleo esencial del derecho de libertad y del libre desarrollo de la personalidad, pues es un aspecto fundamental que hace real y efectivo la libertad y autonomía del individuo, a través del derecho a la libre opción sexual y la libre escogencia y desarrollo de un plan o proyecto de vida en compañía de la pareja sentimental o compañero sexual.

Por tanto, considero que no se puede ser tan incoherente y, de un lado, reconocer la dignidad humana de los homosexuales, y de otro lado, negarles y restringirles derechos. O se reconoce que los homosexuales tienen dignidad humana, y por tanto son libres e iguales, y en consecuencia, se les reconocen todos los derechos que esta condición amerita en su calidad de seres con dignidad; o se descubre el juego retardatorio de reconocer por una parte una dignidad a medias que no implica el necesario reconocimiento de derechos y que deriva en una contradicción lógica.

Por ello, en mi concepto, el punto central a definir en este caso es si el reconocimiento de la dignidad y por ende el de los derechos iguales debe ser a medias o si deben reconocerse derechos plenos, de conformidad con la idea de dignidad humana y el principio de igualdad.

En el debate planteado por ejemplo en torno del matrimonio de las parejas homosexuales hay cuestiones difíciles, pero considero que se debe diferenciar claramente entre la concepción religiosa sobre determinada forma matrimonial y el reconocimiento del matrimonio laico o del matrimonio de parejas homosexuales con todos los efectos jurídicos, y por ello no puede considerarse el matrimonio heterosexual y además religioso superior a las formas laicas o homosexuales. Así mismo, el trato de las uniones de hecho frente al Estado de Derecho debe ser igual, con los mismos efectos y las mismas consecuencias jurídicas.

Por ello, reitero mi disenso frente a esta sentencia. En mi opinión, no es que todas las parejas tengan que contraer matrimonio, sino que tiene que existir las mismas posibilidades jurídicas para todas las formas de conformación de familia y de pareja. Reitero por tanto, que los efectos jurídicos deben ser los mismos tanto para las parejas heterosexuales y homosexuales, con matrimonio o en uniones maritales de hecho, en todos los ámbitos jurídicos, esto es, en todo lo que se relaciona con adopción, custodia, sucesiones, temas migratorios, contratación y adquisición de seguros, entre muchos otros.

A lo expuesto, me permito agregar que el reconocimiento de la igualdad que supone igual trato, implica derechos y deberes iguales, de manera que el aceptar que estamos en un Estado Constitucional de Derecho implica aceptar las consecuencias del reconocimiento de los mismos efectos jurídicos para las parejas independientemente de su conformación sexual. Por ello reitero, que en mi concepto, esta sentencia ha debido ocuparse de todos los aspectos en que están desprotegidas las parejas no heterosexuales, sin que por ello se pueda aducir, a mi juicio, que esto se encontraba por fuera de la norma demandada. Por lo demás, como quedó expuesto, el

artículo 1º de la Ley 54 de 1990 se refiere a todos los efectos “civiles”, que superan con creces los meros efectos patrimoniales.

Adicionalmente, considero que la población homosexual es víctima de toda una cadena de diversas formas de discriminación: Así por ejemplo, hay otras discriminaciones contra estos grupos por parte de: 1. Asociaciones y organizaciones civiles y mercantiles en general, por cuanto muchas asociaciones impiden a los homosexuales ser parte de ellas o se niegan a aceptarlos como miembros. 2. Discriminación “en” o “para” el empleo: por cuanto patronos o sindicatos no los contratan o los contratan y descubren que son homosexuales y los despiden o los expulsan. 3. En lugares públicos: los homosexuales son discriminados en los parques, en los espacios públicos. 4. Casa o habitación: se les discrimina en el tema de la casa y/o habitación respecto por ejemplo de la suscripción de un contrato de arrendamiento. 5. Autorización y pago de créditos que no se autorizan. 6. Discriminación “en” o “por” instituciones gubernamentales o cargos públicos. 7. En instituciones educativas: se les discrimina en las dos partes de las relaciones educativas, o se le discrimina al alumno.

Así mismo, considero que existe en general una rueda o ciclo vicioso de discriminación, en la cual la condición de homosexual juega un papel importante. De este modo, existe por ejemplo una discriminación de inmigrantes por nacionales, de negros por blancos, de mujeres por hombres, de indígenas por dominantes, de pobres por ricos, de homosexuales por heterosexuales. Hay sectores de la población que sufren o padecen, y son víctimas de más de una discriminación a la vez: inmigrante, pobres, negros o indígenas, mujeres, homosexuales. Así por ejemplo, puede darse situaciones en que confluyan en una misma persona una serie de discriminaciones como cuando se es mujer, de raza negra, inmigrante, lesbiana y pobre.

De otra parte, sostengo que independientemente de que haya caído el socialismo, subsisten las clases sociales cada una con problemas diferentes, pues lo que es un problema para una clase no lo es para la otra. Pareciera que la situación de las personas homosexuales sólo le preocupara a las clases altas, por cuanto se ha

reducido a un problema de orden económico, dejando de lado los demás ámbitos jurídicos y derechos por reconocer.

En síntesis, afirmo que en un Estado Constitucional de Derecho el primero de todos los principios es el de la dignidad humana y de los derechos el de la igualdad al lado de la libertad. Reitero por tanto mi fórmula de que se reconozca la igualdad de las parejas homosexuales en todas las esferas: civil, laboral, penal, prestacional, familiar, migratoria, etc, como consecuencia del reconocimiento a la dignidad humana de estas personas.

Para presentarlo de una forma gráfica: sostengo que si hoy en día tenemos encadenados y esclavizados a un grupo de personas con 30 cadenas, y si a estos esclavos le quitamos una de las 30 cadenas, todavía quedan encadenados con 29 cadenas, de modo que siguen siendo igualmente esclavos y no hemos logrado progresar en nada. Podemos incluso quitarles 29 cadenas, pero si les dejamos una sola, los mantenemos esclavizados, de manera que no podemos suponer que hemos progresado. De esta manera, sostengo que la única manera de restablecer la libertad y la igualdad de las parejas que no son heterosexuales es quitándoles TODAS las 30 cadenas, para que sean real y verdaderamente libres e iguales.

En conclusión, sostengo que la única forma de proteger los derechos fundamentales consagrados en la Constitución es otorgándolos TODOS y además de manera COMPLETA a todas las personas, sin ninguna clase de distinciones, en este caso, respecto de sus preferencias sexuales. Considero que no protegemos realmente los derechos, ni les hacemos ningún favor, cuando los protegemos parcialmente, a medias, que fue lo que, a mi juicio, se hizo en este caso con esta sentencia, porque no se le entregaron todos los derechos civiles y muchos menos los demás derechos, como los derechos laborales, pensionales, en materia penal, etc.

##### *5. Los límites de la competencia legislativa*

En mi concepto, mediante la tesis esbozada en la presente sentencia, en el sentido de que el legislador tiene libertad de

configuración para establecer diversos regímenes, se acepta que lo que existe, en este caso la legislación dirigida sólo a parejas heterosexuales, está bien, cuando es evidente que no lo está, pues representa una discriminación frente a las parejas homosexuales.

De otra parte, en repetidas oportunidades he sostenido que el Legislador tiene claros límites en el ejercicio de su poder legislativo, pues no puede ir en contravía de los pilares y principios fundamentales de nuestro Estado Social y Constitucional de Derecho, el cual se funda en la igualdad y la libertad, todo lo cual trae necesariamente aparejado, como lo he sostenido, el reconocimiento de PLENOS DERECHOS a todos los ciudadanos sin perjuicio de su escogencia o preferencia sexual.

Así entonces, la libertad de configurar del legislador está enmarcada dentro de los principios y derechos constitucionales y no por fuera de ellos, no puede por ejemplo darle al matrimonio civil menos derechos, no puede darles a otros un derecho distinto. Igual que los hijos de uniones maritales de hecho tienen igual derecho que los hijos de los matrimonios.

En mi concepto, el legislador no puede dejar de igualar: lo que da a uno debe dársele a otros. Lo que se da al matrimonio católico, tiene que dársele al matrimonio civil, lo que da al matrimonio debe dársele a las uniones maritales de hecho, tanto de parejas heterosexuales como homosexuales.

En consecuencia, sostengo la tesis, que el Legislador no puede en este caso proferir una ley respecto de las uniones maritales de hecho y sus efectos que discrimina tanto a los heterosexuales como en mayor medida a los homosexuales, y que en consecuencia esta Corte ha debido reconocer plenos e iguales derechos y deberes en todos los ámbitos jurídicos tanto a las parejas de heterosexuales como a la de homosexuales.

## *6. Jurisprudencia internacional*

Por otra parte, existe una nutrida jurisprudencia en el derecho internacional encaminada hacia el reconocimiento de los

derechos de las parejas de homosexuales, no sólo en el ámbito patrimonial, sino en el ámbito civil, laboral, pensional, matrimonial, de adopción, etc.

Aquí nos limitaremos sólo a mencionar algunos ejemplos ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y ante el Tribunal Europeo, de los cuales algunos fueron mencionados ya en la demanda.

Ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) cabe mencionar un primer caso en 1982 contra Finlandia y un segundo caso con fallo del 31 de marzo de 1994 en el caso Toonen vs. Australia provincia de Tasmania, en el que se estableció por primera vez que la orientación sexual constituye per se un estatus protegido contra la discriminación, en la que se garantizó el derecho a la igualdad y la no discriminación de las personas homosexuales. Así mismo, en la decisión del 2003 del caso Young vs. Australia, el Comité se pronunció “sobre la igualdad de derechos de las parejas homosexuales en el marco del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)”, y determinó que constituía una discriminación contraria a los derechos humanos el hecho de que en las parejas heterosexuales el sobreviviente pudiese acceder a los beneficios pensionales, mientras que tal situación no podía ser reclamada por las personas homosexuales, lo cual, había sido calificado como una discriminación por razón del sexo, que no se encontraba justificada por el derecho internacional.

El Tribunal Europeo ha considerado que la discriminación contra las parejas homosexuales no se justifica bajo ningún punto de vista, ni siquiera bajo el pretexto de proteger a la familia, por cuanto en un caso el Tribunal Europeo había considerado que se habían violentado los derechos a la igualdad e intimidad de una persona que le habían quitado la custodia de su hija por ser homosexual y convivir con otro hombre. Así mismo en el caso Dudgeon Vs. Reino Unido United kingdom-, se estableció que la ley en Irlanda violaba el derecho a la privacidad del señor Dudgeon. Este fallo ha tenido influencia en fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y de la Corte Constitucional Colombiana respecto al derecho a la privacidad de la conducta entre homosexuales.

Así mismo, existen avances en Europa en relación con los derechos de los transexuales respecto del cambio de nombre y de género en papeles oficiales emitidos y bonos, en relación a la pensión de viudez (por ejemplo en Argentina 1997), en relación a beneficios médicos (en Canadá), respecto de derechos de propiedad (en Bélgica y Brasil), por solo mencionar algunos casos.

### *7. La jurisprudencia de esta corte y la reiteración de mi posición frente al tema de la homosexualidad*

Considero conveniente también anotar, que existe una serie de fallos en esta nueva Corte, desde el 2001, en donde el suscrito magistrado ha participado y en donde los magistrados de este Tribunal Constitucional fijaron su posición jurídica respecto de los distintos derechos de la población homosexual, posición que permite observar o bien una posición progresista o bien una retardataria frente al tema que nos ocupa, por parte de los miembros de esta Corte:

Mediante la Sentencia C-814/01 se negó la adopción de menores a parejas homosexuales, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra. Esta sentencia fue votada a favor por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil, Alvaro Tafur Gálvis, Clara Inés Vargas Hernández. El suscrito magistrado aclaró y salvó voto por considerar que las parejas de homosexuales sí tienen derecho a adoptar en igualdad de condiciones que las parejas de heterosexuales. Así mismo, los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett salvaron voto conjuntamente por considerar viable, de acuerdo con la Constitución, que las parejas de homosexuales adopten.

La Sentencia SU.623/01 del magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, negó la inscripción como beneficiario en el sistema de seguridad social en salud a la pareja de un homosexual. El suscrito magistrado y los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett salvamos voto conjuntamente por considerar que la negativa a vincular al sistema



de seguridad social en salud a las parejas de homosexuales es violatorio del principio de universalidad del sistema de seguridad social, del derecho a la salud del homosexual, del principio de igualdad, y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, de los homosexuales.

La Sentencia C-373/02 del magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, estudió la constitucionalidad de normas respecto del régimen de inhabilidades para concurso de Notario. En esta ocasión, la Corte declara exequible de manera condicionada el parágrafo segundo del artículo 4° de la Ley 588 de 2000 e inexecutable los numerales 1° y 6° del artículo 198 del Decreto 960 de 1970. En relación con estos últimos numerales la Corte consideró inconstitucional alegar el motivo de homosexualidad como causal de inhabilidad para acceder a un cargo notarial. Los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Alvaro Tafur Galvis y Clara Ines Vargas Hernández votaron a favor la sentencia. Los magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett salvaron su voto por razones diferentes al tema de la homosexualidad.

Con la Sentencia T-499/03 del magistrado ponente Alvaro Tafur Galvis, se confirma una sentencia de tutela en el sentido de conceder el amparo del derecho a la visita conyugal a una reclusa homosexual. El suscrito magistrado y la magistrado Clara Inés Vargas Hernández votamos a favor la sentencia en Sala de Revisión de Tutela.

### *8. Propuestas de fallo*

Finalmente me permito dejar constancia en este Salvamento de Voto que en su momento el suscrito magistrado realizó dos propuestas concretas de fallo:

Una primera propuesta fue la formula de declarar inexecutable la expresión “civiles” contenida en el artículo 1° de la Ley 54 de 1990. Una segunda propuesta como consecuencia de la primera, fue la

formula de que se señalara que las uniones maritales de hecho de homosexuales tienen los mismos derechos y deberes de las parejas heterosexuales.

Mi primera propuesta consistía en que se declarara inexecutable la expresión “civiles” del citado artículo 1º de la Ley 54 de 1990, de manera que la protección fuera integral, esto es, que se reconocieran todos los derechos en todos los ámbitos jurídicos. La consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la expresión “efectos civiles” era el reconocimiento de iguales efectos en la unión marital de hecho tanto para las parejas heterosexuales como para las parejas homosexuales, esto es, los mismos efectos civiles, laborales, penales, sociales, etc.

En este sentido, me preocupa sobremanera que esta Corte asuma la tesis del reconocimiento de los derechos a los homosexuales a medias, reduciéndolo de una doble manera: de una parte a los efectos civiles, y de otra parte a una interpretación restringida y reducida de efectos civiles como efectos patrimoniales. Esta sentencia termina por tanto reconociendo la dignidad de las personas homosexuales a medias, sin que tengan iguales derechos, con lo cual se perpetúa la desigualdad.

Respecto de la propuesta de declarar inexecutable la expresión “civiles” contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, se emitió un (1) voto a favor, el del suscrito magistrado, y ocho (8) en contra.

La segunda propuesta, estaba formulada en el sentido de colocar en pie de igualdad tanto a las familias de heterosexuales como a las de homosexuales, dándoles igualdad tanto de derechos como de deberes. Por ello propuse incluir la siguiente fórmula: *“Las uniones de parejas homosexuales de hecho tienen los mismos derechos y deberes que las uniones maritales de hecho de heterosexuales”*.

Estas dos propuestas de fallo estaban encaminadas a abolir toda la legislación que penaliza o discrimina a los homosexuales en todas las esferas: política, económica, social, laboral, cultural, civil o en cualquier otra esfera, y estaba dirigida a incluir derechos y beneficios específicos en materia de adopción, sucesión, en materia

penal, en vivienda, matrimonio, custodia de hijos, sucesión, respecto de efectos migratorios como la residencia y ciudadanía de la pareja, así como en contratos y adquisición de seguros, entre otros.

## 9. Conclusión

En conclusión se puede sostener que este fallo no sólo se queda demasiado corto en el reconocimiento de derechos a los homosexuales, sino que también es confuso porque no reconoce la totalidad de los efectos civiles cuando la propia ley 54 de 1990 habla de “efectos civiles” que, como quedo expuesto, no sólo incluye efectos patrimoniales sino que se extiende necesariamente a otros muchos ámbitos.

En este mismo sentido, considero que esta sentencia es contradictoria porque se ha empequeñecido los efectos civiles, dejando por fuera temas como el del matrimonio, la adopción, la custodia de hijos, que son temas todos del derecho civil. Aún cuando la presente sentencia se refiere a los efectos civiles, en realidad no se refiere a todos los efectos civiles, y por tanto termina empequeñeciendo la aplicación de la norma.

De otra parte, considero que la presente sentencia no reconoce de manera íntegra la dignidad de los homosexuales al no reconocerles de manera total y plena sus derechos.

Así mismo, no puedo dejar de resaltar el elemento político que, a mi juicio, se hace patente en la presente decisión, y es la estrategia de hacer pequeños cambios y pequeñas concesiones en derechos para que todo siga igual, lo cual obedece a la conocida consigna “cambiamos para que todo siga igual”, y que por tanto evita un cambio verdadero y real respecto del reconocimiento de derechos. En este sentido, considero que esta sentencia es aparentemente progresiva, pero en realidad es retardataria por cuanto no otorga sino las migajas de los derechos que debían reconocerse de manera plena a los homosexuales, ya que si se va a tocar la norma es para restablecer la libertad y la igualdad completamente y no a medias.

Finalmente y para ponerlo en términos gráficos, considero que si les debemos a las parejas que no son heterosexuales 30 derechos

y la ley que estamos discutiendo es una ley del año 90, es decir, que han transcurrido 17 años para concederles un derecho; de este modo, si cada 17 años se les concede un derecho, lo que va a pasar es que en el año 3000 todavía la Corte Constitucional les va a estar debiendo derechos a esta población de homosexuales.

Por todas las razones anteriormente expuestas, disiento de la presente decisión,

Fecha ut supra

Jaime Araújo Rentería  
Magistrado

## LA DEMANDA

Doctores  
Honorable magistrados de la Corte Constitucional  
Bogotá D.C.

Referencia:

Demanda de inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990

Marcela Sánchez Buitrago, Luz María Mercado Bernal, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado en nuestra calidad de ciudadanos colombianos y en ejercicio del derecho conferido por el artículo 40 de la Constitución Nacional, presentamos ante la honorable Corte Constitucional demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990.

## SECCIÓN 1: PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

### *I. Norma demandada:*

Ley 54 de 1990  
(diciembre 28)

*Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.*

modificada por la Ley 979 de 2005

El Congreso de Colombia,

decreta:

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. 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.

Artículo 2.<sup>1</sup> Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios:

1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo.

2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo.

## *II. Petición*

Se solicita a la honorable Corte Constitucional que se declare la inexequibilidad de la expresión hombre y mujer de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, en los cuales se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

## *III. Normas constitucionales violadas*

1 Preámbulo y artículo 1: Respeto de la dignidad humana y derecho fundamental al mínimo vital.

2 Artículo 38: Derecho fundamental a la libre asociación

## SECCIÓN 2: ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

### *I. La cosa juzgada constitucional*

Los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 fueron demandados en el año de 1996 y declarados exequibles mediante la sentencia C-098 de 1996. Así las cosas, tenemos que respecto del artículo 1 de la Ley 54 de 1990 operaría en principio el fenómeno de la cosa juzgada formal absoluta. Al respecto la Corte ha señalado que se presenta “...cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a su

estudio...”.<sup>2</sup> Este evento trae como consecuencia que “no se pueda volver a revisar la decisión adoptada mediante fallo ejecutoriado”.<sup>3</sup>

De otro lado la Corte, a través de su jurisprudencia, ha establecido que “frente a los fallos de exequibilidad se puede predicar cosa juzgada material si, después de que éstos son proferidos, se analiza la constitucionalidad de una disposición con igual alcance normativo”.<sup>4</sup> Dado que la Ley 979 de 2005 reproduce el contenido del artículo segundo de la ley 54 de 1990, concretamente las expresiones hombre y mujer, se presenta una situación de identidad material entre las dos disposiciones. Por tal razón, si bien no opera la cosa juzgada formal por tratarse de una nueva norma jurídica que no ha sido formalmente estudiada, operaría en principio la cosa juzgada material absoluta.

Se presenta cosa juzgada material absoluta cuando “la disposición que se acusa tiene un contenido normativo idéntico al de otro artículo sobre el cual la Corte ya ha emitido pronunciamiento, por lo que los argumentos jurídicos que sirvieron de fundamento para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de éste serían totalmente aplicables a aquella y la decisión que habría de adoptarse sería la misma que se tomó en la sentencia anterior”.<sup>5</sup>

Si en el caso de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 operara la cosa juzgada formal absoluta o material absoluta, no resultaría procedente el reexamen de la norma. Esto teniendo en cuenta que en los casos en que se presenta la cosa juzgada absoluta tanto en su modalidad material como formal el debate constitucional ha concluido y la decisión que habría de adoptarse sería la misma del caso anterior. Sin embargo esta posibilidad queda excluida para el caso de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, siempre que las razones que se exponen a continuación permiten concluir que nos encontramos frente a un caso de cosa juzgada relativa y que por lo tanto procede el reexamen de la norma.

#### *a. Cosa juzgada relativa*

La cosa juzgada relativa puede producirse de forma explícita o implícita. Explícita cuando “la disposición es declarada exequible



pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma puede ser nuevamente reexaminada en el futuro”.<sup>6</sup> De otra parte será implícita de producirse cualquiera de dos supuestos: (i) cuando “el análisis de la Corte esté claramente referido sólo a una norma de la Constitución o a un solo aspecto de constitucionalidad, sin ninguna referencia a otros que pueden ser relevantes para definir si la Carta Política fue respetada o vulnerada”,<sup>7</sup> (ii) cuando la Corte restringe el alcance de la sentencia, no de manera expresa en la parte resolutive sino a través de las consideraciones de la misma. Así, para que opere el fenómeno de la cosa juzgada relativa implícita “se requiere, en todo caso, que tal limitación se haya establecido de manera expresa por la Corte, así sea sólo en la parte considerativa, caso en el cual recibe la denominación de implícita.”<sup>8</sup>

Ahora bien, la doctrina constitucional aplicada al caso concreto de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 nos permite concluir que se trata de un caso de cosa juzgada relativa en su modalidad implícita. Esto teniendo en cuenta que en el caso de la sentencia C-098 de 1996 operan los dos supuestos anteriormente descritos. En primer lugar el análisis de la Corte se refirió exclusivamente a la supuesta violación de los artículos de la Constitución señalados en la demanda<sup>9</sup> teniendo en cuenta adicionalmente que no se encuentra en las consideraciones de la sentencia que se haya explicitado que el control de constitucionalidad fuera el producto del análisis integral de la Carta de 1991.<sup>10</sup> Opera igualmente la cosa juzgada relativa implícita en relación con el segundo criterio, en tanto que la parte motiva del fallo condiciona la exequibilidad de la norma a que en una nueva demanda se pruebe alguno de los siguientes supuestos. En efecto se señala en las consideraciones finales de la sentencia:

Sería deseable que el Legislador, en un único acto, eliminara todas las injusticias, discriminaciones y males existentes, pero dado que en la realidad ello no es posible, esta Corte no puede declarar la

inexequibilidad de una ley que resuelve atacar una sola injusticia a la vez, salvo que al hacerlo consagre un privilegio ilegítimo u odioso o la medida injustamente afecte a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos. (...)

La omisión del Legislador que le endilga el demandante, podría ser objeto de un más detenido y riguroso examen de constitucionalidad, si se advirtiera en ella un propósito de lesionar a los homosexuales o de la aplicación de la ley pudiera esperarse un impacto negativo en su contra.

Por lo tanto habría lugar a un más detenido y riguroso examen de constitucionalidad de probarse en una nueva demanda alguno de estos cuatro supuestos: (i) que con la ley demandada se haya consagrado un privilegio ilegítimo a favor de las parejas heterosexuales, (ii) que la medida injustamente afecte a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos, (iii) que se advirtiera en la norma un propósito de lesionar a los homosexuales o (iv) que de la aplicación de la norma pudiera esperarse un impacto negativo en su contra. Así, teniendo en cuenta que el fallo anterior explícitamente dejó una puerta abierta al reexamen de la norma, y que adicionalmente la presente demanda plantea el análisis de nuevos cargos; solicitamos a la Corte Constitucional estudiar la exequibilidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 a la luz de los argumentos que se presentan a continuación y que justifican un cambio jurisprudencial en relación con la sentencia C-098 de 1996.

En efecto, los alcances y consecuencias de que la Corte ya se haya pronunciado acerca de la exequibilidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 se concretan en que el fallo de 1996 constituye precedente constitucional. Sin embargo, frente a dicha situación la Corte tiene diversas opciones, ya que el carácter auto-vinculante de sus fallos de constitucionalidad no es absoluto. En un primer escenario la Corte puede seguir su precedente haciendo prevalecer la seguridad jurídica. En un segundo escenario la Corte tiene la alternativa de apartarse de su precedente, caso en el cual deberá esgrimir razones poderosas que respondan a los criterios que ha establecido ella misma, evitando así la petrificación del derecho y la continuidad de los errores cometidos en el pasado.<sup>11</sup>

La importancia de las sentencias de constitucionalidad radica, primero en el efecto de la cosa juzgada erga omnes que recae sobre ellas y segundo en la creación de un sistema de precedente que garantiza la realización del principio de seguridad jurídica dentro del ordenamiento. Para lograr el reexamen de una norma sobre la cual ya hubo un pronunciamiento de la Corte Constitucional debe desvirtuarse la cosa juzgada, tal y como consta en la sección precedente de la demanda. Así, una vez superado el argumento de la admisibilidad deben presentarse ante la Corte razones poderosas que justifiquen que el juez constitucional se aparte del precedente del fallo anterior. La propia Corte Constitucional ha precisado una serie de criterios para que pueda darse un cambio jurisprudencial que no resulte ser arbitrario ni violatorio de la igualdad y la seguridad jurídica, sino que por el contrario recoja los cambios que tienen lugar en la realidad social, o contemple argumentos jurídicos no tenidos en cuenta en una sentencia anterior.<sup>12</sup>

Así, adicionalmente a la puerta abierta al reexamen de la norma que se encuentra en la sentencia C-098 de 1996, en la sentencia C-228 de 2002 la Corte Constitucional definió otras cuatro razones que justifican el cambio de precedente. Dos de estos criterios servirán de hilo conductor en el desarrollo de los argumentos de la demanda: primero el cambio en el ordenamiento jurídico, incluida la consideración de normas adicionales a aquellas tenidas en cuenta inicialmente, y segundo, el cambio en la concepción del referente normativo.

Por lo tanto, en las siguientes tres secciones de la demanda se desarrollan aquellos argumentos no estudiados con ocasión del fallo anterior, estructurados así: En primer lugar se presentarán los argumentos referentes a la puerta abierta al reexamen introducida en las consideraciones del fallo anterior (Sección 3), en segundo lugar se desarrollará el cambio en el ordenamiento jurídico entendido como la consideración de normas adicionales o presentación de nuevos cargos (Sección 4), y por último se plantea el cambio en la concepción del referente normativo a nivel del bloque de constitucionalidad y de la realidad social (Sección 5). Estos

argumentos apreciados en conjunto, constituyen razones poderosas que la misma Corte ha señalado como justificativas de un cambio jurisprudencial. Por lo tanto, solicitamos a la Corte Constitucional que se aparte del precedente y declare la inexecutable de las expresiones hombre y mujer contenidas en los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990.

### SECCIÓN 3: PUERTA ABIERTA AL REEXAMEN

En la sentencia de 1996 la Corte concluyó a favor de la exequibilidad de la Ley 54 de 1990. Esto debido a que el demandante no probó que los efectos de la aplicación de la norma generaran un privilegio ilegítimo o que con ello se afectara injustamente a los grupos no contemplados con la creación de la misma. Por tal razón la Corte no estudió los efectos de la norma, y se limitó a señalar que con su aplicación no se violaban los derechos de la comunidad homosexual.

Es necesario reconocer que con la expedición de la Ley 54 de 1990 el legislador otorgó un importante reconocimiento a una forma de vida en común hasta entonces excluida: las parejas heterosexuales que convivían por fuera del matrimonio. Sin embargo, no se puede pasar por alto que al reconocer exclusivamente este tipo de pareja el legislador creó una distinción legal que excluye el proyecto de vida de los homosexuales. Esto, dado que el examen que hace la Corte pasa por alto el hecho de que la Ley 54 de 1990 independientemente de la voluntad del legislador al momento de crearla se convirtió en el único referente normativo a la luz del cual se entiende la pareja jurídicamente reconocida dentro del ordenamiento. Distinción legal que conlleva un impacto negativo concreto para las parejas conformadas por homosexuales, grupo minoritario tradicionalmente excluido en nuestro país.<sup>13</sup>

#### *I. impacto negativo de la norma*

Los efectos que se derivan de la aplicación de la Ley 54 de 1990 se traducen en un privilegio para las parejas heterosexuales

que afecta injustamente a las parejas de un mismo sexo, en la medida en que genera un impacto negativo para éstos últimos. En este punto cabe preguntarse de qué forma se materializa para los homosexuales que viven en pareja el daño generado por la restricción de la categoría compañeros permanentes a las parejas heterosexuales. El impacto negativo que ha tenido la norma al ser aplicada dentro del ordenamiento, se concreta en el hecho de que las uniones homosexuales no tienen acceso a todos aquellos derechos (tanto patrimoniales como extra-patrimoniales) que se derivan del reconocimiento jurídico de la vida en pareja en los términos previstos por la Ley 54 de 1990 en sus artículos 1 y 2. Adicionalmente, al ser la norma demandada el referente normativo a la luz del cual se interpretan todas aquellas disposiciones que dentro del ordenamiento otorgan derechos e imponen deberes a las parejas unidas por vínculos extramatrimoniales, el efecto horizontal de la misma,<sup>14</sup> refuerza y agrava los perjuicios ya enunciados. En otras palabras, el efecto horizontal de la definición de pareja incluida en la Ley 54 de 1990 permite que el daño generado por la aplicación de la norma se amplíe y permee las distintas ramas del ordenamiento jurídico (penal, civil y laboral entre otras).

Ahora bien, como lo señaló la Corte en el fallo anterior, no es obligación del legislador resolver todas las injusticias en un único acto. Sin embargo cuando los efectos de una norma se traducen en un daño concreto, permanente, desproporcionado e injustificado hacia un grupo específico, resulta razonable retirar dicha norma del ordenamiento o modular la interpretación de la misma. Esto teniendo en cuenta además que con una decisión en ese sentido, se detendría el impacto negativo generado por la aplicación de la norma el cual atenta contra los derechos fundamentales de la minoría afectada.

A continuación se presentan aquellas normas que constituyen casos concretos que evidencian la forma como el efecto dañino de la disposición demandada se ha ampliado a las distintas ramas del ordenamiento jurídico. Esto, teniendo en cuenta que la aplicación de otras normas está supeditada a la definición de pareja contenida en la Ley 54 de 1990. Situación que como ya se dijo, se traduce en un

daño para los homosexuales, en tanto que los excluye de acceder a una serie de derechos que jurídicamente son reconocidos a quienes deciden vivir en pareja. Estas normas, analizadas de forma independiente o en conjunto, permiten concluir la necesidad de declarar la inexequibilidad de las expresiones hombre y mujer de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990.

*a. Impacto negativo en materia penal*

*Violencia intrafamiliar:*

La Ley 294 de 1996 y la Ley 599 de 2000 referentes a la protección contra la violencia intrafamiliar, solo cobijan a los y las mayores de 18 años de edad que sean respecto del ofensor: ascendientes (padres o madres, abuelos o abuelas), convivientes (parejas no casadas entre sí) o cónyuges (parejas casadas entre sí). Igualmente son cobijados por los efectos de dicha norma los y las menores de 18 años, los discapacitados que sean respecto del ofensor descendientes (hijos, hijas, nietos, nietas, bisnietos, bisnietas); los hijos adoptados; las personas bajo tutela, guarda o curaduría; los parientes consanguíneos hasta el 4º grado inclusive y los que se encuentran bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar y que vivan bajo un mismo techo, aunque no sean parientes.

A partir del análisis de dicha normatividad se concluye que los homosexuales no gozan de protección estatal contra la violencia intrafamiliar. Esto, teniendo en cuenta que la normatividad que en materia penal otorga protección especial a las víctimas de la violencia familiar, excluye de su ámbito de aplicación a las parejas formadas por dos hombres o dos mujeres. La interpretación del término “convivientes” contenido en dichas leyes se hace en función de la definición dada por la Ley 54 de 1990. En caso de que un homosexual sea víctima de violencia por parte de su pareja no tendrá la posibilidad de denunciarlo por el punible de violencia intrafamiliar. Esto implica que la víctima, para poder ser objeto de una medida de protección, y que el comportamiento del agresor sea castigado,

tendrá que limitarse a denunciar por lesiones personales. Es decir, no podrá beneficiarse del tipo especial que creó el legislador en materia familiar y que ofrece mayores garantías y una mejor comprensión de la situación de las víctimas de esta forma particular de violencia.

*Exoneración del deber de denunciar:*

El artículo 8 de la Ley 906 de 2004 establece en su literal (a) que “nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil...”. Así mismo en su literal (b) se afirma que el imputado también tiene derecho a “no auto-incriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad”

En este caso el texto de la norma remite expresamente a la categoría de compañeros permanentes de la Ley 54 de 1990. Por lo tanto en Colombia una mujer lesbiana o un hombre gay no podrán hacer uso de la exoneración del deber de denunciar prevista en el Código de Procedimiento Penal. El daño concreto en este caso implica que un homosexual se verá obligado por la ley a denunciar a su pareja, sin que pueda hacer uso del mecanismo que legalmente lo exonera de ello. Esta situación resulta igualmente violatoria del derecho fundamental a no ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o compañero permanente.

*b. Impacto negativo en materia civil*

*Régimen de alimentos:*

El Código Civil en su artículo 411 dispone de manera taxativa que el cónyuge tiene derecho a recibir alimentos. Adicionalmente la Corte Constitucional extendió la aplicación de esta norma a los compañeros permanentes que forman unión marital de hecho,<sup>15</sup> entendiendo esta unión como aquella conformada entre un hombre y una mujer.

En ese orden de ideas, el impacto negativo de la aplicación de la Ley 54 de 1990 se concreta en el hecho de que el compañero o compañera de una persona homosexual, no podrá exigir a su pareja la prestación de la obligación alimentaria. Obligación que tiene su fundamento en el deber de solidaridad que se predica de dos personas que deciden formar una comunidad de vida, sin importar si ésta se da dentro o fuera del matrimonio, ni tampoco si se trata de un hombre o una mujer. Las necesidades alimentarias de los seres humanos, y concretamente de los integrantes de una pareja, no son distintas cuando se trata de una pareja homosexual que cuando se trata de una pareja heterosexual. Sin embargo la interpretación del Código a la luz de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 permitiría al operador jurídico llegar a dicha conclusión.

#### *Régimen de vivienda familiar:*

El concepto de afectación a la vivienda familiar se deriva del concepto de patrimonio de la familia, el cual fue creado por la ley 70 de 1931 y modificado por la ley 495 de 1999. Dentro de los cambios que se le introdujeron a la Ley 70 de 1931 dicho tipo de patrimonio puede constituirse a favor de una familia compuesta por un hombre y una mujer mediante matrimonio o por la pareja que convive en unión marital de hecho.<sup>16</sup>

De otra parte, la Ley 258 de 1996 establece en su artículo primero que debe entenderse por patrimonio afectado a vivienda familiar el bien inmueble adquirido en su totalidad por uno de los cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio, destinado a la habitación de la familia. Sin embargo más adelante en el artículo 12 de la misma norma se encuentra que las disposiciones de la misma referidas a los cónyuges, se aplicarán extensivamente a los compañeros permanentes cuya unión haya durado al menos dos años. Nuevamente parejas conformadas por dos personas del mismo sexo continúan excluidas del campo de aplicación del régimen de vivienda familiar, en la medida en que la categoría “compañeros permanentes” deberá ser interpretada a la luz de la norma que dentro del ordenamiento jurídico la define: la Ley 54 de



1990. Interpretación que fue posteriormente avalada por la Corte Constitucional mediante uno de sus fallos.<sup>17</sup>

La exclusión se concreta para quienes siendo homosexuales deciden vivir en pareja, en el hecho de no poder aspirar a que los bienes inmuebles adquiridos por uno de ellos antes o después de iniciada la vida en comunidad y que esté destinado a la habitación conjunta, goce del beneficio de inembargabilidad previsto por la Ley 258 de 1996.

#### *Liquidación de la sociedad patrimonial:*

A partir de la creación de la Ley 54 de 1990, en el ordenamiento jurídico colombiano se reconoce la existencia de una sociedad patrimonial entre un hombre y una mujer que han convivido sin haberse casado por un lapso mínimo de dos años ininterrumpidos. Esta forma de sociedad patrimonial entre personas heterosexuales tiene al momento de su disolución los mismos efectos que una sociedad conyugal. Así se garantiza que al disolver la sociedad cada compañero tiene derecho a la parte del haber común que le corresponde. No obstante, y en virtud de la misma norma, esta garantía no opera para las parejas de un mismo sexo. Los homosexuales que cohabitan se encuentran desprotegidos patrimonialmente, siempre que de llegarse a disolver su cohabitación, no tienen cómo reclamar de su pareja la parte que en derecho y equidad les corresponde respecto de la sociedad que han construido.

#### *c. Impacto negativo en materia laboral*

##### *Seguridad social:*

La Ley 100 de 1993 establece el régimen de pensiones y el sistema de salud para todos los colombianos. Sin embargo los homosexuales no pueden afiliarse al sistema de seguridad social a sus parejas, ni beneficiarse del mecanismo de sustitución pensional o de la pensión de sobrevivientes. Los efectos de dicha norma sólo cobijan el matrimonio y la unión marital de hecho conformada entre un hombre y una mujer.<sup>18</sup>

Adicionalmente, el artículo 163 de la ley dispone que el plan de salud tiene cobertura familiar, sin embargo se entiende que los efectos de este plan se hacen extensivos solamente al o la cónyuge o el compañero o compañera permanente, cuya unión sea superior a dos años.<sup>19</sup> De la disposición anterior se concluye que bajo ningún supuesto puede afiliarse al régimen de salud al compañero o compañera del mismo sexo, pues nuevamente estamos ante una norma cuyo ámbito de aplicación se interpreta a la luz de la Ley 54 de 1990. En este caso el impacto negativo de la norma cobra especial importancia, en la medida en que se traduce en la afectación directa del derecho fundamental a la salud de los y las homosexuales.

En síntesis, antes de la expedición de la ley 54 de 1990 el derecho civil sólo se había encargado de regular aquellos asuntos que se derivaban de las necesidades de las parejas constituidas bajo la institución del matrimonio. Es decir, la legislación se encontraba determinada por la concepción de familia tradicional y heterosexual. Posteriormente, con la expedición de la Ley 54 de 1990, el Congreso de la República reconoce los efectos patrimoniales de las parejas heterosexuales que conviven por fuera del matrimonio.

En la sentencia C-098 de 1996 la Corte reconoce que el legislador incurrió en una omisión con la promulgación de la Ley 54 de 1990. Sin embargo considera que la misma no discrimina a los homosexuales, debido a que no constituye una obligación del legislador resolver todos los problemas mediante una misma norma, y por lo tanto califica la omisión como benigna. No obstante, a partir de los argumentos anteriormente expuestos, podemos concluir que la Ley 54 de 1990 efectivamente se erige en punto de partida para la configuración de una cadena de efectos dañinos hacia la comunidad homosexual. Así, al evidenciar los daños concretos que se derivan de la aplicación de la norma demandada en materia penal, civil y laboral, se materializan los supuestos a los cuales quedó condicionada la exequibilidad de la Ley 54 de 1990.

En conclusión, la materialización del impacto negativo de la norma demandada hacia el proyecto de vida homosexual se concreta en la existencia de los siguientes supuestos jurídicos. Por un lado, los

cónyuges surgen del vínculo del matrimonio, el cual puede ser contraído únicamente por el hombre y la mujer. Por el otro, la condición de compañeros es la consecuencia de la unión marital de hecho, es decir, de la cohabitación ininterrumpida por dos años entre el hombre y la mujer. Nuestro derecho positivo reconoce exclusivamente estas dos formas de vida en pareja. Por lo tanto, las personas homosexuales se encuentran excluidas del campo de aplicación de todas aquellas normas que reconocen derechos a quienes eligen la comunidad de vida en pareja. Exclusión<sup>20</sup> que se traduce para los homosexuales en una violación a la dignidad humana, al mínimo vital y a la libre asociación.<sup>21</sup>

Así, en la medida en que se prueba de forma precisa cual ha sido el efecto negativo que ha tenido para los homosexuales el mantener esta norma en el ordenamiento jurídico (Sección 3), se justifica no solamente el reexamen de la norma, sino también que se declaren inexecutable las expresiones *hombre y mujer* contenidas en la misma. Siendo además posible una decisión en este sentido, sin que con ello se produzca un efecto regresivo en el proceso de reconocimiento alcanzado con la ley objeto de la presente demanda. Esto, teniendo en cuenta que la declaración de inexecutable de la norma demandada no pone en riesgo el reconocimiento de los derechos reconocidos por el legislador a las parejas heterosexuales, sino que busca hacerlos extensivos a todas aquellas personas que viven en pareja, en particular a los homosexuales.

#### SECCIÓN 4: CAMBIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En la sentencia C-228 de 2002, la Corte Constitucional estableció que uno de los criterios que justifica el cambio de precedente se presenta cuando opera “un cambio en el ordenamiento jurídico que sirvió de referente normativo para la decisión anterior, *lo cual también incluye la consideración de normas adicionales a aquellas tenidas en cuenta inicialmente*”.<sup>22</sup> Así, teniendo en cuenta que en la sentencia C-098/06 la Corte se pronunció exclusivamente frente a las disposiciones constitucionales

cuya vulneración alegaba el demandante, a continuación se someten a estudio de la Corte dos nuevos cargos no tenidos en cuenta en el fallo anterior.

### *I. Violación del derecho de toda persona a vivir dignamente (preámbulo y artículo 1)*

El desconocimiento de los efectos jurídicos de las parejas homosexuales en el ordenamiento jurídico colombiano constituye una violación al principio de la dignidad humana. Con dicho desconocimiento se está limitando la posibilidad de las mujeres y los hombres homosexuales de nuestra sociedad de diseñar un plan vital y de vivir de acuerdo a sus exigencias, y por lo tanto se está vulnerando el principio constitucional que define el derecho de toda persona a vivir dignamente.

La Corte Constitucional ha definido a través de su jurisprudencia el contenido del derecho a llevar una vida digna, estableciendo las tres dimensiones a las que se extiende la protección de la dignidad humana. En primer lugar entendida como la autonomía o la posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera), en segundo lugar entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien) y por último como la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad móvil (vivir sin humillaciones).<sup>23</sup> A continuación se desarrollan estas tres dimensiones, y se demuestra como resultan vulneradas en lo que respecta a los homosexuales por la ley 54 de 1990.

#### *a. Vivir como se quiere*

La primera dimensión de protección de la dignidad humana se refiere a la elección de un proyecto de buen vivir que resulta ser “fundamento de la libertad personal, que se concreta en la posibilidad de elegir el propio destino cuando dicha elección no repercuta de manera directa en la órbita de los derechos ajenos”.<sup>24</sup> Así, dentro de la libre elección de un proyecto de vida, generalmente se encuentra

inmerso el goce de la sexualidad, el cual usualmente se manifiesta y realiza a través de la vida en pareja sin importar que esta sea heterosexual u homosexual. Cuando el Estado protege una opción en particular, no está necesariamente irrespetando los demás proyectos de vida, siempre y cuando dicha protección no vaya en detrimento de la libertad que tienen todos los seres humanos de optar por un proyecto de vida distinto de aquel comúnmente aceptado por la comunidad. Esta dimensión de la dignidad humana “implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo.”<sup>25</sup>

No obstante, la verdadera autodeterminación vital de las personas exige de un Estado Social de Derecho, no solamente una actitud neutral frente a la opción de buen vivir de sus ciudadanos. Implica también una acción afirmativa encaminada a garantizar la realización efectiva de las distintas opciones de vida en la esfera de lo público, es decir, frente al orden jurídico y la sociedad.

Los artículos 1 y 2 de ley 54 de 1990 vulneran la dignidad humana de los homosexuales en la medida en que establecen una distinción entre la opción heterosexual y homosexual que reduce para aquellos la posibilidad de vivir plenamente su opción de buen vivir. No se puede hablar de vida digna cuando el ordenamiento jurídico reconoce y protege las parejas conformadas por heterosexuales y al mismo tiempo desconoce y excluye a las parejas hombre-hombre o mujer-mujer. El Estado, según lo ha dicho la Corte<sup>26</sup> no puede hacer consideraciones de orden político o histórico para preferir a ciertas personas por encima de otras. Así, al declarar la constitucionalidad de la norma se estaría prefiriendo a las parejas heterosexuales como único proyecto de vida en comunidad jurídicamente válido y visible.

No basta con el reconocimiento del derecho fundamental a la libre opción sexual. El Estado Social de Derecho, y con el la dignidad humana exigen un trato igualitario que respete el pluralismo y las

diversas manifestaciones de la personalidad así como la exteriorización de la esfera íntima del individuo, en este caso del individuo homosexual. La misma Corte ha señalado que “no sólo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos. La razón jurídica que explica este compromiso positivo del Estado, se encuentra en el mandato constitucional según el cual, el Estado colombiano se funda en el valor de la dignidad humana, lo cual determina, no sólo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna.”<sup>27</sup>

### *b. Vivir bien*

La segunda dimensión de protección de la dignidad humana se refiere a las condiciones materiales concretas que garantizan que todo ser humano viva bien. Este segundo nivel recoge el aspecto patrimonial de la dignidad humana y ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte como un derecho autónomo bajo el nombre de mínimo vital. El mínimo vital y el derecho a la subsistencia son derechos de creación jurisprudencial que reconocen que “la persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir”.<sup>28</sup> Por lo tanto, es un deber en cabeza del Estado y de la sociedad en su conjunto, contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital que es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y del Estado Social de Derecho.<sup>29</sup>

La ley 54 de 1990 reconoce los efectos jurídicos de la vida en pareja a los heterosexuales. A su vez, dicho reconocimiento implica para aquellas la ampliación de los beneficios que en materia de seguridad social, pensiones, régimen sucesoral y separación conyugal usualmente eran reconocidos exclusivamente a los cónyuges. Mientras tanto a las parejas integradas por homosexuales se les niega cualquiera de estas posibilidades con fundamento en la misma disposición legal. Por ende, cuando uno de los miembros de la pareja homosexual desaparece o la relación termina, quien depende económicamente de su compañero o compañera queda en una

situación de desprotección que requiere especial protección por parte del Estado. Sin embargo no hay tal, la persona que dependía de su pareja no tendrá la posibilidad de reclamar una cuota alimentaria, acceder al sistema de salud, sustituir pensionalmente a su compañero, ni tampoco ser su heredero. Adicionalmente, en caso de que la pareja decidiera separarse y alguna de las partes optara por negarle a la otra su participación en los bienes que han venido siendo de ambos, tal individuo se encontraría desprotegido. Esto debido esencialmente a que no gozaría de mecanismo jurídico alguno, para poder reclamar de su pareja la contribución económica a esa sociedad que se formó entre ellos, lo cual en derecho y equidad le corresponde. Todo esto debido a que la ley 54 de 1990 estableció una distinción entre las parejas homosexuales y heterosexuales al excluir a las primeras e incluir a las segundas.

Por lo tanto se concluye que la Ley 54 de 1990 viola el derecho al mínimo vital, pues el efecto de su aplicación resulta contrario al contenido que la Corte ha definido respecto de este derecho fundamental: *“...los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano. En otros términos, el mínimo vital, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 5, 25 y 53 de la Constitución, incorpora un componente social que obliga al Estado a considerar a la persona en su plena dimensión, no sólo material sino espiritual, cuya subsistencia digna no se agota en la simple manutención, mediante el suministro de alimentos, sino que involucra todas las necesidades inherentes a su condición de ser humano, inserto en la familia y en la sociedad...”*<sup>30</sup>

#### c. Vivir sin humillaciones

La dignidad humana, tal y como la ha entendido esta Corte, se traduce en que toda persona pueda vivir como quiera, vivir bien y por supuesto, vivir sin humillaciones. Este tercer aspecto de la dignidad

humana se refiere a la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, la integridad física y la integridad moral. La dignidad humana como vivir sin humillaciones es tutelada cuando la persona a causa de una acción u omisión del Estado se ve afectada en su integridad personal o física, lo cual a su vez influye en la percepción que los demás tienen de ella.<sup>31</sup>

La valoración de los bienes no patrimoniales resulta ser muy difícil, pues depende en gran medida del sentir de la persona que lo padece, y de cómo esto lo afecta en el desempeño de sus actividades. Se encuentra ligado al plan de vida de la persona, pues cuando se vive humillado no es posible vivir plenamente. En materia de derechos, el titular siempre será el individuo, aun cuando el mismo tenga una proyección sobre la pareja; es la persona quien goza de la capacidad de hacerlos exigibles y de reclamar su tutela en caso de violación. La pareja homosexual en sí misma no es sujeto de derechos, por el contrario es el individuo quien al ejercer su derecho a determinar un plan de vida puede optar por la vida en pareja y en esa medida exigir del Estado y de la sociedad el reconocimiento de la misma. En esa medida, resulta cuestionable que la jurisprudencia establezca distinciones entre los derechos de las parejas homosexuales y la persona homosexual, produciéndose una coexistencia de líneas jurisprudenciales encontradas. Esta situación de trato diferenciado resulta injustificable toda vez que en ambos casos el titular del derecho es uno solo: la persona.<sup>32</sup>

En ese orden de ideas la coexistencia injustificada de dos líneas jurisprudenciales constituye una violación a la integridad moral de los homosexuales. Esto, teniendo en cuenta que el titular del derecho es solo uno, el ser humano, sin considerar que el reclamo se haga en nombre de la pareja o de la comunidad.<sup>33</sup> Así, en la medida en que no se reconoce jurídicamente la comunidad de vida entre dos personas del mismo sexo, se está limitando la posibilidad que tienen éstas de proyectarse socialmente y por ende están siendo sometidas a vivir con humillaciones. Humillación que se concreta en el hecho de no poder reivindicar sus derechos frente al Estado y la



comunidad cuando reconoce ser miembro de una pareja,<sup>34</sup> debido a que el Estado no se lo permite.

debido a que el Estado no se lo permite.

## *II. Derecho fundamental a la libre asociación (artículo 38)*

El artículo 38 de la Constitución de 1991 establece que “se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”. A su vez, la Corte se ha pronunciado sobre el contenido de este derecho fundamental: “este derecho, se constituye en una forma de realización de la libertad personal, en el sentido de que se le reconoce a toda persona su voluntad autónoma y el ejercicio de la opción espontánea y libre de estructurar, organizar y poner en funcionamiento, mediante la unión permanente con otras personas, de asociaciones que encarnen propósitos o ideas comunes en relación con el cumplimiento de ciertos objetivos lícitos y que se juzgan útiles en el medio social”.<sup>35</sup> Así, el derecho a asociarse libremente implica para todos los colombianos la posibilidad amparada por la ley de establecer diferentes tipos de vínculos, y que éstos sean respetados y protegidos por la ley.

En efecto, la Constitución Nacional en su artículo 42 otorga protección especial a la familia que no es otra cosa que la forma primigenia de asociación de los seres humanos. Este derecho reconoce la dimensión constitucional de las familias que surgen a partir del vínculo matrimonial y de todas las formas de familia natural, cuyo origen es la voluntad responsable de conformarla.<sup>36</sup> Así, los individuos que forman parte de una pareja heterosexual son titulares del derecho fundamental a la libertad de asociación, e igualmente son objeto de particular protección constitucional, pues la Carta del 91 consagra un derecho fundamental a la familia que cobija igualmente la unión entre un hombre y una mujer por fuera del matrimonio.<sup>37</sup>

Sin embargo, esto no implica que las parejas homosexuales se encuentren desprotegidas dentro del texto constitucional. Como bien

lo ha señalado la Corte, el derecho de asociarse libremente reconoce a todos los seres humanos la libertad de determinar si se unen o no de forma permanente con una o varias personas. El derecho de optar libremente por vivir la sexualidad en pareja sin importar si esta es heterosexual u homosexual está constitucionalmente protegido por el artículo 38 de la Constitución.

Cuando hablamos de la pareja heterosexual o de la pareja homosexual estamos ante dos formas distintas de un sólo fenómeno de asociación: la pareja, el cual es distinto de otra de las formas de asociación humana: la familia. En la sentencia C-098 de 1996, la Corte encuentra tres elementos que a su juicio justifican el trato diferenciado entre una pareja y otra.<sup>38</sup> Sin embargo lo que realmente establece la Corte son los elementos que distinguen la familia,<sup>39</sup> de la pareja homosexual, pasando por alto que la Ley 54 de 1990 regula exclusivamente los efectos patrimoniales de una de las formas de pareja que pueden existir entre seres humanos. Por lo tanto, si se quiere justificar el trato diferenciado, debe hacerse partiendo de los supuestos que dan origen a la pareja y no a la familia, pues como ya se dijo, son dos formas asociativas distintas.

Si la familia está conformada por diferentes elementos como son: la pareja, la perpetuidad y la procreación, y en otros casos de familia no natural, la consanguinidad, la pareja es tan sólo un elemento que puede subsistir de manera independiente, y por ende debe contar con una regulación y unos efectos civiles particulares. En tanto se desligue el concepto de familia del de pareja, y se considere ésta última en un contexto más amplio y no reducido a la esfera de la heterosexualidad, se podrá entonces incluir a los homosexuales dentro del régimen patrimonial. Así, la diferenciación entre pareja y familia puede hacerse a partir de la construcción del siguiente esquema, que reconoce la independencia de ambos fenómenos, con sus distintas consecuencias jurídicas:

Esquema 1

1. Matrimonio

2. Conformado por el hombre y la mujer, matrimonio como institución,

como sacramento y como contrato.

3. Efectos civiles derivados de la sociedad conyugal, efectos religiosos indisolubles por tener el carácter de sacramento y efectos como institución por ser pilar de la familia natural consagrada en el artículo 42 de la C.N.

#### Esquema 2

1. Parejas: entendidas por ésta la relación adulta, libre y lícita entre dos seres humanos.
2. No se hacen consideraciones en cuanto al sexo, puede ser hombre y mujer, mujer y mujer u hombre y hombre.
3. El reconocimiento de sus efectos jurídicos es consecuencia directa del derecho fundamental a la libre asociación.

Por lo tanto, partiendo de la definición dada por la misma Corte sobre la libertad de asociación,<sup>40</sup> se busca establecer si existe o no justificación al trato diferenciado que dio el legislador a las parejas homosexuales con la expedición de la Ley 54 de 1990. Son características comunes a la pareja: (i) La libre voluntad de conformarla, la pareja homosexual es fruto del consentimiento de las partes; (ii) la persecución de fines lícitos, su licitud está comprobada desde el momento en que se despenalizó el homosexualismo y desde que la sentencia C-098 de 1996 estableció la libre opción sexual como derecho fundamental; (iii) la convergencia en una organización unitaria, y por último (iv) el libre ingreso y salida, lo cual es consecuencia directa de la libertad con la que se estableció.

Uno de los argumentos considerados para la creación de la ley 54 de 1990 era la de evitar la constitución de sociedades comerciales, para regular el fenómeno de la sociedad conyugal entre compañeros permanentes. Esta situación fue reconocida por la sentencia C-098 de 1996, que justificó el avance que representaba frente al tema la creación de la Ley 54 de 1990. En aquella ocasión dijo la Corte: *“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 en la creación de un patrimonio común, las dificultades probatorias y la complejidad de los*

*procedimientos 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 [Ley 54 de 1990] 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". Sin embargo en materia de homosexuales se ha utilizado como argumento que éstos para acceder al mismo tipo de derechos pueden a su vez recurrir a la creación de sociedades comerciales, lo cual resulta violatorio de su derecho a la libre asociación, por las razones que se exponen a continuación.*

En primer lugar hay que señalar que constituir una sociedad comercial implica una serie de dificultades, dificultades que también aparecen cuando se pretende acreditar la existencia de las sociedades de hecho. En efecto, de conformidad con el artículo 110 del Código de Comercio, las sociedades comerciales se constituirán por escritura pública, que deberá contener 14 requisitos indispensables para su validez. Una vez elevada la escritura, se deberá proceder a registrarla en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; con la aclaración de que si se hacen aportes de inmuebles, tales bienes deberán ser inscritos de la manera como lo dispone el Código Civil. Adicionalmente, para este tipo de contratos el artículo 117 del mismo código establece un único medio de prueba, siendo este la certificación de la existencia de la sociedad que debe ser expedida por la Cámara de Comercio del domicilio principal de la sociedad. Por lo tanto se concluye que la constitución de una sociedad comercial es en si mismo un trámite procesal complejo que requiere de tiempo y dinero.

Por otro lado, en lo que respecta a las sociedades de hecho, se sabe que en las mismas los socios responden en forma solidaria, ilimitada y directa por las obligaciones que se contraigan en ejercicio

de la actividad social. A su vez, los bienes están afectados al pago de las obligaciones contraídas en interés de éste tipo de sociedad, tal y como lo dispone el artículo 504 del estatuto comercial. Así las cosas, si bien la ley reconoce la validez de éste tipo de asociaciones, las dificultades probatorias que las mismas suponen para acreditar su existencia, las convierten en una opción poco interesante cuando lo que se busca es el reconocimiento de los efectos jurídicos de la pareja.<sup>41</sup>

Los argumentos expuestos por la Corte en la C-098 de 1996 resultan ser pertinentes para las uniones hombre-hombre y mujer-mujer. De hecho, con la no inclusión de las parejas homosexuales en la Ley 54 de 1990, era previsible que la situación de quienes no siendo heterosexuales deciden establecer una comunidad de vida singular y permanente empeorara respecto de las parejas formadas por un hombre y una mujer. Las dificultades probatorias y procedimentales<sup>42</sup> denunciadas por la Corte en la sentencia, existían para los dos tipos de pareja antes de la expedición de la norma; y sin embargo sólo subsisten hoy para las parejas homosexuales. No ha sido necesario entrar en complejas elucubraciones para evidenciar que la distinción que hizo el legislador al crear la norma ha tenido un impacto negativo sobre las posibilidades de realización del proyecto de buen vivir de los homosexuales. Por lo tanto, la expresión hombre y mujer contenida en los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 no es inconstitucional por el hecho de reconocer los efectos jurídicos de quienes viven en pareja sin estar casados; su inconstitucionalidad se deriva del impacto negativo que tiene la aplicación de la norma para la comunidad homosexual.

De los anteriores argumentos se concluye que no es posible justificar la exclusión de las parejas homosexuales del campo de aplicación de la Ley 54 de 1990 teniendo en cuenta que los elementos que a partir de la doctrina constitucional definen una pareja como forma asociativa, están presentes en las parejas hombre-mujer así como en las parejas homosexuales. Por lo tanto, cuando se niega a las parejas homosexuales la posibilidad de conformar una sociedad patrimonial, y se les limita a asociarse a

través de una sociedad de hecho o comercial, se está desconociendo la voluntad autónoma de quienes la conforman.<sup>43</sup> Por lo tanto se concluye que la Ley 54 de 1990 viola el derecho de libre asociación de las y los homosexuales que libremente eligen como parte de su proyecto de vida asociarse con otro individuo con el objeto de establecer una comunidad de vida.

## SECCIÓN 5: CAMBIO EN EL REFERENTE NORMATIVO

En la sentencia C-228 de 2002 la Corte establece que *“un cambio en la concepción del referente normativo debido, no a la mutación de la opinión de los jueces competentes, sino a la evolución en las corrientes de pensamiento sobre materias relevantes para analizar el problema jurídico planteado”*,<sup>44</sup> constituye una razón poderosa para modificar la solución al problema jurídico previamente planteado. Este segundo criterio aplicado al caso objeto de estudio se concreta en un cambio del referente normativo que se constata en dos niveles. En primer lugar un cambio en el contenido del bloque de constitucionalidad (I), y en segundo lugar un cambio en la percepción de la sociedad colombiana frente a la comunidad homosexual (II).

### *I. Cambio del bloque de constitucionalidad*

En virtud del artículo 93 de la Constitución es una obligación de rango constitucional el cumplir con los lineamientos que en materia de derechos fundamentales han sido fijados por el derecho internacional de los derechos humanos. Así las cosas, la constitucionalidad de una ley ordinaria dentro del ordenamiento exige la coherencia de la misma frente a la Constitución, y, por vía del artículo 93 este deber de coherencia se extiende al contenido de los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos ratificados por Colombia. De lo contrario, la norma cuya constitucionalidad se cuestiona resultaría inconstitucional por ser violatoria del artículo 93. En ese orden de ideas, el tratamiento de la

presente demanda debe dar razón de los argumentos de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

*a. Tratados de derechos humanos ratificados por Colombia*

La Corte al interpretar el artículo 93 señaló que su inciso segundo adopta como parámetros de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1991 todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, y que por tanto forman parte integrante del bloque de constitucionalidad.<sup>45</sup> Dentro de la misma línea jurisprudencial, estableció que aquellos tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad, son así mismo parámetros para examinar la constitucionalidad de las leyes y los actos administrativos.<sup>46</sup> Adicionalmente la Corte aceptó que aún los derechos fundamentales que no forman parte del bloque de constitucionalidad por ser posible su limitación en estados de excepción, deben ser interpretados de acuerdo a los tratados de derecho internacional sobre derechos humanos.<sup>47</sup>

De la interpretación que lleva a cabo la Corte respecto del inciso segundo del artículo 93 se concluye el reconocimiento de la regla hermenéutica de favorabilidad o como la denomina en su propia jurisprudencia: cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos.<sup>48</sup> Esta misma corporación se ha pronunciado sobre el valor vinculante de tal cláusula al establecer que no podrán ser invocados como pretexto para restringir o menoscabar un derecho reconocido por el Estado - en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales - aquellos tratados de derechos humanos internacionales ratificados por Colombia que no los reconozcan o que lo hacen en menor grado.<sup>49</sup>

La Corte no se limita a establecer el valor jurídico de la cláusula de favorabilidad hermenéutica en materia de derechos humanos, sino que la integra a la línea jurisprudencial de interpretación del artículo 93 inciso segundo. Así, entiende la Corte que el valor jurídico de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia es nada más y nada menos que constitucional: “El

artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos”.<sup>50</sup>

Finalmente en los dos últimos años la Corte ha señalado con mayor precisión cuál es el alcance del segundo inciso del artículo 93, al establecer que todos los tratados de derechos humanos que hayan sido ratificados por Colombia y que se refieran a derechos constitucionales, gozan de valor jurídico de rango constitucional y hacen parte del bloque de constitucionalidad.<sup>51</sup> Por lo tanto dichas normas no son solamente criterio de interpretación, sino normas de obligatorio cumplimiento.<sup>52</sup>

En la sentencia C-1299 de 2005,<sup>53</sup> la Corte Constitucional estableció que cuando se presente como argumento de inconstitucionalidad el cambio del referente normativo del bloque de constitucionalidad, existe para el demandante una carga procesal mínima que consiste en determinar los extremos de confrontación entre el bloque de constitucionalidad y la norma acusada. La Corte señaló que existen dos eventos en los cuales existiría un cambio en el bloque de constitucionalidad:

[...] en la demanda no se demuestra que Colombia haya ratificado un nuevo tratado del cual se derive el mandato imperativo a que alude la demandante o que éste haya sido interpretado con autoridad en ese sentido por el órgano internacional competente [...].

Es decir, según esta sentencia para que exista un cambio en el contenido normativo del bloque de constitucionalidad pueden suceder dos eventos: (i) la ratificación de un nuevo tratado, o (ii) la interpretación con autoridad de un tratado ya suscrito que plantee elementos referentes a la situación objeto de evaluación constitucional.

En el caso de la presente demanda no existe la ratificación de un nuevo tratado, y en esa medida no opera el primer supuesto previsto para el cambio de contenido normativo. Sin embargo, opera



el segundo supuesto previsto por la Corte en la medida en que - en concordancia con lo expresado en la sentencia C-1299 de 2005 - existe una interpretación con autoridad del Comité de Derechos Humanos (intérprete autorizado del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), quien en su decisión *Young v. Australia*<sup>54</sup> se pronunció sobre la igualdad de derechos de las parejas homosexuales en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Adicionalmente, existen pronunciamientos reiterados, claros y constantes de diversos Comités que monitorean la vigilancia de los pactos de derechos humanos. Estos coinciden en (i) el reconocimiento de la orientación sexual como estatus objeto de protección frente a cualquier forma de discriminación, (ii) ya que ésta puede constituir en sí misma una violación del derecho a la igualdad y (iii) constituir en un obstáculo para el disfrute de otros derechos.

#### *b. Doctrina y jurisprudencia de los comités de monitoreo*

En 1996 la Corte reconoce que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas constituye el intérprete autorizado del PIDCP, el cual forma parte del bloque de constitucionalidad. “La doctrina de este Comité es entonces vinculante en el ordenamiento colombiano pues esta Corte ya había señalado que, en la medida en que el artículo 93 establece que los derechos constitucionales se interpretarán de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (C.P. art. 93), es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos. Esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno”.<sup>55</sup>

En el año 2000 la Corte Constitucional emitió un fallo en el mismo sentido: “(...) En virtud del artículo 93 de la C.P. los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las

normas constitucionales sobre derechos fundamentales.”<sup>56</sup> Posición reiterada posteriormente mediante un fallo en el 2001. En esta última sentencia se enfatiza particularmente en el valor de la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos como pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados internacionales en la materia, y por tanto de los derechos constitucionales en sí mismos.<sup>57</sup>

De otra parte, en el año 2000 la Corte complementa la regla anterior al establecer que no sólo la jurisprudencia de dichos tratados era una pauta relevante para la interpretación de los derechos fundamentales sino que además también se debía tener en cuenta las recomendaciones de los órganos de control de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.<sup>58</sup>

A partir de lo anteriormente expuesto se concluye que el bloque de constitucionalidad tratados ratificados, doctrina y jurisprudencia de los órganos de monitoreo- forma parte del referente normativo a partir del cual el juez constitucional examina la constitucionalidad de una norma. Por tal razón, resulta necesario que se considere el contenido del mismo como argumento que sustenta en el caso concreto que la Corte Constitucional se aparte de la decisión tomada en la sentencia C-098 de 1996. Esto, teniendo en cuenta que la Corte no incluyó dentro del referente normativo a partir del cual estudió la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, el desarrollo que a partir de los instrumentos de derecho internacional se ha dado al derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual. Por tal razón se exponen a continuación aquellos pronunciamientos y decisiones que desarrollan el contenido del bloque constitucional en materia de discriminación por motivos de orientación sexual.

### *c. Contenido del bloque en materia de discriminación por motivos de orientación sexual*

Doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH):

El primer instrumento convencional de Derecho Internacional que reconoce la discriminación por razón de sexo como una conducta contraria a los Derechos Humanos es el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo de ahí a que se reconociera que dentro de este tipo de discriminación estaba incluida aquella ligada a la opción sexual el camino recorrido ha sido largo. Es sólo hasta el 31 de marzo de 1994 cuando se produce el histórico fallo de El Comité de Derechos Humanos en el caso *Toonen v. Australia*,<sup>59</sup> que por primera vez se afirma que la orientación sexual constituye per se un estatus protegido en contra de la discriminación. Sin embargo, desde finales de la década de los noventa se han venido multiplicando las decisiones que en el sistema universal de protección de los derechos humanos, los sistemas regionales europeo e interamericano y en distintas cortes nacionales, se avanza con paso firme hacia el reconocimiento de la igualdad de los homosexuales; igualdad que se interpreta como incluyendo el goce pleno e igual de todos los derechos y libertades por parte de los homosexuales.<sup>60</sup>

Es importante resaltar que la Corte Constitucional usó en la sentencia C-481 de 1998 la Doctrina del Comité de Derechos Humanos, especialmente el caso citado, para determinar y garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas homosexuales.

En el 2003 el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) reconoció en su decisión *Young v. Australia*<sup>61</sup> los derechos de las parejas homosexuales como fundantes de la no discriminación por causa de la orientación sexual. Es decir, si bien no toda discriminación puede ser calificada como contraria al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sí es discriminatoria una medida que trata de forma desigual a los homosexuales frente a los heterosexuales, a menos que pueda ser *justificada por criterios objetivos y razonables*. Así las cosas el no otorgar beneficios pensionales al compañero sobreviviente de una pareja homosexual, constituía un caso de discriminación violatorio del artículo 26 del Pacto. Esto, teniendo en cuenta que la legislación australiana sí preveía dicho beneficio para los matrimonios y las parejas heterosexuales en cohabitación que pudiesen demostrar encontrarse en una relación equivalente al matrimonio, y que es

claro que el autor de la demanda, como pareja del mismo sexo, no tenía la posibilidad de acceder al matrimonio ni se le reconocía como pareja que había cohabitado con el fallecido. El Comité concluyó que el Estado australiano incurrió en una discriminación basada en la orientación sexual que era violatoria del Pacto, por cuanto la exclusión legislativa a la que se somete a las parejas homosexuales constituye un trato desigual ante la ley que no se encuentra justificado por tal instrumento internacional.<sup>63</sup>

Doctrina de la Comisión de Derechos Humanos, los comités de Naciones Unidas y otros mecanismos extraconvencionales:

Un número importante de organismos convencionales y extraconvencionales de Naciones Unidas encargados de interpretar y monitorear el cumplimiento de los tratados de derechos humanos han determinado que la orientación sexual es una categoría prohibida de discriminación según los pactos de derechos humanos. Esta clase de discriminación es obstáculo para el disfrute y garantía de otros derechos y que las personas homosexuales por esta razón pueden ser sujetos vulnerables de violaciones de derechos humanos. Por esta razón estos organismos han instado a los estados a tomar medidas que conduzcan a eliminar la discriminación y la protección adecuada de los derechos de las personas homosexuales.

En ese sentido la Comisión de Derechos humanos en la Resolución 2004-37 manifestó su preocupación por los asesinatos cometidos por razones discriminatorias incluida la Orientación Sexual. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos se pronunció sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual en once observaciones finales a los informes presentados por los Estados parte.<sup>126</sup> En todos los pronunciamientos a los que se viene haciendo referencia se ha enfatizado en tomar medidas legislativas para prevenir y sancionar la discriminación por orientación sexual.

Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha pronunciado sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual en dos observaciones generales<sup>64</sup> y cinco

observaciones finales a los informes de los Estados<sup>65</sup> parte de dicho tratado. Ha señalado que la orientación sexual no puede ser un obstáculo para el acceso a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el mismo sentido el Comité de Derechos del Niño se ha pronunciado sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual y su incidencia en el disfrute y garantía de otros derechos en dos observaciones generales<sup>66</sup> y en cuatro Observaciones Finales a los informes de los Estados parte.<sup>67</sup> Así mismo lo ha expresado el Comité para todas las formas de discriminación contra la Mujer<sup>68</sup> y el Comité contra la Tortura.<sup>69</sup>

Igualmente, las violaciones de derechos humanos cometidas con base en la orientación sexual han sido reconocidas y condenadas por un amplio número de Relatoras y Relatores Especiales, Expertas y Expertos Independientes, Representantes Especiales y Grupos de Trabajo. A continuación se citan algunos ejemplos de este fenómeno:

- \* La relatora especial sobre violencia contra las mujeres, sus causas y consecuencias;<sup>70</sup>
- \* La relatora especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias;<sup>71</sup>
- \* El relator especial sobre tortura, tratos o castigos crueles, inhumanos y degradantes;<sup>72</sup>
- \* El relator especial sobre el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto estándar posible de salud mental y física;<sup>73</sup>
- \* El relator especial sobre libertad de expresión;<sup>74</sup>
- \* La representante especial del secretario general para la situación de los defensores de los derechos humanos;<sup>75</sup>
- \* El relator especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas de intolerancias relacionadas;<sup>76</sup>
- \* La relatora especial sobre el derecho a la educación;<sup>77</sup>
- \* El grupo de trabajo sobre la detención arbitraria;<sup>78</sup> y
- \* El relator especial sobre la independencia de jueces y abogados.<sup>79</sup>

Estos pronunciamientos al ser reiterados, claros y constantes deben ser tenidos en cuenta por el juez constitucional en el estudio de exequibilidad de la norma demandada. Esto fundamentalmente debido a que representan un criterio relevante de interpretación, el

cual, al ser reiterado tanto en los organismos de derechos humanos de Naciones Unidas como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional son útiles, adecuados y necesarios para fijar el alcance y garantía de los derechos de los homosexuales.

*d. Incorporación de la doctrina internacional por parte de los jueces*

En este último aparte se presenta una breve referencia al derecho comparado con el objeto de evidenciar los efectos que la doctrina de los órganos de monitoreo ha tenido en otros contextos jurídicos. Esto, teniendo en cuenta también que en numerosas ocasiones la Corte Constitucional colombiana ha invocado la jurisprudencia de cortes nacionales extranjeras, así como regionales e internacionales<sup>80</sup> como un medio para ilustrar o establecer con mayor claridad cual es la interpretación de una disposición en concreto o el contenido de un derecho reconocido vía tratados internacionales.

Sistema europeo de protección de DDHH:

El Tribunal Europeo desde 1999 estableció que la discriminación hacia las parejas homosexuales no se justifica aún cuando el objetivo legítimo que se persigue sea la protección de la familia tradicional. Dicha conducta resulta violatoria del derecho a la intimidad y a la no discriminación por razón de sexo, consagrados en los artículos 8 y 14 de la Convención Europea de DDHH<sup>81</sup>. En aquella ocasión la Corte Europea de Derechos Humanos encontró que el que un juez nacional le hubiera quitado al padre la custodia de su hija en razón de su condición de homosexual, y por encontrarse conviviendo con otro hombre, había violado la intimidad y la igualdad de dicho individuo. Aún en el caso del interés superior del menor, el Alto Tribunal consideró que la razonabilidad de la medida no se encontraba justificada.

Corte Constitucional Sudafricana:

La Corte Constitucional Sudafricana ha declarado desde 1999 la inconstitucionalidad de aquellas leyes que reconocían beneficios exclusivamente a favor de las parejas heterosexuales, aún cuando la diferencia de trato se justifica en la protección de la familia

heterosexual. Dentro de esta línea jurisprudencial, el Alto Tribunal Surafricano ha producido tres fallos sobresalientes.<sup>82</sup> En el primero, NCGLE, declaró inconstitucional la legislación que no reconocía los beneficios de inmigración para los compañeros permanentes de las parejas homosexuales. En Du Toit, reconoció en una decisión unánime el derecho de las parejas homosexuales a adoptar en igualdad de condiciones que el matrimonio heterosexual. Y por último declaró inexecutable en un tercer fallo, Satchwel, la ley que concedía beneficios solo a los cónyuges de los jueces surafricanos.

El aspecto más interesante de la jurisprudencia surafricana es que aplica de forma sistemática los criterios desarrollados por el CDH para determinar los casos en que la discriminación resulta contraria al Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos:

La Corte Suprema de Estados Unidos no se ha quedado atrás en la aplicación de jurisprudencia internacional. En 2003 Lawrence v. Texas<sup>83</sup> incorporó por primera vez la jurisprudencia internacional para emitir un histórico fallo a favor del derecho constitucional a la privacidad de la conducta consensual entre homosexuales. El fallo internacional que inspiró la decisión de la Corte Suprema norteamericana corresponde al caso Dudgeon v. United Kingdom de la Corte Europea de Derechos Humanos, caso que ha sido citado por la Corte Constitucional colombiana dentro de la línea jurisprudencial sobre derechos de los homosexuales.<sup>84</sup>

Para concluir con el análisis del cambio en el referente normativo se desarrolla a continuación el segundo nivel anunciado en la introducción de la sección: el cambio que se ha producido en la forma como la sociedad colombiana percibe la homosexualidad como proyecto de vida.

## *II. Cambio social*

La evolución de la sociedad no es un proceso espontáneo. La evolución de la sociedad se construye, y en este caso la sociedad y la

opinión pública han dado el primer paso hacia una sociedad mucho más respetuosa y tolerante frente a la diferencia. La Corte no puede permanecer indiferente ante el cambio en la concepción y percepción de los colombianos frente a su comunidad homosexual y el proyecto de vida que defienden. Ella misma a través de su jurisprudencia ha reconocido el carácter dinámico de la Constitución, resultado de la permanente tensión con la realidad. Dicha tensión exige de los jueces no solamente el respeto del precedente, sino también la capacidad de actualización de las normas a situaciones nuevas. Hoy, el máximo intérprete de la Constitución tiene la posibilidad de modificar su interpretación de los principios constitucionales para ajustarlos a las necesidades concretas de una realidad social que no es la misma que hace diez años. La sociedad colombiana reclama una transformación profunda desde el derecho “que neutralice los estereotipos y las prácticas excluyentes que impiden que las otras sexualidades puedan desplegarse libremente.”<sup>85</sup> Una transformación que reconozca que el desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social de los seres humanos.

#### *a. Uso del lenguaje en los medios de comunicación*

El uso del lenguaje en los medios de comunicación evidencia un cambio concreto en la forma como los colombianos percibimos a la comunidad homosexual. Dicho cambio da muestra de una transición desde la concepción anormal y enferma de la conducta homosexual, hasta llegar a lo que hoy podríamos llamar una primera fase de reconocimiento del proyecto de vida homosexual que avanza hacia una convivencia fundada en la visibilidad de lo diverso.

Como eje fundamental de dicho proceso, los medios de comunicación, al permitir a una sociedad captar la realidad en un momento histórico preciso, revelan en el caso concreto la forma como el debate ha trascendido el fuero privado, entrando en la esfera de lo público.<sup>86</sup> La inclusión creciente de temas relacionados con la comunidad homosexual en publicaciones escritas, así como en radio, cine y televisión confirman esta tendencia,<sup>87</sup> y en el caso



colombiano permiten visibilizar esta comunidad que podría contar con 4 millones de personas según estadísticas de investigadores sociales.<sup>88</sup>

Así, a lo largo de la última década los medios de comunicación comienzan a referirse frente a este sector de la población en otros términos. El discurso ya no es despectivo, los adjetivos y connotaciones negativas disminuyen notablemente y se suprime el uso de adjetivos como pecaminoso o enfermo para calificar a los homosexuales. El homosexual comienza a ser un ciudadano más, distinto de otros pero no por ello objeto de discriminación y exclusión de la vida colectiva. Ya no se habla de afección psicológica, enfermedad o delito, términos que son reemplazados por ciudadano, individuo, conducta humana y opción de vida. Ya no son los homosexuales, sino la comunidad homosexual colombiana. La sociedad misma, a través del lenguaje empleado en los medios de comunicación generó un cambio de lo que significa ser homosexual en Colombia. La concepción y percepción que se tiene sobre el proyecto de vida homosexual se ha transformado, pero los medios son solo el reflejo de los pasos que da una comunidad que busca el reconocimiento pleno de sus derechos.

#### *b. Consolidación de un movimiento social y político*

Las manifestaciones son el primer hecho que confirma la visibilización de la comunidad homosexual en Colombia. Durante la pasada marcha en el día del “Orgullo Gay” desfilaron más de 2000 personas a lo largo de la avenida séptima de Bogotá, sin que la policía registrara un solo disturbio.<sup>89</sup> No obstante, la consolidación de la comunidad gay no sólo se refleja en las calles del país, sino que se extiende a la configuración de un movimiento social que busca mediante las vías institucionales propias de un sistema democrático la materialización de sus derechos. Los homosexuales han entrado a la arena política nacional constituyéndose en una minoría política altamente activa en nuestro país.<sup>90</sup>

El movimiento social se ha consolidado por el surgimiento de espacios sociales, que si bien son identificados como espacios

“gays” son concurridos por una gama heterogénea de personas, es el caso de nuevos lugares de distracción como tiendas de ropa, bares, cafés y restaurantes, que además son reconocidos como espacios de moda en el ámbito colombiano, esto como prueba de que el grupo homosexual ya no se encuentra encerrado en sí mismo, sino que comparte lugares comunes de socialización con el resto de la población heterosexual, lo cual implica mayor tolerancia y aceptación de este modo de vida por parte de los heterosexuales que comparten estos espacios.

El activismo político de la comunidad gay colombiana se evidencia en el surgimiento de organizaciones no gubernamentales que defienden y reivindicán los derechos de los homosexuales en Colombia. Sus exigencias han alcanzado todas las instancias del poder judicial nacional y sus propuestas han llegado hasta el Congreso de la República. Igualmente cuando ha sido necesario, los reclamos de la comunidad homosexual han trascendido las fronteras del territorio colombiano en busca de la protección de los derechos que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce a toda persona. El derecho y su aplicación se convierten en eje central de la lucha de la comunidad homosexual de nuestro país por la materialización de sus derechos y la garantía de una inclusión plena y real en la sociedad.

Las políticas públicas en materia de diversidad sexual lideradas por el alcalde Sergio Fajardo en la ciudad de Medellín ilustran el proceso de visibilización del proyecto de vida homosexual en la realidad social colombiana. Al respecto señala el alcalde Fajardo, *“En una ciudad multicultural e incluyente, debe existir la posibilidad de vivir según las convicciones de cada persona. Hablar de cada una de las orientaciones sexuales es validar la existencia de ella como opciones de vida. Medellín convive con la diversidad sexual no pretende tomar partido, ni exaltar alguna condición, simplemente muestra la gran cantidad de matices de la sexualidad del ser humano”*.<sup>91</sup>

Igualmente, el Gobierno Nacional se ha manifestado recientemente de manera positiva frente al reconocimiento de los derechos patrimoniales de los homosexuales que viven en pareja. En

efecto, el Presidente Álvaro Uribe Vélez declaró hace unas semanas que su Gobierno “apoya [el] régimen común de bienes y seguridad social para las parejas del mismo sexo (...)”.<sup>92</sup> Del mismo modo se pronunció la iglesia católica, tal y como lo demuestran las declaraciones de Monseñor Luis Augusto Castro para el periódico El Espectador y las declaraciones que dio el presidente de la Conferencia Episcopal a la revista Cambio. Mientras que el primero afirmó que *“Creemos que a los homosexuales se les deben dar beneficios tales como la seguridad social o los de tipo patrimonial”,*<sup>93</sup> el segundo indicó que, *“ahora, los homosexuales piden una reglamentación para obtener beneficios, y eso le toca al Estado”.*<sup>94</sup> Estas declaraciones hacen evidente el giro que ha dado la iglesia y la mayoría católica en Colombia hacia un discurso más inclusivo del proyecto de vida homosexual.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional, habiendo expresado que tiene una gran “fe...en el poder [que tienen] las normas constitucionales, de transformar la realidad social”,<sup>95</sup> tiene ante sí la posibilidad de consolidar un proceso de transformación de aquello que la sociedad colombiana reconoce como un proyecto de vida válido. Posibilidad que permite a su vez convertir el derecho en herramienta de transformación de la realidad social.<sup>96</sup> Al reivindicar la situación de los homosexuales frente a la comunidad en general el efecto en el imaginario colectivo es sumamente poderoso, como poderosas son las razones que se presentan en esta demanda para que la Corte se aleje del precedente sentado por el fallo anterior.

El reexamen de la ley 54 de 1990 por parte de la Corte Constitucional es el reconocimiento de una década de camino recorrido por la comunidad homosexual en nuestro país. En esa medida, la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones hombre y mujer de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990 constituye la materialización de una promesa hasta el momento pospuesta un sinnúmero de veces por el Congreso de Colombia. Se trata del reconocimiento de aquello que las y los colombianos concebimos como un orden jurídico más justo. Las colombianas y colombianos deseamos y estamos listos para vivir homosexuales y heterosexuales como iguales ante la ley.

Por lo tanto, y a manera de conclusión, solicitamos a la Corte Constitucional declare la inexecutable de las expresiones hombre y mujer contenidas en los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, en la medida en que resultan violatorias del principio de dignidad humana y del derecho a la libre asociación de los ciudadanos homosexuales que deciden vivir en pareja.

## SECCIÓN 6: DISPOSICIONES FINALES

### *I. Trámite*

El trámite que debe seguir esta demanda es el señalado en el Decreto 2067 de 1991 y las normas que la adicionen y complementen. Así como las normas y actos administrativos que a la fecha se hayan proferido en relación con las demandas como la que se presenta.

### *II. Competencia de la Corte Constitucional*

Es competente la Honorable Corte Constitucional en virtud del numeral 4 del artículo 241 de la Carta que establece que la Corte Constitucional debe decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

### *III. Notificaciones*

Se reciben notificaciones en la Secretaría Común de la Corte Constitucional

Firman

Alejandra Azuero Quijano

Luz María Mercado Bernal

Marcela Sánchez Buitrago

Daniel Bonilla Maldonado

## Notas

- 1** Artículo modificado por la Ley 979 de 2005.
- 2** Corte Constitucional, Sentencia C - 489 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- 3** Corte Constitucional, Sentencia C - 543 de 1992 M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo.
- 4** Corte Constitucional, Sentencia C - 710 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 5** Corte Constitucional, Sentencia C - 710 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 6** Corte Constitucional, Sentencia C - 492 de 2000 M.P. Alejandro Martinez Caballero.
- 7** Corte Constitucional, Auto A - 031B de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- 8** Ibid.
- 9** La demanda que dio origen a la sentencia C-098 de 1996 presentaba como cargos la violación de los siguientes artículos de la Carta del 91:
  - Artículo 1: Principio de pluralismo
  - Artículo 13: Principio de igualdad real y efectiva
  - Artículo 16: Ejercicio del libre desarrollo de la personalidad
  - Artículo 18: Libertad de conciencia
  - Artículo 21: Honra de los miembros de las uniones homosexuales
- 10** En este caso se solicita a la Corte Constitucional el reexamen de la norma a la luz de nuevos cargos, frente a los cuales la Corte no se pronunció en el fallo anterior.

**11** Corte Constitucional, Sentencias C-311-02, MP: Manuel José Cepeda y C-452-03, MP: Jaime Córdoba Triviño.

**12** En la sentencia C-228 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda) la Corte Constitucional definió cuatro criterios que justifican el cambio de precedente: “i. Un cambio en el ordenamiento jurídico que sirvió de referente normativo para la decisión anterior, lo cual también incluye la consideración de normas adicionales a aquellas tenidas en cuenta inicialmente, ii. Un cambio en la concepción del referente normativo debido, no a la mutación de la opinión de los jueces competentes, sino a la evolución en las corrientes de pensamiento sobre las materias relevantes para analizar el problema jurídico planteado, iii. La necesidad de unificar precedentes, por coexistir, antes del presente fallo, dos o más líneas jurisprudenciales encontradas, iv. La constatación de que el precedente se funda en una doctrina respecto de la cual hubo una gran controversia”.

**13** Al respecto de la comunidad homosexual como grupo tradicionalmente discriminado ha dicho la Corte: “Así...la mayoría condene socialmente el comportamiento homosexual (...) Los prejuicios fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierten en objeto de escarnio público” Sentencia C-098 de 1996, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

**14** Se entiende por “efecto horizontal” el impacto irradiador de la norma cuando opera como referente de interpretación de las categorías unión libre, compañera o compañero permanente dentro de las distintas ramas del ordenamiento jurídico.

**15** Corte Constitucional, Sentencia C - 1033 de 2002. MP: Jaime Córdoba Triviño.

**16** Ley 495 de 1999, artículo 4.

**17** Corte Constitucional. Sentencia C-560-2002. MP: Jaime Córdoba Triviño.

**18** Ley 100 de 1993. Artículo 47: “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. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener

su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal”.

**19** Ley 100 de 1993. Artículo 163.

**20** Eclusión que es igualmente evidente para la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: “La Oficina condena y deplora, igualmente, los actos discriminatorios que por causa de la orientación sexual o de la identidad de género siguen padeciendo las personas LGBT en los ámbitos de la educación, el trabajo, la salud, y la seguridad social. La oficina espera que el Estado colombiano adopte, en todos lo órdenes, las medidas necesarias para erradicar estas injustificadas diferencias de trato.” Intervención de la Oficina para Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el acto de presentación del libro “Voces excluidas”: Hacia el pleno respeto de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas (LGBT), Bogotá DC, 13 de septiembre de 2005.

**21** Los cargos enunciados serán desarrollados en la Sección 4 de la demanda.

**22** Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

**23** Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

**24** Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994, MP: Carlos Gaviria Díaz.

**25** Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

**26** Corte Constitucional, Sentencia C-521 de 1998, MP: Antonio Barrera Carbonell.

**27** Corte Constitucional, Sentencia T-596 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón.

**28** Corte Constitucional, Sentencia T-824 de 1992, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. “Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad.”

**29** Corte Constitucional, Sentencia T-824 de 1992, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. “El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución. Este derecho constituye el fundamento constitucional del futuro desarrollo legislativo del llamado "subsidio de desempleo", en favor de aquellas

personas en capacidad de trabajar pero que por la estrechez del aparato económico del país se ven excluidos de los beneficios de una vinculación laboral que les garantice un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna.”

**30** Corte Constitucional, Sentencia T-011 de 1998, MP: José Gregorio Hernández Galindo.

**31** Ver la sentencia T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre IYNNETT en la cual se elabora un detallado recuento de las decisiones de la Corte en las cuales se ha tutelado el derecho de todo ser humano a vivir sin humillaciones.

**32** La coexistencia de líneas jurisprudenciales se evidencia del siguiente modo: en las sentencias T-097 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-101 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz, C-481 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-507 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-618 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, se concede el amparo de los derechos fundamentales a los individuos homosexuales. Por otro lado, en las sentencias C-098 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-999 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz, T-1426 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis, SU-623 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-814 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; se niega dicho amparo por tratarse de parejas homosexuales. En los casos señalados anteriormente la Corte decide proteger los derechos de los homosexuales, siempre que estos sean reclamados desde la esfera individual y nunca cuando los mismos se derivan de la vida en pareja. En este último caso, todas las solicitudes han sido rechazadas.

**33** En lo que respecta a los derechos de los homosexuales la Corte ha mantenido dos líneas jurisprudenciales encontradas, pasando por alto que se trata de una misma problemática. Es decir que ha abordado de manera distinta aquellos casos que involucran al sujeto como individuo o al sujeto como miembro de la pareja. En virtud de tal distinción se ha permitido aplicar el test de proporcionalidad solo en aquellos casos en donde se reivindica un derecho desde la perspectiva del individuo. En cambio ha omitido la aplicación del mismo cuando se ha estudiado el problema de la discriminación que resulta de los beneficios que se otorgan exclusivamente a los heterosexuales que conviven en pareja. La Corte ha justificado el trato diferenciado aun cuando en su jurisprudencia había establecido que “Toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto” Corte Constitucional, Sentencia C- 481 de 1998 M.P: Alejandro Martínez Caballero.



**34** En la jurisprudencia de la Corte Constitucional la reivindicación de los derechos de grupos homosexuales no constituidos como pareja han ameritado la aplicación del test estricto de igualdad. Así sucedió en el caso de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 85 de 1999 que hace referencia a los militares homosexuales, e igualmente en el caso del estatuto docente. Por el contrario, cuando se trata de parejas homosexuales el test no es aplicado, lo cual resulta en una violación a la dignidad humana, en la medida en que se está prefiriendo una forma asociativa por encima de otra.

**35** Corte Constitucional, Sentencia T - 374 de 1996, MP: Antonio Barrera Carbonell.

**36** Corte Constitucional, Sentencia C - 098 de 1996, MP : Eduardo Cifuentes Muñoz. “Las familias unidas por vínculos naturales o jurídicos han sido reglamentadas durante toda nuestra vida civil.”

**37** En nuestro ordenamiento jurídico tanto la normatividad como la jurisprudencia, acogen el modelo tradicional de familia correspondiente al vínculo monogámico entre un hombre y una mujer, con la finalidad de procrear. Sin embargo Radhica Coomaraswamy afirma que: “no se debería definir la familia mediante una construcción formalista, nuclear, la de marido mujer e hijos. La familia es el lugar donde las personas aprenden a cuidar y ser cuidadas, a confiar y a que se confíe en ellas, a nutrir a otras personas y a nutrirse de ellas. La ley debería proteger y privilegiar ese tipo de familia y no otra”. Coomaraswamy, Radhica, “To Bellow Like a Cow: Women, Ethnicity, and the Discourse of Right, En: Cook, R. Editorial Human Rights of Women, 1994.

**38** Estos tres elementos son: la posibilidad de constituir familia, la posición de debilidad de la compañera permanente y la procreación.

**39** La Corte en la sentencia C-098 de 1996 define la familia como : “Las personas unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad; o unidas por vínculos jurídicos, que se presentan entre esposos, afines o entre padres e hijos adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos, tienen pleno derecho a conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de la ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias”.

**40** “El derecho a la libre asociación, consagrado en la Constitución y reconocido en los tratados internacionales suscritos por Colombia (C.P. art. 38; Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, art. 20-2; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 22), en principio tiene su raíz en la libre voluntad de las personas que deciden perseguir ciertos fines lícitos a través de una organización unitaria en la que convergen, según su tipo, los esfuerzos, recursos y demás elementos provenientes de sus miembros y que sirven de medios para

la realización del designio colectivo. A la libre constitución de la asociación - sin perjuicio de la necesidad de observar los requisitos y trámites legales instituidos para el efecto-, se adicionan la libertad de ingreso a ella y la libertad de salida,” (subrayas fuera del texto).

**41** A continuación se anotan otras diferencias entre los dos tipos asociativos:

1. La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes nace después de 2 años de convivencia ininterrumpida y mediante declaración judicial o notarial. Por el contrario la sociedad de hecho no goza de presunción de nacimiento, y por esa razón debe contar con expresa constitución. Esto implica que los miembros de las parejas homosexuales tienen que recurrir a procedimientos complejos así como incurrir en gastos para poder constituirse como sociedad. Este argumento no es contemplado en ningún momento por la Corte.

2. A la sociedad conyugal entran todos los bienes adquiridos durante su vigencia, al igual que el caso de las parejas que hayan cohabitado por un tiempo mínimo de 2 años. A la sociedad de hecho entran aquellos bienes adquiridos en función del objeto social de ésta. Esto quiere decir que efectivamente y en cuanto a derechos patrimoniales, éstos se restringirán a los adquiridos al inicio de la sociedad y no en el transcurso de ella.

**42** La Ley 979 de 2005 que modificó la Ley 54 de 1990 facilitó aún más el procedimiento de declaración de la unión marital de hecho permitiendo que se realice por escritura pública ante Notario y por Acta de Conciliación además de los medios ordinarios que originalmente establecía el artículo 4 de aquella.

**43** Para algunos la solución a dicha exclusión estaría en constituir una sociedad de índole comercial o civil; sin embargo esto reafirma la discriminación, pues habría que recurrir a trámites específicos para otros fines societarios, únicamente para proteger un tipo asociativo natural como es la pareja. Además, si la ley 54 de 1990 establece como operaría la sociedad conyugal entre compañeros permanentes, resulta ilógico tener que atender a sociedades comerciales o civiles cuando lo que se quiere es establecer una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

**44** Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002, MP: Manuel José Cepeda.

**45** Corte Constitucional, Sentencia T-1635 de 2000, MP: José Gregorio Hernández.

**46** Corte Constitucional, Sentencia T-256 de 2000, MP: José Gregorio Hernández.

**47** Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil.

**48** Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

**49** Corte Constitucional, Sentencia C-406 de 1996 y C-251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- 50** Corte Constitucional, Sentencia T-1319 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y C-038 de 2004, MP: Eduardo Montealegre Lynett.
- 51** Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2004 MP: Eduardo Montealegre.
- 52** Corte Constitucional, Sentencia C-067-03 MP: Marco Gerrado Monroy Cabra.
- 53** Corte Constitucional MP: Álvaro Tafur Galvis. En esta sentencia la Corte se inhibió por errores en la formulación de una demanda que solicitaba que la tipificación penal del aborto fuera declarada no ajustada a la Constitución.
- 54** Se trata de una decisión proferida en agosto de 2003, es decir se trata de una decisión posterior a la sentencia C-098 de 1996.
- 55** Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 1998, MP Alejandro Martínez Caballero.
- 56** Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en la Sentencia C-067 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 57** Corte Constitucional, Sentencia T-1319 de 2001, MP: Rodrigo Uprimny Yepes.
- 58** Corte Constitucional, Sentencia C-200-02, MP: Alvaro Tafur Galvis.
- 59** Comité de Derechos Humanos, Toonen v. Australia Comunicación n°. 488/1992, 31 de marzo de 1994, CCPR/C/50/D/488/1992
- 60** Corte Constitucional de Sudáfrica, NC GLE v. Minister of Home Affairs, 2 de diciembre de 1999.
- 61** Comité de Derechos Humanos, Young v. Australia Comunicación n° 941/2000, 6 de agosto de 2003, CCPR/C/78/D/941/2000.
- 62** El Comité concluye que “En el caso presente, está claro que el autor, como pareja del mismo sexo, no tenía la posibilidad de contraer matrimonio. Tampoco fue reconocido como compañero que cohabitaba con el Sr. C., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a su sexo u orientación sexual. El Comité recuerda su jurisprudencia constante de que no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos. El Estado Parte no presenta 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 conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En este contexto, el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual.”
- 63** Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia. 05/05/97. CCPR/C/79/Add.76, Observaciones finales del Comité de Derechos

Humanos: Greece. 25/04/2005. CCPR/CO/83/GRC., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Namibia. 30/07/2004. CCPR/CO/81/NAM., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Polonia. 02/12/2004. CCPR/CO/82/POL., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: El Salvador. 22/08/2003. CCPR/CO/78/SLV, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Filipinas. 01/12/2003. CCPR/CO/79/PHL., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Trinidad y Tobago. 03/11/2000. CCPR/CO/70/TTO., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Polonia. 29/07/99. CCPR/C/79/Add.110., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile. 30/03/99. CCPR/C/79/Add.104, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Rumania. 28/07/99. CCPR/C/79/Add.111., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Zimbabwe CCPR/C/79/Add.89. 1998, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Austria. 19/11/98. CCPR/C/79/Add.103.

**64** Observación General No. 14: El derecho al nivel más alto asequible de salud (The Right to the Highest Attainable Standard of Health) (Art. 12), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, Observación general N° 15 El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) 29° período de sesiones (2002).

**65** Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la República Popular de China E/C.12/1/Add.107 13 de mayo de 2005, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Polonia, 19/12/2002. E/C.12/1/Add.82., Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Hong Kong): China. 21/05/2001. E/C.12/1/Add.58., Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Suecia. 30/11/2001. E/C.12/1/Add.70. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Irlanda. 14/05/99. E/C.12/1/Add.35.

**66** Observación general N° 3 “El VIH/SIDA y los derechos del niño” CRC/GC/2003/3, Observación General No 4 “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño” CRC/GC/2003/4.

**67** Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte CRC/C/15/Add.188 2002, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Bélgica 2002 CRC/C/15/Add.178., Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Reino Unido CRC/C/15/Add.134. 2000, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Reino Unido 2000 CRC/C/15/Add.135.

**68** Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Suecia. 31/07/2001. A/56/38, paras.319-360.,

Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Kyrgyzstan. 27/01/99. A/54/38, paras.95-142.

**69** Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Venezuela. 23/12/2002. CAT/C/CR/29/2., Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Egipto. 23/12/2002. CAT/C/CR/29/4., Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Brasil. 16/05/2001. A/56/44, paras.115-120.

**70** E/CN.4/1999/68 (10 de marzo de 1998); E/CN.4/2003/75 (2003).

**71** Ver informes de la Relatora Especial E/CN.4/1999/39, párrafo 21; E/CN.4/2000/3, (2000) puntos 21, 22, 25 y 37; E/CN.4/2001/9 (2001) en punto 49ff; E/CN.4/2001/9 Addenda 1, (2001), punto 175; E/CN.4/2002/74 (2002) en puntos 17, 21-22 y 148; E/CN.4/2002/74/Addenda 2 (2002) puntos 56-57, 82 y 86; E/CN.4/2003/3/Addenda 1 (2003) en punto 160; E/CN.4/2003/3 (2003) en punto 20; E/CN.4/2003/3/Add. 2 (2003) en punto 23; E/CN.4/2003/3/Addenda 4 (2003), punto 14.

**72** A/56/156, 3 de julio de 2001; E/CN.4/2002/76 párrafo 11; E/CN.4/2003/68/Add.1; E/CN.4/2003/68/Add.2.

**73** E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párrafo s 32,38-39.

**74** E/CN.4/1998/40 párrafo 12; E/CN.4/2002/75/Add.1 párrafo 35, n.30.

**75** E/CN.4/2002/106 párrafos 15, 17, 21, 25, 64, 73 y 78; E/CN.4/2002/106/Add.1 párrafo 34; E/ CN.4/ 2002/ 106/ Add. 2 párrafos 6 y 37; E/ CN.4/ 2003/ 104/ Add. 1 párrafo 57; E/CN.4/2003/104/Add.1 párrafo 86.

**76** E/CN.4/1995/78/Add.1 párrafo 18; E/CN.4/1999/15/Add.1 párrafo 4.

**77** E/CN.4/2001/52 párrafo 26.

**78** Opinión 7/2002, E/CN.4/2003/8/Add.1 (24 de enero de 2003).

**79** E/CN.4/1998/39 párrafo 43; E/CN.4/2003/65, párrafo 24.

**80** Sentencia C-228 de 2002, MP: Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre.

**81** CEDH, Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, 21 de diciembre de 1999.

**82** Corte Constitucional Sudafricana, NCGLE v. Minister of Home Affairs (1999), Du Toit v. Minister of Welfare and Population Development (2002) y Stachwell v. President of South Africa (2002), Minister of Home Affairs v. Fourie (2005)

**83** Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Lawrence v. Texas (02-102) 539 U.S. 558 (2003) 41 S. W. 3d 349

**84** Corte Constitucional, Sentencias C-481 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero y C-507 de 1999, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

**85** Senn Martha, "Hacia una ciudad más tolerante", Periódico Ciudad Viva, Publicación del Instituto Distrital de Cultura Turismo.

**86** Entre septiembre de 2004 y febrero de 2006 hubo 2274 menciones al tema LGBT en prensa escrita de cobertura nacional, radio y televisión en

noticieros únicamente, observatorio de medios de comunicación de Colombia Diversa.

**87** Martha Senn: “Estamos seguros de que la discriminación es un atentado contra los derechos humano. Que es deber de todos los Estados del mundo promover y defender el respeto por la diferencia, reconocer los aportes y necesidades de sus ciudadanos y ciudadanas, sin importar su raza, credo o identidad sexual; con la certeza de que el ejercicio de los derechos humanos requiere una transformación cultural profunda de nuestra sociedad, que neutralice los estereotipos y las prácticas excluyentes que impiden que las otras sexualidades puedan desplegarse libremente. Porque honrar la diversidad es honrar la vida misma”.

**88** “Conocedores e investigadores del tema aseguran que no hay diferencias significativas entre sociedades industrializadas y pobres o entre sociedades con más o menos niveles de machismo o feminismo, en materia de "producción" de homosexuales, y que el porcentaje de población homosexual varía entre 8% y 10% de hombres gay, y entre 4% y 5% de lesbianas, en todo el mundo. Si esto es así en Colombia no existe un censo para conocer la población homosexual querría decir que en el país habría casi cuatro millones de homosexuales”. Revista Cambio, “Colombia Gay” <http://www.revistacambio.com/html/portada/articulos/3356/>.

**89** Respecto de ella, Manuel Velandia afirmó en el Espectador: "En Junio 28 de 1982 organizamos la primera marcha gay en Colombia. Solo habíamos 32 en la marcha. Y por extraordinario que parezca 100 policías fueron enviados. La marcha era desde la Plaza de Toros hasta el Parque de las Nieves sobre la carrera séptima. Participaron grupos de Medellín y Cali. Cada uno de nosotros marchábamos con un triángulo rosado en nuestras mejillas con el número de la cédula escrito en él... NO presenciamos ningún acto de agresión hacia nosotros por parte de los que veían la marcha o por parte de la policía. La prensa cubrió el evento. Por ejemplo un periódico de la costa Atlántica dijo que un grupo de 'maricas' había organizado una marcha, y que era obvio que habían ensayado porque no se podía ver por su forma de actuar que fueran homosexuales.

**90** Este proceso se evidencia con la creación de espacios en distintos partidos y movimientos políticos nacionales que han abierto sus puertas a la comunidad homosexual. Tal es el caso del Polo Rosa, movimiento de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas del Polo Democrático Independiente.

**91** Campaña de la Secretaría de Cultura Ciudadana de la Alcaldía de Medellín: “La vida es más tranquila si hablamos de las diferencias”, [www.medellin.gov.co](http://www.medellin.gov.co).

**92** Declaraciones del Presidente Álvaro Uribe Vélez durante el taller democrático celebrado en las instalaciones de Cafam en la ciudad de Bogotá el 25 de marzo de 2006, Diario El Tiempo, marzo 29 de 2006 [www.eltiempo.com.co](http://www.eltiempo.com.co)

**93** Entrevista con monseñor Luis Augusto Castro, periódico El Espectador, 8 de abril de 2006, “La Iglesia tiene derecho a hablar de política” por Hugo García Segura.

**94** Entrevista con monseñor Luis Augusto Castro, revista Cambio, 11 de julio de 2005.

**95** Seminario en Latinoamérica de Teoría constitucional y política, El derecho como Objeto e instrumento de transformación , SELA 2003, Editores del Puerto, Argentina, Buenos Aires, 2003.

**96** “No se trata, por ahora, de imaginar derechos nuevos. Simplemente se trata de tomar los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos y aplicarlos al caso concreto de las personas LGBT, según las interpretaciones que han hecho los órganos internacionales o, incluso, algunas corte colombianas. Sin embargo no dejamos de lado la posibilidad futura de vislumbrar nuevas definiciones de los Derechos Humanos y de proponer la adaptación de las normas a las diversas experiencias de las identidades de género y la orientación sexual. Colombia Diversa, Op. cit.





## INTERVENCIONES CIUDADANAS

Bogotá, DC, agosto 11 de 2006

Honorables magistrados  
Corte Constitucional  
Atn: Dr. Rodrigo Escobar Gil  
Magistrado sustanciador Exp. No. D-6362  
Ciudad.

Referencia:

*Amicus curiae* Exp. No. D-6362

Esteban Restrepo Saldarriaga, mayor de edad, ciudadano colombiano, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.416.664 de Bogotá, respetuosamente me permito presentar a la consideración de la Honorable Corte Constitucional el *amicus curiae* preparado por The New York City Bar Association, Human Rights Watch, The International Gay & Lesbian Human Rights Commission, The National Center for Lesbian Rights, The Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic de la Facultad de Derecho de la

Universidad de Yale, The National Center for Human Rights Education, la Profesora Katherine M. Franke, co-directora del Center for the Study of Law & Culture de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, la Profesora Nan D. Hunter, directora del Center for Health, Science and Public Policy de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brooklyn y por la Red Latinoamericana de Académicas/os del Derecho (Red ALAS), en apoyo de la demanda de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Marcela Sánchez Buitrago, Luz María Mercado Bernal, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado contra los artículos 1° y 2° de la Ley 54 de 1990.

La Asociación del Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York (*The New York City Bar Association*) fue fundada en 1870 y tiene una membresía de más de 22.000 abogados, jueces, profesores de derecho y funcionarios públicos, fundamentalmente de la ciudad de Nueva York, pero también del resto de los Estados Unidos y alrededor de 50 países. La Asociación cuenta con aproximadamente 170 comités dedicados a la redacción de informes sobre cuestiones legislativas de actualidad, a la creación de programas educativos y a la presentación de intervenciones en casos judiciales tanto en los Estados Unidos como en el extranjero, entre otras actividades. Adicionalmente, la Asociación ha estado comprometida históricamente con los derechos humanos, especialmente a través de su Comité de Derechos Humanos (*Committee on Human Rights*), el cual investiga e informa acerca del estado de los derechos humanos en el mundo, incluidos los Estados Unidos. El Comité de Derechos de Gays, Lesbianas, Bisexuales y Transgeneristas (*Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Rights Committee*) se ocupa de cuestiones jurídicas y de política pública que afectan a las personas gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas.

Human Rights Watch es una organización sin ánimo de lucro fundada en 1978 que investiga e informa acerca de violaciones de los derechos humanos fundamentales en más de 70 países con el objeto de asegurar el respeto de estos derechos a todas las personas. Es la organización internacional de derechos humanos de

mayor tamaño con domicilio en los Estados Unidos. Con la exposición y el llamado de atención sobre los abusos contra los derechos humanos cometidos por actores estatales y no-estatales, Human Rights Watch persigue que la opinión pública internacional ejerza presión sobre los gobiernos y demás actores que vulneran estos derechos. Además, Human Rights Watch ha presentado numerosos *amici curiae* ante variados órganos, incluidos tribunales internacionales y de los Estados Unidos.

La misión del International Gay & Lesbian Human Rights Commission consiste en asegurar el pleno disfrute de los derechos humanos de todas las personas y comunidades objeto de discriminación o abuso por causa de su orientación o expresión sexual, identidad o expresión de género o por su condición de portadoras del VIH. Esta organización sin ánimo de lucro está domiciliada en los Estados Unidos y lleva a cabo su misión a través de la promoción, documentación, construcción de coaliciones, educación pública y asistencia técnica.

El National Center for Lesbian Rights es un centro de recursos estadounidense comprometido con el avance de los derechos y la seguridad de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas y sus familias a través del litigio, la promoción de política pública y la educación pública. El Centro ha litigado casos en cortes de primera y segunda instancia que han sentado precedentes, ha promocionado la implementación de políticas públicas equitativas que afectan a la comunidad LGBT, ofrece información jurídica gratuita a clientes y sus apoderados y ejecuta programas de educación pública acerca de asuntos LGBT. Cada año, el Centro atiende a más de 5.000 lesbianas, hombres gay, bisexuales y transgeneristas en los cincuenta estados de la Unión.

La Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic es un curso que ofrece la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale a los estudiantes que deseen tener experiencia de primera mano en la promoción de los derechos humanos bajo la supervisión de abogados especialistas en derecho internacional de los derechos humanos. La Clínica Lowenstein lleva a cabo proyectos de litigio e

investigación en nombre de organizaciones de derechos humanos y de víctimas de abusos de estos derechos. Ha preparado intervenciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, varios órganos de las Naciones Unidas y tribunales estadounidenses y extranjeros, incluida la Corte Constitucional de Colombia. Las actividades de la Clínica han reflejado una particular preocupación por la promoción del derecho a estar libre de discriminaciones.

El National Center for Human Rights Education es una organización fundada en 1996 que se dedica a la educación en derechos humanos en los Estados Unidos. La misión del Centro consiste en construir un movimiento doméstico de derechos humanos mediante el entrenamiento de líderes y estudiantes activistas en la aplicación de los estándares de derechos humanos a las cuestiones de injusticia en los Estados Unidos. Como proveedor de información y de asistencia técnica, el Centro persigue incrementar la comprensión en materia de derechos humanos, mejorar la cooperación entre los movimientos progresistas que propenden por el cambio social y la utilización de la educación en derechos humanos como catalizadora de la transformación social.

Katherine M. Franke es profesora de derecho y co-directora del Center for the Study of Law & Culture de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia. Ha publicado numerosos artículos sobre discriminación basada en el sexo y la sexualidad. Enseña teoría jurídica feminista, justicia de género y género y desarrollo.

Nan D. Hunter es profesora de derecho y directora del Center for Health, Science and Public Policy de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brooklyn. La profesora Hunter es una reconocida autoridad en temas de derecho de la salud, tales como salud pública, SIDA y protección de los consumidores. Durante el mandato del presidente Bill Clinton fue Deputy General Counsel del Department of Health and Human Services y fue miembro de la President's Advisory Commission on Consumer Protection and Health Care Industry. Ha ocupado los cargos de directora y Staff Counsel del AIDS and Civil

Liberties Project y del Lesbian and Gay Rights Project de la American Civil Liberties Union. Además de su trabajo en cuestiones relativas al derecho a la salud, la profesora Hunter ha publicado ampliamente en el área del género y el derecho.

La Red Latinoamericana de Académicas/os del Derecho (Red ALAS) busca promover la reforma de la enseñanza del derecho en Latinoamérica para incorporar las perspectivas de género y sexualidades discriminadas en los contenidos y las metodologías de todas las áreas de la carrera; generar recursos bibliográficos y materiales de enseñanza que las incorporen; llevar a cabo investigaciones y actividades académicas sobre justicia, género, sexualidad y derechos reproductivos que den cuenta de la situación jurídica de las mujeres y las minorías sexuales de la región; asegurarles la asistencia jurídica gratuita en las facultades de derecho; y promover la reflexión y la articulación de estrategias para la protección de los derechos humanos en general, y los derechos reproductivos en particular, en el ámbito latinoamericano.

De los señores magistrados,

Esteban Restrepo Saldarriaga  
C.C. No. 80.416.664 de Bogotá

Anexo: Lo anunciado



## AMICUS CURIAE

Preparado por

The New York City Bar Association, Human Rights Watch, The International Gay & Lesbian Human Rights Commission, The National Center for Lesbian Rights, The Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic at Yale Law School, The National Center for Human Rights Education, profesora Katherine M. Franke, Center for the Study of Law & Culture at Columbia Law School, Profesora Nan D. Hunter, Center for Health, Science & Public Policy at Brooklyn Law School, Red Latinoamericana de Académicas/os del Derecho (Red ALAS),

Presentado a la

Corte Constitucional de Colombia  
Expediente No. D-6362

Ante el

Honorable magistrado Rodrigo Escobar Gil  
Agosto de 2006

## I. Introducción

La cuestión planteada ante la excelentísima Corte Constitucional de Colombia en este caso es si la definición de unión marital de hecho contenida en la Ley 54 de 1990, como la formada entre un hombre y una mujer, es contraria a los derechos fundamentales garantizados por la Constitución colombiana y, más importante aún, al derecho de igualdad ante la ley. La Corte Constitucional ya trató esta cuestión anteriormente, en 1996. En su sentencia de entonces, determinó que esta cuestión podría volver a examinarse en caso de que, con el transcurso del tiempo, se demostrase que la exclusión de esa ley de las parejas del mismo sexo tenía un efecto negativo sobre gays y lesbianas. Desde 1996, varios tribunales constitucionales extranjeros, organismos internacionales de derechos humanos y asambleas legislativas han tratado asuntos similares relativos al reconocimiento de iguales derechos económicos a las parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual. Sus decisiones reflejan una comprensión moderna del efecto que estas leyes tienen sobre las personas que forman las uniones de hecho y ponen de manifiesto los significativos cambios sociales y legales que se han producido a este respecto.

Los intervinientes [*“Amici”*] presentan respetuosamente este escrito para proporcionar a la Corte un panorama general de las resoluciones y consideraciones a las que otros tribunales y órganos jurisdiccionales han llegado al analizar asuntos similares. Aunque estos tribunales y los organismos internacionales de derechos humanos representan distintas culturas y sistemas jurídicos, todos han reconocido que las leyes que discriminan a las personas o a las relaciones que éstas mantienen sobre la base de su orientación sexual vulneran el derecho fundamental a la igualdad y constituyen una forma de discriminación injusta.

El artículo 13 de la Constitución colombiana establece la igualdad ante la ley para todas las personas, y prohíbe la discriminación basada en diversas razones enumeradas en dicho artículo. Lo importante es que este artículo es esencialmente



idéntico a las disposiciones de protección igualitaria que diversos tribunales han analizado en las resoluciones que se expondrán a continuación.

Por tanto, los intervinientes solicitan respetuosamente que, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990, la Corte considere que el análisis aquí presentado justifica la proposición de que la garantía de igualdad ante la ley recogida en la Constitución colombiana, así como los compromisos asumidos por Colombia mediante la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, prohíben la exclusión de parejas homosexuales del goce de los derechos inherentes a las uniones maritales de hecho.

## *II. Tendencias recientes de las leyes contra la discriminación y sobre uniones de hecho*

Durante los últimos diez años, el reconocimiento de la orientación sexual como una razón inadmisibles de discriminación se ha convertido en una norma habitual. Tribunales y organismos de derechos humanos de todo el mundo, incluida la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, han sostenido que las disposiciones en materia de igualdad de protección que prohíben la discriminación basada en el sexo prohíben intrínsecamente la discriminación basada en la orientación sexual. Las legislaciones nacionales reflejan esta tendencia; y países como Ecuador y Sudáfrica han incluido en sus constituciones nacionales disposiciones expresas contra la discriminación basada en la orientación sexual. Los órganos judiciales que interpretan las disposiciones de igualdad ante la ley han determinado que dichas disposiciones exigen la igualdad de tratamiento de gays y lesbianas en áreas como la atención sanitaria, el empleo, la participación civil y política, el derecho de expresión y los derechos económicos. Los tribunales han sostenido igualmente que conceder determinados beneficios a las parejas heterosexuales mientras se les niegan a las parejas del mismo sexo es una forma de discriminación, y que las

relaciones conyugales entre personas del mismo sexo tienen derecho a gozar de amparo legal.

No se ha definido todavía la forma que debe adoptar dicho amparo legal, y la igualdad en el matrimonio civil sólo ha sido reconocida en un número limitado, aunque cada vez mayor, de Estados. Sin embargo, un corpus de derecho internacional y doméstico afirma que a los miembros de las uniones de hecho homosexuales no se les puede (y no se les debe) negar la estabilidad económica de la que gozan las parejas heterosexuales y que pueden escoger entre casarse o registrar su unión de hecho ante la Administración, para aprovechar un gran número de prestaciones sociales y económicas previstas por la legislación. En el año 2006, las naciones que discriminan con fundamento en la orientación sexual, incluido cuando discriminan en la concesión de protección jurídica a las relaciones que forman las personas, contravienen normas jurídicas internacionales aceptadas.

### *III. Tratados de protección de igualdad de los derechos suscritos por Colombia*

El artículo 93 de la Constitución de Colombia exige que prevalezcan en el orden interno las obligaciones derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos que el país ratifique.<sup>1</sup> Dicho artículo prevé expresamente que los derechos y obligaciones consagrados en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.<sup>2</sup> Colombia es miembro tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo sucesivo, «PIDCP»)<sup>3</sup> como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, «la Convención Americana»)<sup>4</sup>. En consecuencia, para cumplir las obligaciones derivadas de dichos tratados, Colombia debe hacer lo posible para interpretar y aplicar su propia legislación nacional de forma que no contravenga las disposiciones de los citados tratados.

Tanto el PIDCP como la Convención Americana obligan a los Estados firmantes a prohibir la discriminación basada en las razones

enumeradas en su articulado. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante, «el Comité de Derechos Humanos» o «el Comité») ha señalado que el PIDCP protege frente a la discriminación basada en la orientación sexual y que garantiza la igualdad de los miembros de las uniones conyugales homosexuales en la distribución de beneficios económicos.<sup>5</sup> Aunque la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos está menos desarrollada en esta área, dicho organismo también ha establecido que los derechos de las parejas del mismo sexo entran en el ámbito de la garantía de igualdad de la Convención Americana.

#### *a. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

El PIDCP contiene dos disposiciones que obligan a los Estados miembros a impedir la discriminación basada en determinadas razones prohibidas. Desde 1994, el Comité de Derechos Humanos ha dictado resoluciones afirmando, en primer lugar, que entre dichas razones se incluye la orientación sexual y, en segundo lugar, que el Pacto también exige que las leyes no discriminen entre las parejas del mismo sexo y las de distinto sexo en la asignación de prestaciones administradas por el Estado.

El artículo 26 del PIDCP exige a los Estados que velen por la garantía de la igualdad ante la ley y prohíban el trato discriminatorio:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.<sup>6</sup>

Es necesario destacar que la protección prevista en el artículo 26 también se extiende a la aplicación y ejecución de las leyes, así como a su contenido de fondo, de forma que los Estados no pueden promulgar leyes que sean intrínsecamente discriminatorias, ni pueden aplicar sus leyes de forma discriminatoria. Más aún, el

ámbito del artículo 26 se extiende más allá del PIDCP, hasta «cualquier campo regulado y protegido por las autoridades públicas». <sup>7</sup> Además del artículo 26, el artículo 2.1 del PIDCP obliga a los Estados a respetar y garantizar todos los derechos reconocidos en el citado Pacto, sin distinción alguna en virtud de las mismas razones enumeradas en el artículo 26. <sup>8</sup>

En 1994, el Comité de Derechos Humanos determinó que la orientación sexual es una condición protegida frente a la discriminación en virtud del PIDCP. En el caso de *Toonen v. Australia*, el Comité valoró las disposiciones del Código Penal de Tasmania que tipifican como delito el contacto sexual entre hombres. Al resolver que la ley vulneraba el PIDCP, el Comité sostuvo que el término «sexo» empleado tanto en el artículo 2.1 como en el 26 incluye la orientación sexual. <sup>9</sup> Esta decisión constituyó la piedra angular de otra resolución, en la que se sostuvo que los firmantes del PIDCP no podían discriminar por razón de la orientación sexual, ni al aplicar los derechos contenidos en el propio PIDCP ni en la aplicación de sus propias leyes.

En 1999, el Comité amplió su interpretación de la prohibición de discriminación basada en la orientación sexual recogida en el artículo 26. En el caso de *Young v. Australia*, el miembro superviviente de una pareja de hecho homosexual de larga data impugnó una disposición de la *Veteran Entitlement Act* (la ley australiana de derechos de los veteranos de guerra), que definía «compañero» como «persona del sexo opuesto». En virtud de la citada ley, los miembros de parejas casadas o parejas de hecho heterosexuales que conviviesen «en relaciones similares al matrimonio» tenían derecho a recibir determinadas prestaciones en tanto se cumplieran otras condiciones. El Comité de Derechos Humanos estimó que la ley vulneraba la prohibición de discriminación recogida en el artículo 26. La jurisprudencia anterior del Comité establecía que las leyes podían diferenciar lícitamente entre las prestaciones recibidas por las parejas casadas y las parejas heterosexuales no casadas, dado que las parejas heterosexuales podían elegir casarse y aprovechar los beneficios legales del

matrimonio. Pero esta Ley había sido concebida para dotar de estabilidad económica a las parejas que viviesen juntas, sin exigir a sus miembros que estuvieran casados. Por tanto, el Comité resolvió que el Estado no tenía ninguna justificación razonable u objetiva para distinguir entre parejas heterosexuales y homosexuales. Impedir a las parejas del mismo sexo beneficiarse de esas prestaciones constituía una discriminación basada en la orientación sexual.

Estos casos establecen con firmeza que la interpretación autorizada del PIDCP obliga a los Estados firmantes a garantizar que sus leyes, incluidas las leyes que prevean prestaciones para las parejas de larga convivencia, con independencia de su estado civil, no discriminen en virtud de la orientación sexual.

#### *b. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

Al igual que el PIDCP, la Convención Americana de Derechos Humanos («la Convención Americana») contiene dos disposiciones que obligan a los Estados firmantes a prohibir la discriminación y fomentar la igualdad. El artículo 1 de la Convención Americana exige a los Estados impedir las discriminaciones injustas basadas en los motivos que allí se enumeran:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.<sup>10</sup>

El artículo 24 garantiza el derecho a la igualdad de protección ante la ley: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.»<sup>11</sup>

En 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, «la Comisión Interamericana») conoció del primer caso presentado ante ella en el que se analizaba la discriminación basada en la orientación sexual. Marta Álvarez, ciudadana colombiana,

impugnó un reglamento del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia, que permitía las visitas conyugales a los hombres heterosexuales, estuviesen casados o no, pero limitaba tales visitas a los cónyuges de las mujeres heterosexuales internas. Las autoridades penitenciarias habían denegado la solicitud de Álvarez de recibir la visita de su compañera de toda la vida.<sup>12</sup> Álvarez alegó que dicha denegación vulneraba los artículos 5, 11 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, infringiendo sus derechos a un trato humanitario, a la intimidad y a la igualdad de protección [ante la ley]. La Comisión admitió el caso para determinar si la denegación de los derechos constituía «una interferencia arbitraria o abusiva en la vida privada [de la demandante]». Aunque el auto de admisión de la Comisión no contenía ninguna valoración en cuanto al fondo de la demanda de Álvarez, las partes entablaron negociaciones para encontrar una solución amistosa tras la audiencia de la Comisión, y el gobierno colombiano terminó por conceder derechos de visita.<sup>13</sup> El hecho de que la Comisión estuviera dispuesta a conocer este caso indica que este órgano admite que el reconocimiento legal de los derechos de las parejas del mismo sexo incluye el derecho a la intimidad y se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Convención Americana.

#### *IV. Otros organismos internacionales y tribunales extranjeros*

Los organismos internacionales y tribunales de todo el mundo han reconocido que las leyes (incluidas las que regulan el reconocimiento de las uniones conyugales y las prestaciones otorgadas a éstas) que diferencian entre personas y relaciones por razón de su orientación sexual discriminan de forma inadmisibles. Algunas asambleas legislativas nacionales se han adelantado a la necesidad de intervención judicial sobre este asunto, ya sea mediante la promulgación de leyes que expresamente conceden beneficios o un “estatus” especial a los miembros de relaciones conyugales homosexuales, o bien incluyendo a las parejas de personas del mismo sexo en las definiciones de parejas de hecho, uniones civiles o

matrimonio. En otros países, los tribunales han actuado como impulsores del cambio, afirmando que las garantías constitucionales y legislativas de igualdad de protección exigen tratar de forma igualitaria a las parejas heterosexuales y homosexuales. Estas tendencias no se limitan sólo a una zona del mundo. Aunque las naciones europeas, Estados Unidos y Canadá han proporcionado ejemplos notables, Sudáfrica y muchos países latinoamericanos también han comenzado a reconocer derechos a las parejas homosexuales.

*a. Consejo de Europa / Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

De forma similar al artículo 13 de la Constitución colombiana, el artículo 14 de la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, «la Convención Europea») prevé que dichos derechos fundamentales deben garantizarse a todas las personas «sin distinción alguna por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen en nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».<sup>14</sup> En consecuencia, tanto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (en lo sucesivo, «la Asamblea») como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos («TEDH») han considerado la medida en que la Convención protege los derechos de las parejas del mismo sexo y de las personas homosexuales.

Hace más de 20 años, en 1981, la Asamblea aprobó la Recomendación 924 sobre la discriminación en perjuicio de los homosexuales.<sup>15</sup> Esta declaración instaba a los Estados miembros a «garantizar la igualdad de trato, ni más ni menos, de los homosexuales en lo referente al empleo, la remuneración y la seguridad laboral, especialmente en el sector público», afirmando así los derechos de las personas homosexuales a gozar de igualdad de oportunidades de estabilidad económica.<sup>16</sup> Además, reconociendo que la orientación sexual de una persona no influye en su capacidad como progenitor, la Asamblea declaraba que la custodia de los niños y los derechos de visitas no debían restringirse por razón de la orientación sexual de sus padres.<sup>17</sup>

En 2000, la Asamblea abordó de nuevo los derechos de los ciudadanos homosexuales en la Recomendación 1474, que versaba sobre la situación de lesbianas y gays en los Estados miembros del Consejo de Europa.<sup>18</sup> En la citada Recomendación, al considerar la discriminación basada en la orientación sexual «una de las formas más odiosas de discriminación», la Asamblea solicitaba que la orientación sexual se añadiese a la lista de razones por las cuales se prohibía la discriminación enumeradas en el artículo 14 del Convenio Europeo.<sup>19</sup> Asimismo, la Asamblea alentaba a los Estados miembros «a promulgar legislación que contemplara a las parejas de hecho inscritas» y a «garantizar el mismo tratamiento a los homosexuales en el empleo», reiterando la necesidad de que todos los ciudadanos posean igualdad de oportunidades para procurarse y disfrutar de estabilidad socioeconómica con independencia de su orientación sexual, tanto mediante la opción de crear hogares compartidos perdurables como disfrutando de ventajas económicas en un pie de igualdad con los ciudadanos heterosexuales.<sup>20</sup>

En el caso *Karner v. Austria*,<sup>21</sup> el TEDH analizó el derecho de las parejas homosexuales con años de convivencia a no sufrir discriminación en la sucesión de los derechos de alquiler. En el caso *Karner*, el miembro superviviente de una pareja homosexual que había convivido durante cinco años solicitó subrogarse en la posición de inquilino que su pareja fallecida había ostentado en el apartamento que compartían. En virtud de la Ley de Arrendamiento austriaca, cuando un inquilino fallece, su cónyuge, «compañero de vida» o familiar directo puede sucederle en el alquiler, siempre que la persona que solicite la sucesión haya residido en la vivienda con el inquilino fallecido, como miembro de la misma familia, antes del fallecimiento del inquilino.<sup>22</sup> La ley de arrendamiento definía al «compañero de vida» como «la persona que [...] haya residido en la vivienda con el inquilino anterior hasta la muerte de este último, durante un periodo mínimo de tres años, compartiendo la vivienda en virtud de una relación económica similar a la del matrimonio».<sup>23</sup> Tal como lo establece esta definición legal, el Sr. Karner y su compañero habían vivido juntos en un apartamento durante los



cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento de este último, y habían compartido los gastos domésticos durante todo ese periodo.<sup>24</sup> Por tanto, cuando el arrendador inició un procedimiento de desahucio al fallecer el inquilino titular, el Sr. Karner reivindicó su derecho a sucederle en tal posición, en calidad de compañero de vida del fallecido.

El tribunal de distrito ante el cual el arrendador interpuso la demanda de desahucio en primera instancia desestimó la pretensión del arrendador, afirmando que las parejas homosexuales que se ajustaban a la definición legal eran miembros de la misma familia en virtud de la Ley de Arrendamiento. Del mismo modo, el tribunal regional ante el cual el arrendador apeló sostuvo que el objeto del artículo 14 de la Ley de Arrendamiento era «proteger a las personas que han vivido juntas durante un largo periodo sin estar casadas frente a una repentina falta de vivienda», una lógica que se aplicaba de igual modo a las parejas del mismo sexo y de sexo opuesto.<sup>25</sup> Sin embargo, el Tribunal Supremo de Austria disintió de los inferiores y estimó el recurso del arrendador, aduciendo que en el momento en que se aprobó la ley, en 1974, el legislador no tenía la intención de incluir a los compañeros homosexuales en la definición legal de «compañero de vida».

El Sr. Karner apeló esta resolución ante el TEDH, alegando que la interpretación restrictiva que el tribunal hacía de la Ley de Arrendamiento vulneraba su derecho a no verse discriminado en el goce de su derecho fundamental al «respeto de su vida privada y familiar, [y] de su domicilio», tal como garantiza el artículo 8 de la Convención Europea.<sup>26</sup> Dado que el Sr. Karner habría sido considerado un «compañero de vida» y se le habría permitido subrogarse en el arrendamiento de su compañero fallecido de no ser por su orientación sexual, el TEDH estimó que Austria le había discriminado por razón de su sexo.<sup>27</sup> Consecuentemente, la función del Tribunal fue determinar si dicha discriminación estaba justificada por un interés gubernamental legítimo «particularmente grave».<sup>28</sup>

El Sr. Karner argumentó que la finalidad del artículo 14 de la Ley de Arrendamiento era «proporcionar a los cohabitantes

supervivientes protección social y económica frente a la falta de vivienda» y no la de promover políticas sociales o familiares.<sup>29</sup> Es decir, que la disposición en conflicto pretendía proporcionar cierta protección económica básica para los miembros supervivientes de los hogares compartidos durante largo tiempo, con independencia de que la pareja hubiese estado casada o no. En cambio, Austria arguyó que el objeto del artículo 14 era proteger «la unidad familiar tradicional» y que, por tanto, únicamente debía proteger a las parejas heterosexuales frente a la pérdida de su hogar.

El TEDH «acept[ó] que la protección de la familia en el sentido tradicional era, en principio, una razón importante y legítima que podría justificar una diferencia en el tratamiento...».<sup>30</sup> Sin embargo, el Tribunal no encontró ninguna relación entre prohibir a las parejas homosexuales disfrutar de los mismos derechos a las garantías económicas proporcionadas por el Estado y el objeto abstracto de fortalecer la familia «tradicional». Por lo tanto, dado que el Estado no pudo sustentar su conclusión de que no permitir a los miembros supervivientes de las parejas homosexuales que heredasen los derechos de alquiler era necesario para la protección de las familias, el TEDH resolvió que Austria había vulnerado el principio de igualdad de protección recogido en el artículo 14 de la Convención.<sup>31</sup>

Los organismos de la Unión Europea (que, a diferencia del Consejo de Europa, más orientado a la protección de los derechos humanos, tienen como objetivo principal desarrollar la economía europea) han reconocido y destacado en numerosas ocasiones los beneficios de la no-discriminación entre los ciudadanos heterosexuales y homosexuales desde una perspectiva socioeconómica. Por ejemplo, en la Directiva 2000/78/CE, el Consejo de la Unión Europea declaraba:

La discriminación por motivos de [...] orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.

En consecuencia, la discriminación basada en la orientación sexual está prohibida en los Estados miembros de la UE, tanto por la directiva 2000/78/CE como por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que incluye expresamente la orientación sexual en la lista de razones inadmisibles para la discriminación en su cláusula de igualdad ante la ley, en el artículo 21(1).<sup>32</sup>

Estas políticas, implantadas por la propia UE, reflejan en gran medida el estado de la legislación en los distintos Estados miembros de la Unión. Países como la República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Eslovenia, Suecia, Suiza y el Reino Unido tienen articuladas determinadas formas de unión civil o registro de parejas de hecho a las que pueden acceder las parejas homosexuales.<sup>33</sup> España, los Países Bajos y Bélgica han abierto la posibilidad del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo.<sup>34</sup> Y en Austria, Croacia, Hungría y Portugal, hay determinados derechos jurídicos que se generan automáticamente tanto para las parejas homosexuales como para las heterosexuales, tras el transcurso de un periodo prescrito en la ley.<sup>35</sup>

#### *b. Canadá*

En Canadá, tanto el tribunal de mayor rango jurisdiccional como el gobierno federal han afirmado que las parejas homosexuales y las heterosexuales tienen derecho a ser consideradas de igual modo ante la ley. La Constitución de Canadá prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual. El artículo 15(1) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Charter of Rights and Freedoms*, en lo sucesivo, «la Carta») establece que «todas las personas son iguales ante y bajo la ley, y tienen derecho a obtener la misma protección y los mismos beneficios previstos en la legislación sin discriminación, y en particular, sin discriminación por razón de la raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad física o mental».<sup>36</sup> Aunque en esta cláusula no se cita expresamente la orientación sexual, el Tribunal Supremo de Canadá

ha considerado que el texto incluye la orientación sexual, sosteniendo que la discriminación por esa razón está prohibida. En consecuencia, el Tribunal Supremo ha sostenido en numerosas ocasiones que las leyes que diferencian entre parejas heterosexuales y homosexuales vulneran la Carta. En un esfuerzo por incorporar a la legislación estas resoluciones del alto tribunal, el gobierno federal aprobó, en 2005, leyes que extienden los derechos del matrimonio a las parejas del mismo sexo.

En 1998, el Tribunal Supremo de Canadá estableció que la orientación sexual era una condición protegida en virtud del artículo 15(1) de la Carta. En el caso concreto, el demandante, empleado en una universidad privada, fue despedido tras revelar que era homosexual. No pudo impugnar su despido a través de la Ley de Protección de los Derechos Individuales de Alberta (*Individual Rights Protection Act*, en lo sucesivo, «IRPA»), porque dicha ley no incluía la orientación sexual como una razón de discriminación prohibida. El actor arguyó que la exclusión de la orientación sexual de la IRPA vulneraba las garantías de igualdad del artículo 15(1) de la Carta canadiense. El Tribunal Supremo de Canadá se mostró de acuerdo, sosteniendo que la Carta exigía que la provincia prohibiese la discriminación basada en la orientación sexual. El Tribunal estimó que excluir la orientación sexual de dicha ley negaba a los gays y lesbianas la igualdad en los beneficios y protección de la ley por razón de una característica personal (la orientación sexual) similar a la raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física, es decir, las demás características enumeradas en la ley.<sup>37</sup> Dado que esta exclusión tenía el efecto de privar de un beneficio que sí estaba disponible para otros, aunque fuese solo por omisión, tenía efecto discriminatorio y por lo tanto vulneraba la Carta.<sup>38</sup>

Un año más tarde, el Tribunal Supremo de Canadá declaró inconstitucional un programa legislativo que permitía a las parejas heterosexuales pero no a las homosexuales que hubiesen sostenido relaciones prolongadas solicitar asistencia económica si la relación se terminaba. El Tribunal sostuvo que la exclusión de las parejas del

mismo sexo de la percepción de la ayuda económica vulneraba las garantías de igualdad de protección del artículo 15(1) de la Carta. El Tribunal determinó que, al diferenciar entre parejas homosexuales y heterosexuales en relaciones «caracterizadas por la intimidad y la dependencia económica», el programa legislativo «vulneraba la dignidad humana de las personas con relaciones homosexuales», al implicar «que se les juzga como incapaces para establecer relaciones privadas de interdependencia económica sin atender a sus circunstancias reales». <sup>39</sup> El Tribunal determinó que al excluir a las parejas homosexuales, la ley socavaba su doble objetivo de: (1) crear un mecanismo que pudiese resolver equitativamente los conflictos económicos cuando las relaciones privadas de personas económicamente interdependientes sufrieran una ruptura, y (2) reducir la carga del Estado en su tarea de prestar asistencia a los cónyuges dependientes desde el punto de vista económico. <sup>40</sup> Así, además de discriminar de forma inadmisibles a los miembros de parejas homosexuales con un vínculo similar al marital, el efecto práctico de esta discriminación resultaba perjudicial para la sociedad en su conjunto.

En 2005, tras una serie de resoluciones judiciales de tribunales de distintas provincias de Canadá, en las que se sostenía que la definición de matrimonio que limitaba la institución a las parejas heterosexuales era inconstitucional, el gobierno federal aprobó una ley por la cual se permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo.

### *c. Estados Unidos*

La Decimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos declara que ningún Estado podrá «negarle a ninguna persona dentro de su jurisdicción la protección igualitaria de las leyes». <sup>41</sup> Esta disposición de protección igualitaria es considerablemente menos explícita que el artículo 13 de la Constitución colombiana y las disposiciones equiparables analizadas en este documento, ya que la Decimocuarta Enmienda no contiene una lista de características protegidas que no pueden constituir motivos de discriminación. Sin

embargo, el Tribunal Supremo de Estados Unidos (en adelante, «el Tribunal Supremo») ha identificado las citadas categorías protegidas determinando que, cuando la legislación discrimine en virtud de determinadas características inmodificables, como la raza, el origen nacional o el sexo, debe haber una relación más estricta entre la política que el órgano legislador quería promover al aprobar la ley discriminatoria y los medios empleados para llevar a cabo dicha política. Aunque el Tribunal Supremo no ha considerado la discriminación por razón de la orientación sexual presuntamente inconstitucional,<sup>42</sup> en los casos en que la legislación discrimine entre personas por razón de su orientación sexual, la clasificación legislativa debe guardar «una relación lógica con un interés estatal legítimo».<sup>43</sup>

En el caso *Romer v. Evans*, el Tribunal Supremo estudió una enmienda a la Constitución del estado de Colorado que prohibía el dictado de leyes estatales y locales concebidas para proteger a las personas homosexuales frente a la discriminación.<sup>44</sup> Según la citada enmienda, la orientación sexual de una persona no podía ser la base de sustento de «ninguna condición de pertenencia a una minoría, preferencia en la asignación de cupos, condición protegida o reclamación por discriminación».<sup>45</sup> Tan pronto fue aprobada, un grupo de personas homosexuales impugnaron la enmienda, arguyendo que, en caso de ser aplicada, estarían sujetos a un «riesgo grave e inmediato de discriminación por razón de su orientación sexual».<sup>46</sup> Los tribunales del estado dictaron un auto preventivo que suspendió la entrada en vigor de la enmienda, al considerar que constituía una restricción excesiva sobre el derecho fundamental a participar en el proceso político.<sup>47</sup>

El Tribunal Supremo consideró que la enmienda vulneraba la cláusula de protección igualitaria, ya que discriminaba sobre la base de la orientación sexual sin justificación suficiente.<sup>48</sup> El principal argumento del Estado en la defensa de la citada enmienda discriminatoria fue que simplemente se limitaba a no conceder «derechos especiales» a los homosexuales.<sup>49</sup> Sin embargo, el Tribunal consideró esta interpretación «inverosímil».<sup>50</sup> En su lugar, el

Tribunal determinó que, en virtud de tal enmienda, «se privaba a los homosexuales de las garantías que otros disfrutaban o pueden solicitar sin restricciones». <sup>51</sup> El Tribunal establecía además:

Para la garantía de protección igualitaria de la Constitución es fundamental el principio de que un gobierno [...] se muestre abierto e imparcial ante todos aquellos que soliciten su asistencia. . . Una ley que declara que, en general, debe ser más difícil para un grupo de ciudadanos que para los demás solicitar ayuda de la administración, entraña una negación de la protección igualitaria de las leyes en el sentido más literal. La garantía de protección igualitaria de las leyes es un compromiso con la protección de leyes igualitarias. <sup>52</sup>

Reiterando el requisito de que «la ley debe tener una relación lógica con un objeto estatal legítimo», <sup>53</sup> el Tribunal señalaba: «Si el concepto constitucional de protección igualitaria de las leyes significa algo, ese significado debe ser, como mínimo, que el mero deseo de perjudicar a un grupo políticamente impopular nunca puede constituir un interés estatal legítimo». <sup>54</sup>

Más recientemente, en el caso de *Goodridge v. Department of Public Health*, <sup>55</sup> el Tribunal Supremo de Massachussets abordó la cuestión de si la denegación de licencias de matrimonio civil a parejas homosexuales vulneraba los derechos fundamentales garantizados por la Constitución del estado, incluido el derecho de igualdad ante la ley. El artículo 1 de la Constitución estatal de Massachussets establece, en su parte pertinente: «La igualdad ante la ley no puede negarse ni limitarse por causa del sexo, raza, color, credo u origen nacional». <sup>56</sup> Así, la disposición de protección igualitaria contenida en la Constitución de Massachussets refleja en gran medida el artículo 13 de la Constitución colombiana.

Al principio de su resolución, el tribunal reconocía la importancia del matrimonio «como una institución social vital», declarando que «el compromiso exclusivo que dos personas asumen la una para con la otra alimenta el amor y el apoyo mutuo; aporta estabilidad a la sociedad». <sup>57</sup> Además, el tribunal reconocía la dificultad, e incluso las limitaciones, de la tarea a la que se enfrentaba al dictar su resolución:

Mucha gente tiene la profunda convicción religiosa, moral y ética de que el matrimonio debería limitarse a un hombre y una mujer, y que la conducta homosexual es inmoral. También hay mucha gente con la convicción religiosa, moral y ética igualmente profunda de que las parejas homosexuales tienen derecho a casarse, y de que las personas homosexuales no pueden ser tratadas de forma distinta a sus vecinos heterosexuales. Ninguna de estas perspectivas responde al interrogante que se nos plantea. El asunto que nos concierne está relacionado con la Constitución de Massachussets como carta de gobierno para todas las personas a las que ésta se aplica.<sup>58</sup>

El tribunal analizó la naturaleza del matrimonio civil, haciendo constar que siempre había sido «una institución totalmente laica», separada y distinta de la tradición y la ceremonia religiosa.<sup>59</sup> El estado decidió reconocer el matrimonio civil debido a sus numerosos beneficios socioeconómicos y sociales, que el tribunal enumeraba:

El matrimonio civil garantiza una sociedad ordenada, al fomentar las relaciones estables por encima de las pasajeras. Es fundamental para el modo en que el [Estado] identifica a las personas, regula la distribución ordenada de la propiedad, garantiza que niños y adultos estén atendidos y sean ayudados siempre que sea posible con fondos privados antes que públicos, y registra los datos demográficos y epidemiológicos importantes.<sup>60</sup>

El tribunal observaba que «cada parte [de un matrimonio civil tiene] derechos sustanciales sobre el patrimonio del otro, que quienes conviven sin estar casados no poseen».<sup>61</sup> Además, el tribunal enumeraba muchos de los beneficios legales de que disponen quienes eligen inscribir su relación ante los órganos estatales, incluidos, entre otros: presentación conjunta de la declaración de renta, derechos de sucesión sobre su patrimonio, derechos de pensión alimentaria, pensión de jubilación, y normas viables para la custodia de menores.<sup>62</sup> Como consecuencia de tales beneficios, razonó el Tribunal, los hijos de padres unidos mediante relaciones reconocidas por el Estado «reciben un grado de estabilidad familiar y seguridad económica basada en la condición jurídicamente



privilegiada de sus padres que es en gran medida inaccesible, o no tan fácilmente accesible, para los hijos habidos fuera del matrimonio». <sup>63</sup>

Por último, el Tribunal concluía que «a las personas que tienen la opción de casarse y sin embargo escogen no hacerlo se les puede denegar justificadamente los beneficios legales del matrimonio, pero esa misma lógica no puede aplicarse a una persona que, reuniendo los requisitos necesarios, se casaría si pudiese». <sup>64</sup> En otras palabras, cuando una persona puede procurar el reconocimiento de su relación por parte del Estado pero decide no hacerlo, el hecho de denegarle los beneficios legales inherentes a las relaciones formalizadas ante la Administración no resulta violatorio de las normas constitucionales. Sin embargo, «limitar las protecciones, beneficios y obligaciones del matrimonio civil solo a las parejas heterosexuales vulnera las premisas básicas de la libertad individual y la igualdad ante la ley protegidas por la Constitución de Massachussets». <sup>65</sup> A todo lo largo del fallo Goodridge, el tribunal destaca repetidamente la premisa subyacente a su parte dispositiva, es decir, que las relaciones comprometidas y de apoyo mutuo, son «fundamentales para la vida de las personas y el bienestar de la comunidad» y que, como resultado, el Estado tiene un interés concreto en fomentar y reconocer tales relaciones entre todas las personas que deseen llevarlas adelante. <sup>66</sup>

El Tribunal Supremo de Alaska ha tratado, más recientemente, la cuestión de si la denegación de las prestaciones administradas por el Estado a las parejas homosexuales en idénticas condiciones que las parejas heterosexuales vulnera la protección igualitaria. En el caso *Alaska Civil Liberties Union v. State of Alaska*, <sup>67</sup> un grupo de funcionarios activos y jubilados, con relaciones de pareja homosexuales, impugnaron una serie de disposiciones legales que ampliaban las prestaciones de empleo a los «cónyuges» de los funcionarios. Dado que, según las leyes de matrimonio de Alaska, un compañero sentimental del mismo sexo no podía convertirse en cónyuge, «los funcionarios demandantes y sus compañeros homosexuales quedaban absolutamente excluidos del beneficio de

tales prestaciones». <sup>68</sup> Por ello, los demandantes alegaban que las leyes impugnadas vulneraban las disposiciones de protección igualitaria de la Constitución del Estado de Alaska, que afirman: «Todas las personas son iguales y tienen derecho a los mismos derechos, oportunidades y protección ante la ley» <sup>69</sup> y «Nadie puede ser privado del goce de un derecho civil o político por causa de su raza, color, credo, sexo u origen nacional». <sup>70</sup>

Al igual que el tribunal del caso Goodridge, el Tribunal Supremo de Alaska inició su fallo afirmando la naturaleza estrictamente jurídica de la cuestión:

Resultan irrelevantes para nuestro análisis las creencias personales, morales o religiosas (de profundo enraizamiento en muchas personas) sobre si las personas deben constituir relaciones privadas con personas de su mismo sexo o si se debe permitir el matrimonio a las parejas homosexuales. La obligación de los tribunales es «definir la libertad de todos, no imponerles [su propio] código moral». Nuestra obligación aquí es decidir si las restricciones a la participación en las prestaciones se ajustan a las normas aceptadas para la resolución de conflictos de protección igualitaria que se derivan de los actos gubernamentales. <sup>71</sup>

Una modificación introducida en la Constitución de Alaska en 1998 establece que «para ser reconocido [en Alaska], el matrimonio debe existir únicamente entre un hombre y una mujer», impidiendo así el matrimonio entre parejas del mismo sexo. <sup>72</sup> Pero el tribunal consideró que esta enmienda «no permite automáticamente al Estado tratar [a las parejas homosexuales] de forma distinta en otros aspectos». <sup>73</sup> Por ello, el Estado debe justificar el tratamiento diferente de las parejas homosexuales aduciendo un interés gubernamental legítimo que resulte sustancialmente protegido por la discriminación entre los funcionarios que han formado parejas homosexuales y heterosexuales.

El Estado identificó tres intereses legítimos para limitar las prestaciones del empleo público a los cónyuges (de distinto sexo) de los empleados: en primer lugar, el Estado arguyó que, por razones de control de costes, el legislador pretendía limitar la recepción de las prestaciones «al pequeño grupo de personas que tuviesen una

relación verdaderamente consolidada con los empleados públicos». <sup>74</sup> El tribunal reconoció el carácter legítimo de ese objeto, pero no logró ver en qué forma se lo protegía significativamente excluyendo a las parejas homosexuales, muchas de las cuales «se prodigan el mismo nivel de amor, compromiso y ayuda económica y emocional que las parejas casadas, y escogerían casarse si la ley no les prohibiera hacerlo». <sup>75</sup> En segundo lugar, el Estado señalaba la eficiencia administrativa como una justificación legítima para excluir a las parejas homosexuales, aduciendo que el matrimonio supone un criterio claramente distintivo que puede aplicarse fácilmente para determinar quién tiene derecho a percibir las prestaciones legales. <sup>76</sup> Sin embargo, el tribunal estimó que esta lógica tampoco era convincente, señalando que el Estado podía adoptar fácilmente una lista de criterios y exigir una declaración jurada en la que se afirmase, por ejemplo, que las parejas homosexuales habían mantenido una relación personal exclusiva durante un periodo de tiempo determinado, que tenían la intención de continuar con su relación, que eran económicamente interdependientes, que se consideraban responsables del bienestar del otro y que compartían las obligaciones financieras. <sup>77</sup> De este modo, razonó el Tribunal, el Estado podría fomentar las «relaciones duraderas» socialmente valiosas, proporcionando beneficios a los hogares formados por parejas comprometidas y económicamente interdependientes.

En tercer lugar, el Estado alegó que su interés por fomentar el matrimonio justificaba la limitación de las prestaciones de empleo a los «cónyuges» de los funcionarios. El tribunal aceptó que el principio subyacente a la promoción del matrimonio, es decir, el fomento de la estabilidad familiar, era «inegablemente un objetivo público válido», pero advirtió que «lo que verdaderamente impugnaban los demandantes era la decisión de promover la estabilidad familiar entre parejas heterosexuales pero no entre parejas homosexuales». <sup>78</sup> Reconociendo que «el bien social que se deriva de la estabilidad familiar en las relaciones homosexuales es tan importante y valioso como el bien social de las relaciones heterosexuales estables», el tribunal sostuvo que este importante interés no se protegía significativamente limitando las prestaciones de empleo solo a las

parejas de sexo opuesto.<sup>79</sup> Al no encontrar ningún indicio de que «denegar las prestaciones a los funcionarios con parejas homosexuales tuviese algún efecto en quién decide casarse», el tribunal estimó que «restringir la posibilidad de participación [en las prestaciones] a las personas que poseen una condición jurídica a la que las parejas homosexuales no podrán optar nunca» no materializa lógicamente el interés del Estado por fomentar el matrimonio y, de hecho, probablemente menoscaba el loable objetivo de fomentar la estabilidad familiar.<sup>80</sup>

Al considerar que los intereses gubernamentales alegados, aunque legítimos, no se veían sustancialmente favorecidos por «la negación absoluta de prestaciones a los funcionarios con parejas homosexuales», el tribunal resolvió que «los planes impugnados vulneraban el derecho individual de los demandantes a una protección igualitaria ante la ley».<sup>81</sup>

En la misma línea de estas resoluciones judiciales, ha surgido una tendencia legislativa muy significativa en Estados Unidos, a favor de prohibir la discriminación basada en la orientación sexual. Al mes de mayo de 2006, un total de 17 estados habían aprobado leyes por las que se proscribía dicha discriminación, y otros 11 estados contaban con decretos del Poder Ejecutivo o de la Administración que protegían a los funcionarios públicos de la discriminación por razón de la orientación sexual.<sup>82</sup> Del mismo modo, muchos estados reconocen las parejas homosexuales, con mayor o menor amplitud: Massachussets expide licencias de matrimonio a las parejas homosexuales; Connecticut y Vermont reconocen las «uniones civiles», que otorgan derechos conyugales a las parejas del mismo sexo; Hawai, Maine y Nueva Jersey otorgan algunos derechos conyugales a parejas no casadas; y una ley sobre parejas de hecho de California otorga casi todos los derechos conyugales del Estado a las parejas no casadas, siempre que registren su unión.<sup>83 84</sup>

#### *d. Sudáfrica*

La legislación sudafricana concede a las parejas homosexuales amplias garantías de igualdad. En 1996, cuando

empezaba a dejar atrás la época del apartheid, Sudáfrica promulgó la primera constitución del mundo que prohibía expresamente la discriminación injusta basada en la orientación sexual. La disposición titulada «Igualdad» establece: «El Estado no puede discriminar injustamente, de forma directa ni indirecta, por razón de una o más circunstancias tales como la raza, género, sexo, embarazo, estado civil, origen étnico o social, color, orientación sexual, edad, discapacidad, religión, consciencia, credo, cultura, idioma y nacimiento».<sup>85</sup> Desde 1996, la Corte Constitucional, el tribunal de mayor rango de la nación, ha interpretado inequívocamente la disposición en el sentido de que las parejas homosexuales están igualmente legitimadas a los derechos legales de que gozan las parejas heterosexuales.

En los casos relativos a los derechos de las parejas homosexuales, la Corte Constitucional ha establecido sistemáticamente que las leyes que distinguen entre parejas homosexuales y heterosexuales discriminan inconstitucionalmente sobre la base de la orientación sexual. La Corte trató esta cuestión por primera vez en 1999, cuando declaró inconstitucional una ley que concedía permisos de inmigración a los cónyuges extranjeros de ciudadanos sudafricanos, pero no a las personas que mantenían «una relación de pareja estable homosexual» con nacionales sudafricanos.<sup>86</sup> La Corte determinó que las parejas heterosexuales casadas y las parejas de gays y lesbianas con relaciones de pareja estables se hallaban en una situación similar, con la salvedad de que las últimas no tenían derecho legal a contraer matrimonio. Ambos grupos eran «capaces de establecer relaciones privadas, permanentes, comprometidas, monógamas, fieles y duraderas [...] prestándose cuidados, apoyo económico y ayuda para mantener el hogar común».<sup>87</sup> Pero los beneficios y las ventajas jurídicas del matrimonio no estaban a disposición de las parejas de gays y lesbianas, incluso aunque sus relaciones fuesen un exacto reflejo de las de las parejas heterosexuales casadas. En consecuencia, conceder un beneficio a las parejas casadas que se negaba a «los gays y lesbianas comprometidos en la única forma de relación

conyugal a la que tienen acceso, en armonía con su orientación sexual» suponía una discriminación inconstitucional basada en la orientación sexual.<sup>88</sup> La Corte determinó que una conclusión distinta transmitiría un mensaje muy claro de que los sudafricanos gays y lesbianas «tanto en su consideración de personas individuales como en sus relaciones con personas de su mismo sexo, no poseen la dignidad inherente, y no merecen el respeto como seres humanos que tienen y se atribuye, a los heterosexuales y sus relaciones».<sup>89</sup> Aunque la Corte llegó a esta conclusión, en última instancia, por la vía de la interpretación de la legislación sudafricana, también se basó en la legislación canadiense<sup>90</sup> como una fuente autorizada de convicción.

La Corte llegó a la misma conclusión en un caso de 2002, *Satchwell v. President of South Africa* cuando declaró inconstitucional la disposición de una ley nacional que hacía extensivos unos beneficios económicos a los cónyuges de los jueces, pero no a los compañeros homosexuales de éstos.<sup>91</sup> La Corte sostuvo que la diferenciación de la norma jurídica entre compañeros de vida heterosexuales y homosexuales suponía una discriminación inadmisibles por razón de la orientación sexual. El objeto de la ley en cuestión era hacer extensivas unas valiosas prestaciones económicas, reconociendo «los deberes recíprocos de cohabitación y apoyo» que los cónyuges tienen el uno respecto al otro y respecto a sus familias. Dado que la ley sudafricana solamente reconocía los matrimonios entre cónyuges heterosexuales, la definición excluía a las parejas homosexuales, cuyos miembros estaban sometidos a los mismos deberes recíprocos de cohabitación y apoyo. Puesto que la intención de la ley era ayudar a las relaciones que asumían tales obligaciones, la Corte determinó que, al diferenciar entre parejas heterosexuales y homosexuales que habían asumido de forma exactamente igual los mismos deberes, la ley se desviaba de su propósito original. No existía ninguna razón para conceder dichas prestaciones solamente a las personas heterosexuales y, al hacerlo, la ley discriminaba injustamente en virtud de la orientación sexual. En otras palabras, como la Corte hizo constar en un caso posterior

que otorgaba a las parejas homosexuales el derecho a adoptar conjuntamente, «de no ser por su orientación sexual, que les impide contraer matrimonio, cumplen con los criterios que en otros casos les legitimarían [a participar en los beneficios previsto por la ley]». <sup>92</sup>

Más importante aún, en el fallo Satchwell la Corte señaló que, aunque los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen la importancia de la unidad familiar, «las familias existen en muchas formas y tamaños», y que la definición de la familia cambia con las prácticas sociales y las tradiciones. <sup>93</sup> La Corte advertía: «Al reconocer la importancia de la familia, debemos tener cuidado de no hacer primar algunas formas particulares de familia a expensas de otras formas». <sup>94</sup> Estos argumentos, establecía la Corte, se aplicaban tanto a la familia en su conjunto como a la institución del matrimonio.

El Parlamento de Sudáfrica ha complementado estas decisiones judiciales reconociendo los derechos de gays y lesbianas en leyes que tratan la discriminación, la violencia doméstica, el empleo, los programas médicos y las relaciones laborales. <sup>95</sup> Y en diciembre de 2005, la Corte Constitucional determinó que la prohibición de discriminación injusta basada en la orientación sexual recogida en la Constitución garantizaba a las parejas homosexuales el derecho a contraer matrimonio legal. Reconocía que «Sudáfrica tiene un gran número de formaciones familiares que están evolucionando con la misma rapidez con la que se desarrolla nuestra sociedad, así que es inapropiado hacer primar cualquier forma particular como la única social y legalmente aceptable». <sup>96</sup>

#### *e. América Latina*

En los últimos diez años se ha producido un cambio generalizado respecto a esta cuestión. El tiempo ha introducido un cambio en la perspectiva latinoamericana, y los legisladores y tribunales nacionales han empezado a ocuparse de la discriminación contra gays y lesbianas. Los países de toda América Latina están reestructurando sus leyes para prohibir la discriminación basada en la orientación sexual y reconocer los

derechos económicos de las parejas homosexuales. Algunos de estos cambios son resultado de decisiones judiciales, pero en la mayor parte de los casos, son producto de iniciativas legislativas. Estas nuevas leyes evitan la necesidad de resoluciones judiciales y suponen un amplio reconocimiento del cambio de las normas sociales: la discriminación basada en la orientación sexual ya no es aceptable. Aunque el apoyo a los derechos de gays y lesbianas no ha sido tradicionalmente un imperativo en América Latina, las iniciativas legislativas surgidas en la región han sido reconocidas en todo el mundo como grandes adelantos pioneros hacia la consecución de la igualdad para todos, con independencia de la orientación sexual.

En 1998, Ecuador se convirtió en el primer país de América Latina y el tercer país del mundo en prohibir expresamente en su Constitución la discriminación basada en la orientación sexual. Esta garantía nacional de igualdad ilustra el compromiso del país con la protección de los derechos de sus ciudadanos gays y lesbianas. La Constitución de 1998 prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual en el artículo 23, apartado 3: «La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.»<sup>97</sup> Aunque el Tribunal Supremo de Ecuador todavía no se ha pronunciado sobre esta cuestión, la Constitución presta un apoyo claro al reconocimiento jurídico de los derechos de las parejas del mismo sexo.

Durante los últimos diez años, México ha llevado a cabo amplias reformas en materia de derechos jurídicos de gays y lesbianas. En 2003, el Congreso mexicano aprobó por unanimidad la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Esta ley no sólo prohibía expresamente la discriminación basada en algunas razones enumeradas, incluidas las «preferencias sexuales», sino que definía ampliamente la discriminación como «toda distinción,



exclusión o restricción que [...] tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas».<sup>98</sup> La ley también describía con gran detalle la «conducta discriminatoria». Además de la amplia protección de la ley contra muchas formas de conductas discriminatorias, varias disposiciones constituyen una base jurídica para los derechos de las parejas homosexuales, en concreto las prohibiciones de acciones discriminatorias que obstaculicen el ejercicio de los legítimos derechos, el acceso a la seguridad social y sus prestaciones, el acceso a los servicios médicos y el acceso a cualquier organismo de servicio público u entidad privada que preste servicios al público.<sup>99</sup> Y antes de que el Congreso mexicano aprobase esta ley, los Estados de Aguascalientes y Chiapas, así como el Distrito Federal, habían aprobado leyes de lucha contra la discriminación que imponían sanciones a quienes llevaran a cabo conductas discriminatorias, incluida la discriminación basada en la orientación sexual. Aunque la Suprema Corte de México no ha interpretado la aplicación de estas leyes respecto de los derechos de parejas del mismo sexo, la asamblea legislativa de Ciudad de México está debatiendo actualmente un proyecto de ley de creación de un registro de parejas de hecho que otorgaría reconocimiento jurídico a las parejas homosexuales.<sup>100</sup>

Argentina se ha convertido en un líder regional e internacional en la promoción de los derechos de las parejas homosexuales. En 2002, la Ciudad de Buenos Aires aprobó la primera ley de América Latina que concedió reconocimiento legal a las parejas homosexuales. La ley establece que cualquier pareja, «con independencia de su sexo u orientación sexual» que haya convivido durante un mínimo de dos años en una «relación de afectividad estable y pública» en Buenos Aires puede celebrar una unión civil.<sup>101</sup> Los miembros de las uniones civiles tienen derecho a compartir el seguro médico, acceder a las prestaciones de pensiones y jubilación, derechos de visitas hospitalarias, y acceso a la información médica de su pareja. También pueden determinar cómo se distribuirán los bienes comunes en caso de disolución de la pareja, y regular otros

aspectos de su relación personal y económica mediante contrato.<sup>102</sup> Esta ley entró en vigor en abril de 2003, y la primera unión civil homosexual se registró algunos meses después.

Las uniones civiles homosexuales también son legales en la provincia de Río Negro. Una semana después de que se aprobara la ley de Buenos Aires, el órgano legislador provincial de Río Negro promulgó una ley en la que se reconocían las uniones civiles entre parejas homosexuales que llevaran viviendo juntas dos años o más.<sup>103</sup> Las parejas homosexuales inscritas en el registro tienen derecho a subsidio de vivienda estatal, prestaciones sociales y baja por enfermedad y fallecimiento si son empleados del Estado, así como derechos de visitas en el hospital. Además de estos derechos explícitos para las uniones homosexuales, tanto Buenos Aires como la ciudad de Rosario han aprobado leyes contra la discriminación, que prohíben la discriminación basada en la orientación sexual.<sup>104</sup> En 2005, un juez de la provincia de Córdoba afirmó que denegar las visitas conyugales a los internos homosexuales pero no a los heterosexuales vulneraba la ley. El Tribunal ordenó a las prisiones y cárceles de la provincia que autorizaran las visitas conyugales para todos los prisioneros homosexuales.<sup>105</sup>

Brasil, al igual que Argentina, ha ampliado de forma notable los derechos de gays y lesbianas en los últimos años. Al menos 73 leyes municipales y 3 constituciones estatales prohíben la discriminación sexual por razón de la orientación sexual.<sup>106</sup> En 2004, las uniones civiles entre parejas del mismo sexo fueron declaradas legales en el estado de Río Grande do Sul, cuando un tribunal de jueces estimó que todos los jueces de paz del Estado debían aprobar uniones civiles «entre personas en pleno uso de sus facultades, con independencia de su orientación sexual». Las uniones concedían derechos como el de sucesión, custodia de menores, beneficios de seguro y jubilación.<sup>107</sup> El tribunal explicó los motivos de su decisión del modo siguiente: «Sin perjuicio del debate ético, filosófico, antropológico y religioso, el hecho es que las relaciones homosexuales existen y, por lo tanto, en aras de la seguridad judicial, merecen ser reguladas».<sup>108</sup>

Aunque Rio Grande do Sul fue el primer estado de Brasil que permitió las uniones civiles homosexuales, otros estados y el gobierno nacional llevan reconociendo desde hace muchos años diversos derechos de las parejas del mismo sexo. En 2000, el parlamento nacional aprobó una ley que reconocía oficialmente «las uniones estables» tanto de parejas homosexuales como heterosexuales. La ley otorga a las parejas que convivan y que puedan demostrar que su relación es una «unión estable» el derecho a heredar las prestaciones de jubilación y de seguridad social, así como a declarar a sus parejas como dependientes en las declaraciones del impuesto sobre la renta. En 2003, la ley se amplió para incluir los derechos de inmigración, permitiendo a las parejas extranjeras de ciudadanos gays y lesbianas recibir permisos de residencia.<sup>109</sup> Las ciudades de Río de Janeiro, Pernambuco y Pelotas aprobaron en 2001 ordenanzas que concedían igualdad a las parejas homosexuales de los funcionarios, y Sao Paulo siguió su ejemplo en 2002.<sup>110</sup> Y en 2005, un juez de Sao Paulo ahondó aún más en esta tendencia, al determinar que no existía ninguna razón válida para denegar a las parejas homosexuales el derecho a adoptar niños conjuntamente.<sup>111</sup> Algunos meses después, el Ministerio Federal de Agricultura amplió algunas prestaciones a las parejas homosexuales de sus empleados. El asesor jurídico del ministro explicó que la decisión se había adoptado como «una garantía de que la individualidad, la elección sexual del empleado y, sobre todo, los derechos de igualdad establecidos en la Constitución Federal fuesen respetados».<sup>112</sup>

Estos importantes precedentes siguen ejerciendo influencia en otros países de América Latina. En reconocimiento del creciente consenso global de que las parejas homosexuales pueden ser titulares de los mismos derechos, incluso las naciones que han sido menos receptivas a los asuntos de gays y lesbianas en el pasado están empezando a reconocer y proteger los derechos de las personas que tienen parejas homosexuales. Por ejemplo, en Chile, se continúa trabajando en un proyecto de ley que permitirá las uniones civiles entre parejas del mismo sexo.<sup>113</sup> Tanto Honduras

como Panamá han empezado a conceder la inscripción con efecto legal de organizaciones de gays y lesbianas.<sup>114</sup> Y en 2001, la Cámara de Diputados del Uruguay aprobó por unanimidad un proyecto de ley que prevé penas de prisión para los crímenes de odio basados en la orientación sexual.<sup>115</sup> Estas iniciativas demuestran el espectacular cambio social y legal que se ha producido durante los últimos diez años en Latinoamérica, y demuestran hasta qué punto está asumido que el no reconocer legalmente las relaciones conyugales entre parejas del mismo sexo restringe los derechos de las personas que las conforman.

### *V. Conclusión*

Los numerosos tribunales nacionales y organismos internacionales que se han mencionado en este documento han reconocido que la extensión de unos beneficios valiosos tanto económica como socialmente a las parejas heterosexuales sin permitir a las parejas del mismo sexo con relaciones comparables acceder a esos mismos beneficios, vulnera el principio fundamental de protección igualitaria de la ley. Crear una condición jurídica preferente que excluya expresamente a una clase de ciudadanos por razón de una única característica fundamental no puede reconciliarse ni con el estado actual de las normas legales internacionales ni con la tendencia cada vez más acentuada en favor de conceder derechos a las parejas del mismo sexo.

Además, aunque quienes proponen restringir los beneficios económicos propios de los cónyuges a las relaciones heterosexuales suelen afirmar que dicha restricción es necesaria para proteger la unidad familiar «tradicional», los tribunales han determinado que la lógica política que subyace al favorecimiento de las relaciones de larga duración, con interdependencia económica y ayuda mutua (es decir, el fomento de la estabilidad familiar) se aplica igualmente a las parejas heterosexuales y a las homosexuales. Por ello, denegar el reconocimiento a las parejas homosexuales de larga duración e interdependientes: (1) no puede justificarse en virtud de una

finalidad tan endeble y abstracta, (2) impone unos costes sociales tangibles en los casos en que los antiguos compañeros deben valerse por sí mismos cuando se produce la ruptura de la relación; y (3) en última instancia, socava el importante objetivo de los estados de fomentar la estabilidad familiar.

En virtud de todo lo expuesto, los intervinientes solicitan respetuosamente a la Corte Constitucional que falle en el sentido de que la exclusión de parejas homosexuales que, de no ser por su orientación sexual, tendrían derecho a gozar de los valiosos beneficios otorgados a las parejas en virtud de la Ley 54 de 1990 vulnera el principio constitucional fundamental de igualdad ante la ley.

Bogotá, 14 de agosto de 2006

Honorables magistrados  
Corte Constitucional

M.P. Rodrigo Escobar Gil

E. S. D.

Ref:

Intervención ciudadana en el proceso No. D-362.

Actores:

Marcela Sánchez, Luz María Mercado, Alejandra Azuero y Daniel Bonilla.

Normas demandadas:

Artículo 1 de la ley 54 de 1990 y artículo 2 de la ley 54 de 1990 modificado por la ley 979 de 2005.

Honorables señores magistrados:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.146.539 de Usaquén y María Paula Saffon Sanín, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.862.641 de Bogotá, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia y obrando en calidad de ciudadanos colombianos, con fundamento en el numeral 1° del artículo 242 de la Constitución Política de 1991 (C.P.) y en el artículo 7° del decreto 2067 de 1991, respetuosamente nos permitimos intervenir en el proceso de constitucionalidad de la referencia con el propósito de coadyuvar la demanda. Por consiguiente, solicitamos a ustedes que, en aplicación de la Constitución Política y de los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano a los que hace referencia el artículo 93 de esta Carta, declaren INEXEQUIBLES la expresión “hombre y mujer” contenida en los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, este último modificado por la ley 979 de 2005, o que, subsidiariamente, los declaren EXEQUIBLES CONDICIONADAMENTE, en el entendido de que la unión marital de hecho a la que se refieren no incluye únicamente uniones entre un hombre y una mujer, sino también entre personas del mismo sexo, esto es, entre dos mujeres y entre dos hombres.

Para fundamentar nuestra solicitud, (I) comenzaremos por señalar que la Corte debe pronunciarse de fondo frente a la demanda de la referencia, pues en este caso no sólo hay una cosa juzgada relativa implícita sino que, al configurarse una omisión legislativa relativa, la cosa juzgada formal absoluta no opera frente a las normas demandadas. (II) Luego expondremos las razones por las cuales consideramos que el texto de dichas normas vulnera los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. Mostraremos que esta vulneración conlleva a la necesidad de que la Corte cambie su precedente constitucional en la materia, de un lado precisando aquél contenido en la sentencia C-098 de 1996, de tal forma que admita que las parejas homosexuales pueden acceder a los beneficios concedidos a las uniones maritales de hecho en igualdad de condiciones que las

parejas heterosexuales, y de otro lado rectificando aquél contenido, entre otras, en las sentencias SU-623 de 2001, C-814 de 2001, T-725 de 2004 y T-349 de 2006, de tal forma que admita la posibilidad de que los homosexuales accedan, en igualdad de condiciones, a todos los beneficios de los que son acreedoras las parejas heterosexuales y las familias originadas en ellas. (III) Sin embargo, en el evento de que la Corte Constitucional considere que esta última rectificación no es procedente, solicitamos en todo caso que declare la inexequibilidad de la expresión “hombre y mujer” contenida en los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, o subsidiariamente la exequibilidad condicionada de estas normas, de forma tal que se considere que incluyen en la unión marital de hecho a las parejas del mismo sexo, con la consideración de que, en virtud del precedente constitucional actual, es posible distinguir el concepto de pareja contenido en dichas normas del concepto de familia que, según la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional, sólo se refiere a aquéllas originadas en la unión de un hombre y una mujer. A continuación desarrollaremos en detalle estos argumentos.

### *I. Necesidad de un pronunciamiento de fondo*

A pesar de que la Corte Constitucional ya se pronunció sobre la constitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990 en la sentencia C-098 de 1996, es posible y necesario un nuevo pronunciamiento de fondo sobre la materia, teniendo en cuenta que dicha sentencia no cerró de manera definitiva la discusión sobre la constitucionalidad de tales normas.

Como bien lo afirman los demandantes, en la sentencia C-098 de 1996, la Corte Constitucional dejó “una puerta abierta al reexamen” de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, pues explicitó en la parte motiva de la sentencia que la declaratoria de constitucionalidad obedecía a que no había constatado que las mismas consagraran “un privilegio ilegítimo u odioso”, ni que afectaran injustamente “a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos”.



En efecto, en esa sentencia, la razón fundamental por la cual la Corte Constitucional declaró que los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990 eran ajustados a la Constitución fue que al legislador le quedaba imposible remediar en una única ley todas las injusticias existentes en la sociedad. Las disposiciones demandadas remediaban la discriminación a la que durante muchos años se vieron sometidas las parejas heterosexuales que no se encontraban unidas por lazos de matrimonio y que, por consiguiente, no recibían protección de parte del Estado a través de un régimen patrimonial de bienes comunes. En concepto de la Corte, si bien esas disposiciones no incluían a las parejas de un mismo sexo, ello no significaba que fueran inconstitucionales por el hecho de “atacar una sola injusticia a la vez”. Por ello, la Corte concluyó:

(S)in pretender santificar o perpetuar las injusticias existentes, no parece razonable que se supedite la solución de los problemas que enfrenta una clase o grupo de personas, a que simultáneamente se resuelvan los de otros grupos o se extienda de manera automática la misma medida a aquellas personas que si bien no están cobijadas por la norma legal soportan una injusticia de un género más o menos afín. Si así debiera forzosamente proceder el Legislador, las soluciones serían más costosas y políticamente más discutibles, y en últimas sufrirían más todos los desvalidos y grupos débiles que verían alejadas las posibilidades reales de progreso y reivindicación de sus derechos.

Sería deseable que el Legislador, en un único acto, eliminara todas las injusticias, discriminaciones y males existentes, pero dado que en la realidad ello no es posible, esta Corte no puede declarar la inexequibilidad de una ley que resuelve atacar una sola injusticia a la vez, salvo que al hacerlo consagre un privilegio ilegítimo u odioso o la medida injustamente afecte a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos.

De lo anterior los demandantes del proceso de referencia concluyen que la puerta abierta al reexamen de la constitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990 consiste en la existencia de cosa juzgada relativa implícita, por cuanto la Corte restringió el alcance de la sentencia en su parte motiva, dejando abierta la posibilidad de que, en caso de probarse la lesión o el impacto

negativo de las normas a los homosexuales, éstas sean revisadas de nuevo. Como lo prueban con gran esmero los demandantes, el impacto negativo del tratamiento diferencial de las parejas homosexuales con respecto a las parejas heterosexuales que conviven en unión marital de hecho se hace evidente no sólo en la imposibilidad que tienen aquéllas de acceder al régimen patrimonial especial diseñado para este tipo de uniones en la ley 54 de 1990, sino en las inmensas limitaciones que se derivan del hecho de que la definición de unión marital de hecho contenida en esa ley se utilice como referente normativo en diversos regímenes jurídicos como el de seguridad social, el civil, e incluso el penal. Esto los conduce a concluir que, a diferencia de lo que sucedió en 1996, en el momento presente sí resulta posible probar la existencia de una afectación injusta a la comunidad homosexual por la aplicación restrictiva de la ley 54 de 1990 a las parejas heterosexuales, lo que permite que los artículos 1 y 2 de esta ley sean reexaminados, dado que esta situación quedó excluida del alcance de la sentencia C-098 de 1996. A esto añaden los demandantes que, en dicha sentencia, la Corte sólo analizó los cargos elevados contra dichas normas por los entonces demandantes y no realizó un análisis integral de la concordancia de las mismas con todas las disposiciones constitucionales, lo que también permite el reexamen de las normas por concepto de la vulneración de otros preceptos constitucionales, a saber, el preámbulo y los artículos 1 y 38 de la Constitución.

Estamos plenamente de acuerdo con los demandantes en que en este caso se cumplen los requisitos señalados por la Corte Constitucional para que opere la cosa juzgada relativa implícita,<sup>116</sup> pues además de que el análisis de la Corte en la sentencia C-098 de 1996 sólo se refirió a algunas disposiciones constitucionales para determinar la concordancia de las normas demandadas con la Constitución, la parte motiva de dicha sentencia limitó el alcance de la decisión a aquellos eventos en los que no se probara la existencia de un privilegio ilegítimo o de una afectación injusta. La existencia de cosa juzgada relativa implícita en el presente caso comporta, como lo formulan los accionantes en su demanda, a la necesidad de que la

Corte examine de nuevo la constitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990.

Sin embargo, creemos que la puerta abierta al reexamen de las normas demandadas es aún más amplia, pues no existe respecto de ellas siquiera cosa juzgada formal. Los perjuicios sufridos injustamente por las parejas homosexuales como consecuencia de la aplicación de la ley 54 de 1990 a los que hacen referencia los demandantes no fueron remediados por la ley 979 de 2005, lo que da lugar a la configuración de una omisión legislativa relativa.

Con la ley 979 de 2005, que modificó, entre otros, el artículo 2 de la ley 54 de 1990, el legislador facilitó la prueba de la unión marital de hecho, al admitir que la misma puede realizarse no sólo en proceso judicial, sino también mediante escritura pública ante notario o mediante manifestación expresa en un centro de conciliación. Con ello, la Corte no sólo disminuyó la brecha existente entre el tratamiento estatal dado a las parejas unidas por matrimonio y aquéllas que no lo están, sino que amplió la brecha generada por el tratamiento desigual dado por el Estado a estas últimas parejas cuando son heterosexuales y cuando son homosexuales. En efecto, pasados más de quince años de la vigencia de la ley 54 de 1990 y diez de la sentencia C-098 de 1996, y teniendo la oportunidad ideal para resolver la injusticia generada por el trato desigual a parejas heterosexuales y homosexuales sin vínculo de matrimonio, con la ley 979 de 2005 el legislador aumentó la protección estatal conferida a las parejas heterosexuales y, a un mismo tiempo, aumentó los perjuicios generados por dicha protección especial y excluyente a las parejas homosexuales. Así, mientras que aquéllas se ven protegidas por la presunción de la unión marital de hecho prevista en el artículo 1 de la ley 54 de 1990 y, a partir de 2005, pueden probarla no sólo judicial sino también extrajudicialmente mediante un procedimiento sumario, las parejas homosexuales no tienen derecho a probar, de manera alguna, que conforman una unión marital de hecho susceptible de generar los efectos patrimoniales de comunidad de bienes previstos en la ley 54 de 1990, y de servir de referente normativo para diversos regímenes jurídicos.

Sin lugar a dudas, respecto de la ley 979 de 2005 puede predicarse entonces una omisión legislativa relativa. Como lo ha afirmado la Corte Constitucional en diversas ocasiones, la omisión legislativa tiene lugar

cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente. Esta omisión puede ocurrir de varias maneras: a) cuando se abstiene de expedir una norma encaminada a ejecutar un deber concreto establecido por el constituyente; b) Cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; c) Cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa y tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y d) Cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial, exigido por la Constitución.

En la primera hipótesis, corresponde a una omisión legislativa absoluta, pues no existe precepto alguno; en los demás casos, a una omisión legislativa relativa, porque si bien el legislador ha expedido la ley que desarrolla un deber constitucional, en ella solamente ha regulado algunas situaciones dejando por fuera otros supuestos similares, con clara violación del principio de igualdad.” (los subrayados son nuestros).<sup>117</sup>

Según la Corte, la declaratoria de inconstitucionalidad de una omisión legislativa sólo procede en los casos en los que la misma es relativa y, como tal, se refiere a un precepto jurídico concreto que resulta incompleto y, por ende, discriminatorio.<sup>118</sup> Tal es el caso del artículo 1 de la ley 979 de 2005, que reformó el artículo 2 de la ley 54 de 1990 y que fue demandado por los accionantes en el presente proceso de constitucionalidad. Como se dijo anteriormente, dicho artículo facilitó la prueba de la unión marital de hecho y, al hacerlo, desarrolló varios preceptos constitucionales, pues garantizó una mayor protección para las parejas que deciden unirse por vínculos distintos del matrimonio. Sin embargo, esta protección especial se refiere únicamente a las parejas heterosexuales, y así, excluye a un grupo de ciudadanos constituido por las parejas homosexuales de los beneficios que implica, lo que vulnera de manera flagrante el principio de igualdad.

Como lo afirmó la Corte en la sentencia C-098 de 1996, esta omisión legislativa no se presentaba en el año 1996, pues en ese entonces la ley 54 de 1990 sólo podía ser interpretada como una disposición que pretendía remediar la injusticia que sufrían las parejas heterosexuales que no estaban unidas por el vínculo del matrimonio. En consecuencia, era razonable admitir su constitucionalidad, a pesar de que dejaba de resolver otras injusticias, tales como aquéllas derivadas de la ausencia de protección estatal para las parejas homosexuales. Sin embargo, pasados más de quince años de la vigencia de esta ley y diez desde la sentencia C-098 de 1996, y presentándose la oportunidad idónea para corregir esta última injusticia mediante la reforma de la ley 54 de 1990, la ley 979 de 2005 configura una evidente omisión legislativa relativa, pues continúa el injusto régimen de exclusión de las parejas homosexuales de toda protección por parte del Estado, y aumenta los perjuicios que se derivan de ello para tales parejas.

Así, en la actualidad se presenta la condición que la propia Corte previó en la sentencia de 1996 como posibilidad para reabrir el debate sobre la constitucionalidad de los artículos de la ley 54 de 1990 en razón de una omisión legislativa relativa, pues es posible constatar la existencia de una lesión y un impacto negativo a las parejas homosexuales que resulta de la aplicación de la ley 54 de 1990. En ese entonces dijo la Corte:

La omisión del Legislador que le endilga el demandante, podría ser objeto de un más detenido y riguroso examen de constitucionalidad, si se advirtiera en ella un propósito de lesionar a los homosexuales o de la aplicación de la ley pudiera esperarse un impacto negativo en su contra.

Además, la constatación de la existencia de esta omisión legislativa relativa por parte de la Corte Constitucional resulta plenamente posible en el proceso de referencia, teniendo en cuenta que los accionantes demandaron los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, especificando que este último fue reformado por la ley 979 de 2005, la cual, por ende, también debe considerarse demandada. En ese sentido, existe una disposición legal concreta el artículo 1 de la ley

979 de 2005 que reformó el artículo 2 de la ley 54 de 1990- respecto de la cual puede predicarse la omisión legislativa relativa. Y dado que, hasta la fecha, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la ley 979 de 2005, esta constatación conduce a concluir que el examen de fondo de las normas demandadas resulta procedente y que el mismo puede hacerse mediante su confrontación con la totalidad de la Carta Política, pues respecto de ellas no opera siquiera la cosa juzgada formal.

Así las cosas, por medio de la presente intervención ciudadana solicitamos a la Corte Constitucional que examine de fondo la constitucionalidad de las normas acusadas por los demandantes y que, por las razones que se exponen en las siguientes dos secciones, declare la existencia de una omisión legislativa relativa y la consecuente inconstitucionalidad de la “expresión hombre y mujer” contenida en las normas acusadas o, subsidiariamente, la constitucionalidad condicionada de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, en el entendido de que la unión marital de hecho también incluye parejas del mismo sexo.

Técnicamente, es menester que la Corte Constitucional comprenda que esta última solicitud de carácter subsidiario se encuentra implícitamente incorporada en la demanda. En efecto, sin duda los demandantes se abstuvieron de incluirla como solicitud, en atención a lo decidido por la Corte en la sentencia C-1299 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En dicha sentencia, la Corte decidió inhibirse para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la demanda de inconstitucionalidad elevada por la ciudadana Mónica Roa contra las normas penales que tipificaban el aborto como delito, argumentando, entre otras cosas, que una demanda de inconstitucionalidad no podía solicitar la declaratoria de la constitucionalidad condicionada de una norma, sino simplemente la declaratoria de inconstitucionalidad, siendo la Corte la única competente para analizar si un condicionamiento tal procede o no. Consideramos que esta decisión es errada en términos de procedimiento constitucional y que además va en contra del principio de justicia rogada propio de la justicia constitucional, pues si se

admite que la Corte Constitucional es competente para proferir decisiones de constitucionalidad condicionada, es apenas obvio que también se admita que el ciudadano pueda solicitárselo en aquellos eventos en los que lo considere pertinente. Como lo afirmó el Magistrado Humberto Sierra Porto en el salvamento de voto que hizo a la sentencia C-1299 de 2005,

Resulta pues, incompresible que la Corte Constitucional pueda dictar como lo ha hecho en innumerables ocasiones sentencias interpretativas y se prohíba a las ciudadanas y a los ciudadanos realizar una solicitud en este sentido, esto es, exigir por medio de la acción pública de inconstitucionalidad que se declare la constitucionalidad condicionada de una Ley.

Por ello, aprovechamos esta oportunidad para solicitar a la Corte que se aparte de la decisión contenida en la sentencia C-1299 de 2005, de forma tal que a futuro los ciudadanos puedan solicitarle la constitucionalidad condicionada de una norma, cuando así lo consideren oportuno. Sin embargo, en caso de que la Corte decida mantener la doctrina esbozada en la sentencia C-1299 de 2005, respetuosamente le solicitamos que, conforme a ella, recuerde que, cuando un ciudadano le solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, la Corte tiene la facultad de declarar de oficio la constitucionalidad condicionada de la misma, en especial en presencia de una omisión legislativa relativa. Por ello, en este caso concreto solicitamos a la Corte que, o bien declare la inconstitucionalidad de las expresiones “hombre y mujer” contenidas en los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, o bien declare su constitucionalidad condicionada en el entendido de que también incluyen a las parejas del mismo sexo.

## *II. Pertinencia de un cambio del precedente constitucional en la materia*

La solicitud elevada en esta intervención ciudadana a la Corte Constitucional consistente en que declare la inconstitucionalidad de

las expresiones “hombre y mujer” de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990 o, subsidiariamente, la constitucionalidad condicionada de estas disposiciones legales de manera que incluyan a las parejas del mismo sexo se fundamenta en la vulneración de los derechos a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad que la aplicación de tales normas produce a las parejas homosexuales.

Como la demanda de la referencia, consideramos que la protección de los derechos fundamentales de los homosexuales no puede restringirse a la consideración de éstos como individuos mas no como parejas. En ese sentido, si bien es imposible negar el gran avance de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo que se refiere a la prohibición de la discriminación por razones de la opción sexual de los individuos,<sup>119</sup> también es necesario admitir que el derecho ampliamente defendido por la doctrina de la Corte- a elegir un proyecto de vida y a desarrollarlo plena y dignamente implica, necesariamente, que dicha prohibición de la discriminación se extienda a la esfera de las parejas y a la posibilidad de constituir familias a partir de ellas. La discriminación por razones de la opción sexual no sólo tiene lugar cuando a un individuo se le prohíbe acceder a un empleo por ser homosexual o se lo sanciona por esa razón; también tiene lugar cuando se le limita acceder a los beneficios estatales otorgados a las parejas por el simple hecho de elegir a una pareja del mismo sexo, o cuando se excluye a los homosexuales de la posibilidad de constituir una familia susceptible de recibir protección del Estado. Sin duda, esto último configura un tratamiento discriminatorio injustificado y desproporcionado, que vulnera el derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

Sin embargo, en la actualidad, a pesar de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional reitera que los homosexuales tienen derecho a elegir y desarrollar su proyecto de buen vivir, que éste es reconocido como importante y valioso para una sociedad pluralista como la colombiana, y que por tanto debe ser tratado sin discriminaciones, dicha jurisprudencia afirma que en Colombia las parejas homosexuales no tienen derecho a obtener los



beneficios patrimoniales de vivir en una unión permanente, a solicitar la residencia en el país cuando no son ciudadanos, a obtener los beneficios pensionales de su compañero o compañera, ni mucho menos a adoptar hijos.<sup>120</sup> Todo ello fundado en el hecho de que son homosexuales y de que estas protecciones son exclusivas de las parejas heterosexuales, único origen posible de la familia protegida por la Constitución Política.

Según la Corte, si bien los homosexuales no tienen derecho a acceder a esa protección especial ofrecida por el Estado a la familia, ello no significa que estén desamparados, pues en todos los casos cuentan con la posibilidad de acceder a los beneficios ordinarios suministrados por el Estado a los individuos que no conforman parejas ni familias, a pesar de que estos beneficios sean muy inferiores en términos de certeza del derecho y de calidad de la prestación. Así, por ejemplo, en el fallo más reciente de la Corte Constitucional sobre el tema,<sup>121</sup> ésta avaló la negativa del Seguro Social de otorgar a un individuo desempleado y con el virus del VIH-Sida la pensión de sobreviviente de su difunto compañero, con quien convivió por más de 10 años, pues, según la Corte, dicha pensión se comprende como un “instrumento de protección del grupo familiar”, y el grupo familiar sólo debe ser protegido por el Estado cuando tiene en su origen a una pareja heterosexual. Sin embargo, la Corte aclaró que la imposibilidad del accionante de acceder a la pensión de sobreviviente de su compañero no significaba de manera alguna su desamparo. Según la Corte, éste podría a pesar de su desempleo, del avanzado estado de su enfermedad y de la existencia de la pensión de su compañero- “procurarse de manera autónoma sus medios de subsistencia y contribuir al sistema en orden a obtener una pensión en las condiciones legales” o “acudir a los medios alternativos de acceso a la seguridad social en salud y pensiones, en igualdad de condiciones con todas las personas, sin que en ese escenario resulte relevante la orientación sexual”.<sup>122</sup>

Lo problemático de esta jurisprudencia de la Corte es que intenta ocultar el sol con las manos, al afirmar que el tratamiento diferenciado de las parejas heterosexuales y homosexuales no se

fundamenta en el criterio sospechoso de la orientación sexual. Dicho trato diferenciado se basa en la idea de que sólo las parejas heterosexuales pueden conformar familias susceptibles de ser protegidas por el Estado, idea que es evidentemente discriminatoria, pues excluye de plano la posibilidad de que las parejas homosexuales constituyan familias valiosas para el proyecto de sociedad pluralista e incluyente contenido en la Constitución de 1991. Esta postura interpreta equivocadamente la regulación amplia, pluralista y democrática de la familia que trae el artículo 42 de la Constitución de 1991. Según la Corte, esta disposición debe ser interpretada en el entendido de que la Constitución protege únicamente, o al menos privilegiadamente, a la familia heterosexual y monogámica, en razón de que establece que una de las formas de constituir la familia es “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”. Sin embargo, esta hermenéutica ignora que el propio artículo 42 reconoce literalmente otras formas de conformar familias, al establecer que éstas no sólo se constituyen por el matrimonio de hombre y mujer, sino también “por vínculos naturales o jurídicos” o “por la voluntad responsable de conformarla(s)”. Esto significa que la exigencia de que se trate de una pareja heterosexual está referida exclusivamente a la institución matrimonial, pero no a otras formas de familia, que pueden tener otro origen y estructura.<sup>123</sup>

Pero además, esta postura pretende negar que la restricción de la protección estatal de los derechos de los homosexuales a la esfera individual y a la intimidad vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, por cuanto estos derechos sólo pueden ejercerse cabalmente en la esfera de la pareja y de la familia y, en el caso de las parejas heterosexuales, también son protegidos en tal dimensión. Así, la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional establece una distinción bastante artificial entre el derecho a elegir libremente la opción sexual y a no ser discriminado por esa razón, y el derecho a ejercer a plenitud dicha opción sexual y a no ser discriminado por esa razón. En efecto, siguiendo la doctrina de la Corte, una persona

puede convivir con otra de su mismo sexo con la pretensión de constituir una comunidad significativa de vida, contar para ello con el concurso de una voluntad responsable para conformarla, tener como móvil de la cohabitación la atracción sexual, el deseo de compañía y de afecto, el miedo a la soledad, o cualquier otra razón admisible para parejas heterosexuales. Sólo que esa pareja no puede contraer matrimonio, ni conformar legalmente una unión marital de hecho, ni solicitar la residencia de uno de sus miembros cuando se trate de un extranjero, ni ser beneficiaria del sistema de afiliación a la seguridad social de los compañeros permanentes, ni adoptar el número de hijos que responsablemente pueda atender.

Con la negativa de brindar protección constitucional a la pareja y a la familia homosexual, la Corte no sólo contradice los principios y valores constitucionales que prohíben la discriminación fundada en la orientación sexual, sino que, además, envía un mensaje perverso, según el cual, si usted es homosexual, la Carta lo protege individualmente, siempre y cuando no aspire a realizar realmente su opción sexual y decida conformar una pareja o una familia, pues en ese caso el ordenamiento no le brinda ninguna protección. En lugar de otorgar una protección especial a los homosexuales que se unen mediante vínculos afectuosos estables y responsables y construyen a partir de ellos familias valiosas para la sociedad colombiana, la Corte parece terminar privilegiando a los homosexuales que optan por no hacerlo y por evitar así las insufribles consecuencias de vivir una vida en pareja o en familia sin absolutamente ninguna protección por parte del Estado.

Así las cosas, con el equivocado argumento de que la Carta sólo reconoce a la familia heterosexual y monogámica, la Corte ha limitado cada vez más su vigorosa jurisprudencia inicial a favor de la protección del derecho a no ser discriminado por razón de la preferencia sexual. En la práctica, la Corte protege adecuadamente al homosexual como persona individual y aislada. No obstante, desconoce los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad en tanto que parte de una pareja susceptible de construir una familia, pues la excluye de

muchas regulaciones estatales de carácter protector. Al hacerlo, la Corte abdica de su función de proteger especialmente a las minorías estigmatizadas. Y lo hace en un contexto que, como el colombiano, dificulta enormemente que estas minorías puedan hacer valer sus derechos en la arena democrática, en donde las mayorías parecen reticentes a sus reclamos.<sup>124</sup>

Es por eso que resulta imperativo que la Corte modifique el precedente constitucional según el cual la protección de la opción homosexual llega únicamente hasta donde empiezan las regulaciones relativas a la protección de las parejas y del núcleo familiar. Este precedente termina por defender un tratamiento discriminatorio fundado en la preferencia sexual y atenta por tanto contra la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de igualdad.<sup>125</sup>

Además, dado que este precedente es vulneratorio de los derechos de los homosexuales a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, el mismo podría ser considerado como un atentado contra los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Colombia por parte de los órganos encargados de su monitoreo, pues el tratamiento diferencial allí contenido no tiene ninguna justificación suficiente ni proporcionada. En efecto, a diferencia de lo que sostiene la Corte Constitucional en la sentencia T-349 de 2006, es bastante factible que la doctrina del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas establecida en el caso *Young vs. Australia*<sup>126</sup> resulte aplicable al caso colombiano. En *Young vs. Australia*, el Comité determinó que la regulación del Estado australiano que impedía el acceso a la seguridad social de los compañeros sobrevivientes de homosexuales beneficiarios del sistema era violatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), pues este trato discriminatorio con respecto a las parejas heterosexuales no se encontraba justificado por ningún argumento razonable y objetivo. Aunque la sentencia T-349 de 2006 de la Corte Constitucional así lo sostiene, parece difícil justificar razonable y objetivamente el tratamiento discriminatorio dado a las parejas homosexuales por la regulación colombiana, con base en la

artificial distinción entre sus derechos como individuos y como parejas y en la equivocada y restrictiva interpretación del concepto de familia. En efecto, como lo afirmó la Corte Europea de Derechos Humanos en la sentencia *Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal*, la protección del interés superior de la familia no constituye un argumento razonable ni objetivo para mantener en un ordenamiento jurídico una norma discriminatoria en contra de las parejas homosexuales.<sup>127</sup>

Así las cosas, si los argumentos esbozados a lo largo de esta intervención no le parecen suficientes para reconsiderar su jurisprudencia, la Corte debería hacerlo al menos con base en este último argumento, no sólo por lo problemático que resulta que se declare que el Estado colombiano vulnera el PIDCP a través de una regulación avalada por el máximo tribunal constitucional del país, sino porque este pacto forma parte del bloque de constitucionalidad, y las decisiones del Comité de monitoreo del mismo son, al menos, una pauta relevante para su interpretación. En esa medida, como lo argumentan los demandantes fundándose en la jurisprudencia de esta Corporación,<sup>128</sup> esta reciente decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *Young vs. Australia* debería considerarse como un cambio en el referente normativo del bloque de constitucionalidad, que justifica plenamente un giro jurisprudencial.

Finalmente, es muy importante que la Corte Constitucional cambie su precedente constitucional en materia de la distinción entre parejas homosexuales y heterosexuales, a fin de que sus declaraciones acerca de la protección constitucional de los derechos de los homosexuales no se queden en mera retórica, susceptible de generar una eficacia simbólica de sus sentencias. En efecto, como se ha manifestado a lo largo de esta intervención, es mucho el desconcierto que produce que la Corte sea tan generosa en sus declaraciones de principio sobre los derechos a la igualdad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales, pero tan renuente a permitir que éstos puedan ejercer estos derechos plenamente, a través de la conformación de parejas y familias homosexuales. Si la Corte Constitucional continúa

defendiendo esta línea argumentativa como precedente jurisprudencial será difícil reconocer en sus decisiones una intención seria y verdadera de proteger los derechos de los homosexuales, que parecerán cada vez más declaraciones retóricas tendientes apenas a obtener legitimidad, sin generar cambio social alguno.

El cambio del precedente hasta ahora defendido significaría que los homosexuales tendrían la posibilidad de acceder a la protección especial ofrecida por el Estado a las parejas y familias heterosexuales, en igualdad de condiciones. Este cambio se encuentra plenamente justificado en la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional referida a la igualdad y a la no discriminación por razones de orientación sexual, los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y las decisiones de los órganos competentes para interpretarlos. Pero además, se encuentra también justificado por el cambio de la percepción de los colombianos respecto de los homosexuales, del que da cuenta la demanda de los accionantes. Como lo argumentan éstos, la sociedad colombiana ha dejado atrás, en buena parte, los nocivos estereotipos que tildaban a los homosexuales de enfermos o anormales, y ha comenzado a reconocer el valor de su proyecto de vida y la importancia de defenderlo, lo que se refleja en el cambio del lenguaje utilizado por los medios de comunicación para referirse a los homosexuales y en el fortalecimiento del movimiento social que defiende sus derechos, entre otros.

Para materializar este cambio, sería necesario que la Corte Constitucional precisara la jurisprudencia contenida en la sentencia C-098 de 1996, y modificara aquella contenida, entre otras, en las sentencias SU-623 de 2001, C-814 de 2001, T-725 de 2004 y T-349 de 2006.

En cuanto a lo primero, como se advirtió en la sección anterior, la sentencia C-098 de 1996 fue acertada al declarar la constitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990 sobre la base de que el legislador no podía remediar todas las injusticias a un mismo tiempo y de que, con la ley 54 de 1990, estaba remediando el injustísimo tratamiento diferencial que se le daba en ese entonces a

las parejas heterosexuales, según estuvieran o no unidas por vínculos de matrimonio. Sin embargo, transcurridos diez años desde que esa sentencia fue proferida y más de quince desde que la ley 54 de 1990 cobró vigencia, es preciso que la Corte Constitucional declare que, aquello que no resultaba inconstitucional en la década de los 90, sí lo es actualmente. Lo es, de una parte, porque la primera injusticia que la ley 54 de 1990 pretendía remediar ya fue remediada, por lo que corresponde al legislador encargarse de remediar las injusticias restantes, en particular cuando las mismas derivan de la aplicación de las normas por él creadas, tal y como sucede en el caso de la ley 54 de 1990. En efecto, como lo expusieron los demandantes, la aplicación restrictiva de la ley 54 de 1990 a las parejas heterosexuales tiene efectos nocivos sobre las parejas homosexuales, no sólo porque no pueden ser beneficiarias de la presunción de la unión marital de hecho, de los medios de prueba previstos para demostrar su existencia, ni del régimen patrimonial de bienes comunes allí previstos, sino también porque la definición de unión marital de hecho y de compañeros permanentes previstas en tal ley se han convertido en el referente normativo de diversos regímenes jurídicos y, por tanto, han conducido a la exclusión de los homosexuales de toda protección y de todos los beneficios concedidos por el Estado a las parejas y familias heterosexuales. De otra parte, es importante que la Corte Constitucional precise el precedente contenido en la sentencia C-098 de 1996 teniendo en cuenta que, a diferencia de lo que sucedió cuando dicha sentencia fue proferida, en la presente oportunidad es innegable la existencia de una omisión legislativa relativa, teniendo en cuenta que en el año 2005 el legislador revisó y reformó dichas normas y, sin embargo, no remedió la injusticia por ellas generada en contra de los homosexuales.

Además de realizar dicha precisión, una decisión de la Corte Constitucional tendiente a remediar la injusticia generada por el trato discriminatorio de las parejas y familias homosexuales respecto de las heterosexuales tendría que rectificar el precedente constitucional contenido, entre otras, en las sentencias SU-623 de

2001, C-814 de 2001, T-725 de 2004 y T-349 de 2006. En efecto, para remediar de fondo dicha injusticia, la Corte tendría que alejarse de la noción restrictiva de familia heterosexual y monogámica en la que se han basado estas sentencias e incluir en la misma a la familia que tiene como origen una pareja homosexual. Con ello, la Corte Constitucional garantizaría un tratamiento igual para las parejas homosexuales y heterosexuales y una cabal protección de los derechos de los homosexuales a la igualdad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

La precisión de la doctrina constitucional contenida en la sentencia C-098 de 1996 y la rectificación de aquella contenida, entre otras, en las sentencias SU-623 de 2001, C-814 de 2001, T-725 de 2004 y T-349 de 2006 que, como lo hemos argumentado a lo largo de esta sección, se hacen necesarias para la garantía plena de los derechos de la comunidad homosexual colombiana a la igualdad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, conducen a la decisión, que respetuosamente solicitamos a la Honorable Corte Constitucional mediante esta intervención ciudadana, de declarar, o bien la inconstitucionalidad de la expresión “hombre y mujer” contenida en los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, o la constitucionalidad condicionada de los mismos en el entendido de que también incluyen parejas del mismo sexo.

### *III. Importancia de acceder a la petición de la demanda, incluso sin un cambio del precedente constitucional*

Como queda claro en la sección anterior, es evidente que quienes suscribimos esta intervención ciudadana consideramos de toda la relevancia del caso que la Corte Constitucional rectifique el precedente constitucional que restringe la noción constitucional de familia digna de protección especial del Estado a la familia heterosexual, y que le ha servido como fundamento para declarar la constitucionalidad de tratamientos diferenciales y discriminatorios de las parejas homosexuales y heterosexuales. Ahora bien, consideramos que, incluso en el evento de que la Corte



Constitucional decida mantener el precedente constitucional sobre la materia, con base en dicho precedente la Corte debería acceder a las pretensiones de los demandantes y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de las expresiones “hombre y mujer” de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, o la constitucionalidad condicionada de estas disposiciones en el entendido de que también incluyen parejas del mismo sexo.

En efecto, como lo argumentan con lucidez los demandantes, es posible establecer una distinción entre la noción de familia y la noción de pareja, susceptible de generar un tratamiento distinto por parte del Estado de una y otra, pero susceptible, al mismo tiempo, de impedir cualquier distinción entre los distintos tipos de pareja heterosexual u homosexual. Así, tal y como la comprende actualmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la familia sólo puede conformarse a partir de la unión de un hombre y una mujer, y merece la protección especial del Estado a la que se refiere el artículo 42 de la Carta, tanto por la posición de debilidad de la mujer, como por la posibilidad de la procreación.<sup>129</sup> Por su parte, la pareja constituye una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se concreta en la libre elección del proyecto de vida y en la libre determinación de vivir la sexualidad con otra persona y de establecer con ella una comunidad significativa de vida, sin importar que se trate de una persona del mismo o de otro sexo.

En esa medida, mientras que una pareja heterosexual puede ser acreedora de los derechos que le otorga tanto su carácter de pareja como su carácter de familia, una pareja homosexual sólo podría ser acreedora de los primeros. Sin embargo, éstos deberían incluir no sólo los derechos individuales de los miembros de la pareja, sino los derechos que confiere el hecho de conformar una pareja, y deberían concederse a las parejas heterosexuales y homosexuales, sin distinción alguna. Entre estos derechos se encontrarían, evidentemente, aquéllos consagrados en la ley 54 de 1990, pues ésta hace referencia al régimen patrimonial propio de la unión marital de hecho, régimen que puede predicarse de cualquier pareja con independencia de que ésta constituya o no una familia. En

ese sentido, parecería no existir ninguna justificación razonable y objetiva para excluir a las parejas del mismo sexo de los derechos consagrados en la ley 54 de 1990, ni de todos los demás, presentes en diferentes regímenes jurídicos, que se basan en la definición de la unión marital de hecho propia de la ley 54 de 1990 para determinar a sus beneficiarios.

De esa manera, resulta perfectamente posible que, con base en el precedente constitucional vigente, la Corte Constitucional acceda a la solicitud de los demandantes de declarar la inconstitucionalidad de la expresión “hombre y mujer” contenida en los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, o la constitucionalidad condicionada de los mismos en el entendido de que también incluyen parejas del mismo sexo. En efecto, esto sólo implicaría de parte de la Corte una precisión en el sentido de que las instituciones de la pareja y la familia son distintas y pueden convivir de manera independiente entre sí, recibiendo cada una un tratamiento distinto de parte del Estado. Desde esta perspectiva, entonces, las expresiones demandadas en el proceso de referencia serían inconstitucionales o requerirían de una interpretación condicionada, no porque generan un tratamiento distinto entre la familia y la pareja homosexual, sino porque generan un tratamiento distinto y discriminatorio entre la pareja heterosexual y la pareja homosexual, parejas respecto de las cuales no pueden hacerse distinciones basadas en la orientación sexual de sus miembros.

La declaratoria de inconstitucionalidad o de constitucionalidad condicionada de las expresiones demandadas por las razones anteriormente enunciadas parecería ser el límite argumentativo al que podría llegar la Corte para producir una decisión que, dentro del marco del constitucionalismo democrático, mantuviera su precedente constitucional en materia de la noción de familia, sin vulnerar con ello los derechos fundamentales a la igualdad, la vida digna y el libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales, así como los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Colombia. En efecto, la declaratoria de constitucionalidad de las normas acusadas no puede ser

interpretada, desde ninguna óptica, como una decisión respetuosa, ni mucho menos protectora, de los derechos de los homosexuales, por cuanto la misma implicaría la perpetuación del tratamiento discriminatorio e injustificado al que, hasta la fecha, se han visto sometidas las parejas homosexuales con respecto a las parejas heterosexuales. Como lo señaló ya el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el tratamiento discriminatorio de las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales constituye una violación del artículo 26 del PIDCP y, como tal, una violación del bloque de constitucionalidad colombiano.

Y es que, como lo afirmó la propia Corte en la última sentencia en torno a este tema, “(l)as parejas homosexuales estables son una realidad que surge en nuestra sociedad en un contexto distinto”,<sup>130</sup> contexto que no existía cuando disposiciones legales como la ley 54 de 1990 o la ley 100 de 1990 fueron expedidas. En ese sentido, si bien en su momento dichas disposiciones podían ser consideradas constitucionales, en la actualidad, cuando las parejas homosexuales son una “realidad visible”, se han movilizado activamente para solicitar el reconocimiento de su diferencia y demuestran necesidades de protección estatal similares de aquéllas de las parejas heterosexuales, la limitación de esta protección a éstas en detrimento de aquéllas se torna insostenible. De ahí que, yendo más allá de los argumentos expuestos por los demandantes acerca de la existencia de una cosa juzgada relativa implícita, consideremos que en este caso estamos en presencia de una omisión legislativa relativa, pues en el momento de la expedición de la ley 979 de 2005 - y en particular de su artículo 1 reformatorio del artículo 2 de la ley 54 de 1990-, el legislador debió haber extendido los beneficios concedidos por la ley 54 de 1990 a las parejas homosexuales, a fin de terminar la discriminación de la que han sido víctimas por concepto de la aplicación restrictiva de esa ley.

El legislador no corrigió la situación discriminatoria de las parejas homosexuales habiéndolo podido hacer y, en cambio, aumentó la brecha existente entre la desprotección de éstas y la protección de las parejas heterosexuales. Como tal, de la ley 54 de

1990 no puede sino afirmarse lo que, en su momento, expresó la Corte Constitucional respecto de las normas que tipificaban la homosexualidad como falta disciplinaria de los docentes:

Normas como la acusada derivan entonces de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país. Por ello, la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sean un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas.<sup>131</sup>

Para que los prejuicios contra la homosexualidad sean erradicados y para que la diversidad sea comprendida como fuente de riqueza social, es fundamental que en el proceso de referencia la Corte Constitucional reconozca la igualdad real de derechos de las parejas homosexuales y, en consecuencia, acceda a la siguiente solicitud:

#### *IV. Solicitud*

De manera comedida solicitamos a la Corte Constitucional:

##### *Solicitud principal:*

Que declare la INCONSTITUCIONALIDAD de la expresión “hombre y mujer” contenida en los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, este último modificado por el artículo 1 de la ley 979 de 2005.

##### *Solicitud subsidiaria:*

Que declare la CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, este último modificado por el artículo 1 de la ley 979 de 2005, en el entendido de que la unión marital de hecho incluye también a las parejas del mismo sexo, esto

es, parejas conformadas por una mujer y una mujer o por un hombre y un hombre.

De los honorables señores magistrados,

Rodrigo Uprimny Yepes,

c.c. No. 79.146.539 de Usaquén

Director

María Paula Saffon Sanín

c.c. 52.862.641 de Bogotá

Investigadora

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia



## Notas

- 1** Constitución Política de la República de Colombia de 1991, art. 93.
- 2** El texto establece: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.» Id.
- 3** Colombia ratificó el PIDCP el 23 de marzo de 1976. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 21 ONU GAOR Sup. núm. 16, en 52, ONU Doc. A/6316 (1966) [en lo sucesivo, PIDCP]; Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El estado de las ratificaciones de los principales tratados internacionales sobre derechos humanos puede consultarse en <http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf>.
- 4** Colombia ratificó la Convención Americana el 31 de julio de 1973, y aceptó la jurisdicción del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos el 21 de junio de 1985. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie sobre tratados OEA núm. 36; 1144 UNTS 123; 9 ILM 99 (1969) [en lo sucesivo, la Convención Americana]; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; las firmas y el estado actual de las ratificaciones de la Convención Americana sobre derechos humanos puede consultarse en <http://www.cidh.org/Basicos/basic4.htm#n>.
- 5** El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con el artículo 28 del PIDCP, autoriza al Comité de Derechos

Humanos de Naciones Unidas a conocer de las quejas de personas físicas que aleguen que los Estados miembros han vulnerado los derechos contenidos en el PIDCP. Colombia ratificó el Protocolo Facultativo el 23 de marzo de 1976. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 21 ONU GAOR Sup. núm. 16, en 59, ONU Doc. A/6316 (1966); Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El estado de las ratificaciones de los principales tratados internacionales de derechos humanos puede consultarse en <http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf>.

**6** PIDCP, artículo 26.

**7** Comisión de Derechos Humanos, Comentario general núm. 18, Prohibición de discriminación (37<sup>a</sup>. sesión, 1989), Compilación de comentarios generales y recomendaciones generales adoptados por los organismos de los tratados internacionales de derechos humanos, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev. 6 en 146 (2003), 12.

**8** PIDCP, artículo 2.

**9** Caso Toonen v. Australia, Com. núm. 488/1992, ONU Doc. CCPR/c/50/D/488/1992 (31 de marzo de 1994) (Comis. Der. Hum.), ¶ 8.7.

**10** Convención Americana, artículo 1.

**11** Íd., artículo 24.

**12** Caso 11.656, Interam., Informe núm. 71/99, (1999).

**13** La Corte Constitucional de Colombia confirmó el derecho a las visitas íntimas de parejas homosexuales en un caso distinto, aunque la decisión no resolvió afirmativamente la cuestión, ya que se hizo a través de una tutela, una medida de protección que no sienta precedentes. Corte Constitucional de Colombia en favor de las visitas conyugales a una interna lesbiana, Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas, 23 de octubre de 2001, puede consultarse en <http://iglhrc.org/site/iglhrc/section.php?id=5&pos=0&print=1&detail=116>.

**14** Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, abierto para su firma el 4 de noviembre de 1950, Consejo de Europa, artículo 14, 213 U.N.T.S. 222 (entrada en vigor: 3 de septiembre de 1955) [en lo sucesivo, el Convenio Europeo].

**15** Asamb. Parl. Europ., Recomendación 924 sobre la discriminación contra los homosexuales, 33<sup>a</sup>. sesión, doc. núm. 4755 (1981).

**16** Ídem, en el apartado 7(b).

**17** Ídem, en el apartado 7(d).

**18** Asamb. Parl. Europ., Recomendación 1474 sobre la situación de gays y lesbianas en los Estados miembros del Consejo de Europa, 2000, sesión, doc. núm. 8755, (2000).

**19** Ídem, en el apartado 7.

**20** Ídem, en los apartados 11(iii)(h)-(i).



- 21** Caso *Karner v. Austria*, (2004), 38 E.H.R.R. 24.
- 22** Ídem, en el apartado 19.
- 23** Ídem.
- 24** Ídem, apartados 11 y 12.
- 25** Ídem, en el apartado 14.
- 26** *Karner* (2004), 38 E.H.R.R. 24, en apartado 3
- 27** Ídem, en el apartado 33.
- 28** Ídem, en el apartado 37.
- 29** Ídem, en el apartado 34.
- 30** Ídem, en el apartado 40.
- 31** *Karner* (2004), 38 E.H.R.R. 24, apartados 42 y 43.
- 32** «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».
- 33** Véase *Same-sex marriage and partnership: country-by-country* (Asociación Internacional de Lesbianas y Gays; Europa, Bruselas, Bélgica), consultado el 15 de junio de 2006. Disponible en [http://www.ilga-europe.org/europe/issues/marriage\\_and\\_partnership/same\\_sex\\_marriage\\_and\\_partnership\\_country\\_by\\_country](http://www.ilga-europe.org/europe/issues/marriage_and_partnership/same_sex_marriage_and_partnership_country_by_country).
- 34** Ídem.
- 35** Ídem.
- 36** Constitución canadiense (Constitution Act, 1982) punto 2 (Carta canadiense de derechos y libertades), apartado 15.
- 37** Caso *Vriend v. Alberta*, [1998] D.L.R. ¶¶ 8791.
- 38** Ídem, en ¶¶ 94104.
- 39** *M v. H*, [1999] D.L.R. ¶ 3.
- 40** Ídem, en ¶4.
- 41** Constitución de EE.UU., XIV enmienda, apartado 1.
- 42** No obstante, el Tribunal ha advertido, en el caso más reciente de *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), que la obligación de los tribunales es «definir la libertad de todos, no imponerles [su propio] código moral». *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 850 (1992).
- 43** *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 631 (1996)
- 44** Véase id.
- 45** Ídem, en 624.
- 46** Ídem, en 625.
- 47** Ídem, en 625-26.
- 48** *Romer*, 517 U.S. en 635-36.
- 49** Ídem, en 626.

- 50** Ídem.
- 51** Ídem, en 631.
- 52** Ídem, en 633-34.
- 53** Romer, 517 U.S. en 635.
- 54** Ídem en 634 (omitidas las citas internas) (en cursiva en el original).
- 55** 440 Mass. 309 (2003).
- 56** Ídem en 317; véase también íd. en 313 (adviértase que la Constitución del Estado de Massachussets protege los derechos individuales de forma más amplia que la Constitución Federal).
- 57** Ídem, en 312.
- 58** Ídem.
- 59** Ídem, en 321.
- 60** Goodridge, 440 Mass. en 322.
- 61** Ídem, en 323.
- 62** Véase íd. en 323-25. Muchos de estos mecanismos de protección son similares a los garantizados a los miembros de parejas de hecho en virtud de la Ley 54 de 1990.
- 63** Ídem, en 325.
- 64** Ídem, en 327.
- 65** Goodridge, 440 Mass. en 342.
- 66** Ídem, en 326.
- 67** 122 P.3d 781 (Alaska 2005).
- 68** Alaska Civil Liberties Union, 122 P.3d en 784.
- 69** Constitución de Alaska, artículo 1, apdo. 1.
- 70** Constitución de Alaska, artículo 1, apdo. 3.
- 71** Alaska Civil Liberties Union, 122 P.3d en 783 (que cita el caso Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)).
- 72** Constitución de Alaska, artículo 1, apdo. 25.
- 73** Alaska Civil Liberties Union, 122 P.3d en 786-87.
- 74** Ídem, en 790.
- 75** Ídem, en 791.
- 76** Ídem.
- 77** Véase id. núm. 49
- 78** Alaska Civil Liberties Union, 122 P.3d en 792-93.
- 79** Ídem.
- 80** Ídem, en 793.
- 81** Ídem, en 793-94.
- 82** Véase Human Rights Campaign, Statewide Anti-Discrimination Laws and Policies, [http://www.hrc.org/Template.cfm?Section=Your\\_Community&Template=/ContentManagement/ContentDisplay.cfm&ContentID=14821](http://www.hrc.org/Template.cfm?Section=Your_Community&Template=/ContentManagement/ContentDisplay.cfm&ContentID=14821) (visitado por última vez el 21 de junio de 2006).

- 83** Véase Human Rights Campaign, *Relationship Recognition in the U.S.*, [http://www.hrc.org/Template.cfm?Section=Your\\_Community&Template=/ContentManagement/ContentDisplay.cfm&ContentID=16305](http://www.hrc.org/Template.cfm?Section=Your_Community&Template=/ContentManagement/ContentDisplay.cfm&ContentID=16305) (visitado por última vez el 21 de junio de 2006).
- 84** El Tribunal de Apelaciones de Nueva York ha determinado recientemente que la constitución de Nueva York «no obliga al reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo». *Hernandez v. Robles*, 2006 WL 1835429 (Nueva York, 6 de julio de 2006). El tribunal no abordó específicamente las cuestiones relativas a la igualdad de derechos económicos para las parejas, con independencia de la orientación sexual.
- 85** Constitución sudafricana (Ley 108 de 1996), capítulo II, apdo. 9.
- 86** *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v. Minister of Home Affairs and Others*, 2000 (2) SA 1 (CC).
- 87** Ídem, en ¶53.
- 88** Ídem, en ¶40.
- 89** Ídem, en ¶42.
- 90** Véase más arriba, apartado B.
- 91** *Satchwell v. President of the Republic of South Africa and Another*, 2002 (6) SA 1 (CC).
- 92** *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Others*, 2003 (2) SA 198 (CC), ¶ 26.
- 93** *Satchwell* en ¶ 13. (citando a *Dawood and Another v. Minister of Home Affairs and Others*; *Shalabi and Another v. Minister of Home Affairs and Others*; *Thomas and Another v. Minister of Home Affairs and Others* (citas omitidas)).
- 94** Ídem.
- 95** Véase la Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación Injusta (*Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*) de 2000, la Ley de Violencia Doméstica (*Domestic Violence Act*) de 1999, la Ley de Arrendamiento de Viviendas (*Rental Housing Act*) de 1999, la Ley de Igualdad en el Empleo (*Employment Equity Act*) de 1998, la Ley de Planes Médicos (*Medical Schemes Act*) de 1998 y la Ley de Relaciones Laborales (*Labour Relations Act*) de 1995.
- 96** *Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others v. Minister of Home Affairs and Others*, Caso CCT 60/04 (2005), ¶ 59.
- 97** Constitución Política de la República de Ecuador de 1998, art. 23, apdo. 3.
- 98** «Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación», D.O., 11 de junio de 2003 (Mex.), art. 4. puede consultarse en <http://www.diputados.gob.mx/leyinfo/pdf/262.pdf>.
- 99** Ídem, en art. 9.
- 100** *Tony Pitman, Mexico is for lovers*, *The Advocate*, 28 de marzo de 2006 en 21.

**101** «Ley 1004, Reconócense las uniones civiles en la C.A.B.A», de 12 de diciembre de 2002 (Buenos Aires, Argentina), puede consultarse en <http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/html/ley1004.html>.

**102** Ídem.

**103** «Ley N° 3736» de 17 de diciembre de 2002, B.O. 4097 (Rio Negro, Argentina), puede consultarse en <http://www.legism.gov.ar/despliego.php?cual=L/L03736.html>.

**104** Véase la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996), art. 11. (donde se prohíbe expresamente la discriminación basada en la orientación sexual), World Legal Survey, International Lesbian and Gay Association, consultado el 15 de mayo de 2006, disponible en [http://www.ilga.info/Information/Legal\\_survey/americas/argentina.htm](http://www.ilga.info/Information/Legal_survey/americas/argentina.htm).

**105** Judge OKs conjugal visits for gay prisoner [Un juez autoriza las visitas conyugales a los prisioneros homosexuales], The Daily Journal, 2 de diciembre de 2005, puede consultarse en <http://www.dj.com.ve/article.asp?CategoryId=14093&ArticleId=206402>.

**106** Antidiscrimination Legislation: A Worldwide Summary (International Gay and Lesbian Human Rights Commission, Nueva York, NY), abril de 1999, <http://www.iglhrc.org/files/iglhrc/reports/990604-antidis.pdf>,. Visitado el 8 de enero de 2006.

**107** Nota de prensa, Rio Grande do Sul Tribunal de Justicia Decisão dá base legal para casamento entre pessoas do mesmo sexo [Una sentencia se convierte en la base legal para el matrimonio entre personas del mismo sexo], puede consultarse en [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=30873&voltar=S](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=30873&voltar=S). Véase también Brazilian go-ahead for gay unions, [Los brasileños avanzan hacia las uniones homosexuales], BBC News 5 de marzo de 2004, puede consultarse en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3534959.stm>.

**108** Larry Rohter, World Briefing Americas: Brazil: State To Allow Same Sex Unions [Brasil: El Estado permitirá las uniones entre personas del mismo sexo], N.Y. Times, 6 de marzo de 2004, en A.

**109** «Lei N° 9.278» de 10 de mayo de 1996, disponible en [https://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9278.htm](https://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm).

**110** Civil Union Proposals Passed in Rio Negro Province and Buenos Aires City, [Las propuestas de unión civil se aprueban en la provincia de Río Negro y en la ciudad de Buenos Aires] (Int'l Gay and Lesbian Human Rights Comm., Nueva York, NY), diciembre de 2002, disponible en <http://www.iglhrc.org/site/iglhrc/section.php?id=5&detail=39>.

**111** Brazil Court OKs Gay Adoption, [Un tribunal brasileño autoriza una adopción gay] 365Gay.com, 11 de julio de 2005, puede consultarse en <http://www.365gay.com/newscon05/07/071105brazil.htm>.

**112** Brazil ministry recognizes same-sex unions, [Un ministro brasileño reconoce las uniones homosexuales] Agence France Presse English Wire, 23 de diciembre de 2005.

**113** Daniela Estrada, Rights-Chile: Gay Community Pins Hopes on Bachelet, [Derechos-Chile: La comunidad gay deposita sus esperanzas en Bachelet] Inter Press Service, 2 de febrero de 2006.

**114** Support Legal Registration for Gay, Lesbian and Transgender Organizations, [Apoyo para el registro jurídico de las organizaciones de gays, lesbianas y transexuales] (Int'l Gay and Lesbian Human Rights Comm., Nueva York, NY), septiembre de 2004, puede consultarse en <http://www.iglhrc.org/site/iglhrc/section.php?id=5&detail=520>.

**115** Andrew Reding, Sexual Orientation and Human Rights in the Americas, World Policy Reports (World Policy Institute: Project for Global Democracy and Human Rights, Nueva York, N.Y.), diciembre de 2003, en 41-42.

**116** Corte Constitucional, Auto A-031B de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil (citado por los demandantes).

**117** Sentencia C-067/99 M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

**118** Ver, entre muchas otras, sentencias C- 073 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-146 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-402 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-562 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

**119** Ver, entre otras, las sentencias T-097 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-618 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

**120** Ver, entre otras, las sentencias SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-725 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

**121** Sentencia T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

**122** Ibídem.

**123** Ver, en este sentido, los salvamentos de voto de los Magistrados Álvaro Araújo Rentería, Eduardo Montealegre Lynett y Manuel José Cepeda Espinosa a las sentencias SU-623 de 2001 y C-814 de 2001.

**124** En los últimos cinco años, se han presentado ante el Congreso de la República cuatro proyectos de ley tendientes a garantizar la igualdad de derechos de las parejas homosexuales (Proyecto de Ley 85 de 2001, Proyecto de Ley 43 de 2002, Proyecto 113 de 2004, Proyecto 130 de 2005). Sin embargo, de ellos 3 han sido archivados por votación en contra o por falta de trámite, y el último obtuvo votación en contra de su trámite de conciliación en junio 19 de 2007.

**125** En la sentencia C-481 de 1998, fundamentos 24 y ss, La Corte explícitamente señala que “toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por

razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto". Ver igualmente las sentencias T-539 de 2004 y T-101 de 1998.

**126** Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Young vs. Australia, 2003, Comunicación No. 941/2000, CCPR/C78/D941/2000.

**127** Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal, 1999, No. 176, 33290/96. Em este caso, la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que la normatividad portuguesa que impedía que el padre biológico de una menor que convivía con una pareja del mismo sexo vulneraba la Convención Europea, y no podía justificarse en virtud del objetivo de protección del interés superior de la familia.

**128** Como lo exponen los demandantes, en la sentencia C-1299 de 2005 la Corte Constitucional señaló dos circunstancias en las que puede comprenderse que ha tenido lugar un cambio en el bloque de constitucionalidad: la ratificación de un nuevo tratado, o la interpretación con autoridad del mismo por parte del órgano internacional competente en el sentido de establecer una obligación determinada derivada del tratado en cuestión.

**129** Ver, al respecto, la sentencia C-098 de 1996 que, como lo señalan los demandantes, alude a estas características para distinguir la pareja heterosexual de la homosexual, en lugar de hacerlo para distinguir la familia de la pareja heterosexual u homosexual- como lo sugieren los demandantes.

**130** Sentencia T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

**131** Sentencia C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

