

Derechos de las parejas del mismo sexo

*Un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana**

Mabel Londoño Jaramillo**

Recibido: agosto 1 de 2012
Aprobado: octubre 22 de 2012

Resumen

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha permitido avanzar en el reconocimiento de los derechos de los homosexuales en Colombia, toda vez que ha tomado decisiones en favor de este grupo tradicionalmente desprotegido e invisibilizado, no solo desde la dimensión individual o del colectivo minoritario sino desde la dimensión de la pareja protegida por la Constitución Política de Colombia como un proyecto de vida válido. Lo anterior ha puesto en evidencia la ausencia de regulación legal de sus derechos en relación con los de las personas heterosexuales y, con ello, el déficit de protección que han padecido por años. En este escrito hacemos un recorrido por las diferentes sentencias dictadas entre 1994 y 2012, con la finalidad de que el lector observe la lenta y progresiva evolución en la línea de pensamiento de esta Corporación.

Palabras clave: Corte Constitucional de Colombia, jurisprudencia, homosexuales, parejas del mismo sexo, derechos, déficit de protección.

* El presente artículo es producto de la investigación "Democracia y poder judicial en Colombia. Un estudio desde el Estado social de derecho y los centros de poder", adscrita a la línea de Teoría general del derecho del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia, en donde la autora participa como investigadora principal.

** Abogada de la Universidad de Medellín, Colombia. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia, y en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, España. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia. Correo electrónico: mlondono@udem.edu.co

Rights of same-sex couples. A study based on the Colombian Constitutional Court Jurisprudence

Abstract

Jurisprudence of the Constitutional Court has allowed to advance in recognition of rights for homosexuals in Colombia, since the Constitutional Court has made some decisions to the benefit of this traditionally unprotected group not only from an individual or collective minority point of view but also from a point of view of couples protected by the Colombian Political Constitution, as a valid life project. This has clearly shown the lack of legal regulations for their rights in relation to those of heterosexual people; this has resulted in a clear poor protection of them for many years. This article covers several sentences pronounced between 1994 and 2012, intended to make readers realize the slow and progressive evolution of the line of thought of this Corporation.

Key words: Colombia Constitutional Court; jurisprudence; homosexuals; same-sex couples; rights; poor protection.

Introducción

El contexto social y jurídico actual permite detectar un avance en el reconocimiento de los derechos de los homosexuales, o mejor de la comunidad LGBTI, para incluir a las lesbianas, los gays, los bisexuales, los travestis, los transgeneristas¹ y los intersexuales, lo que encuentra respaldo directo en la normativa constitucional que consagra el derecho a la libre opción sexual, manifestación del libre desarrollo de la personalidad², y el derecho a la no discriminación. Lo anterior ha sido posible gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana que ha hecho una aproximación reflexiva no solo a la homosexualidad desde la perspectiva de la persona individual y del grupo minoritario tradicionalmente desprotegido e invisibilizado, sino que, a partir del 2007, ha logrado un afianzamiento de la consideración de la pareja integrada por personas del mismo sexo como una opción válida al lado de las parejas constituidas por personas de diferente sexo, cuya efectiva existencia supone "una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia" (Corte Constitucional de Colombia, 2009A).

En este orden de ideas, la emancipación de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia se ha hecho por vía jurisprudencial y no legal. El papel sustancial que ha jugado la jurisprudencia constitucional es incuestionable y ha sido el motor del activismo actual en pro de los derechos de los movimientos LGBTI,

quienes a través de diversas acciones constitucionales (pues las iniciativas legislativas han sido frustradas y frustrantes)³ han logrado el reconocimiento de algunos derechos que habían sido conculcados por años y, a partir de las conquistas alcanzadas, han seguido cabildeando iniciativas que permitan poco a poco la superación del déficit de protección en que se encuentran.

La reivindicación de derechos de este grupo social históricamente discriminado ha permitido un cambio paulatino en la percepción de las personas de diversa orientación sexual, debido a que los discursos institucionales en pro de los derechos LGBTI envían un mensaje de tolerancia a la ciudadanía al "normalizar" opciones de vida tradicionalmente excluidas; además, han propiciado un empoderamiento de dicha comunidad, pues como bien lo resaltan García y Uprimny (2004), en lugar de ser el movimiento el que ha originado la jurisprudencia, ha sido esta sustancial en la creación de un movimiento con conciencia de derechos y fe en el derecho.

El artículo que el lector tiene en sus manos hace parte del proyecto de investigación "Democracia y poder judicial en Colombia. Un estudio desde el Estado social de derecho y los centros de poder", financiado por la Universidad de Medellín, que en uno de sus objetivos específicos se fijó la tarea de analizar la importancia que cobra la legitimidad del poder judicial para hacer efectivas las expectativas de los justiciables que se expresan desde la dimensión sustancial de la democracia. Como entendemos la dificultad de estudiar la legitimidad del poder judicial debido a las diferentes dimensiones en que actúa y

¹ Estos dos últimos tradicionalmente excluidos debido al oficio sexual que algunos ejercen. Lemaitre afirma que muchos travestis y transgeneristas están separados de la tradicional comunidad homosexual por líneas de oficio y a menudo de clase social, toda vez que muchos de estos activistas ejercen o han ejercido el trabajo sexual y se movilizan por esta causa (Lemaitre, 2009, p. 254).

² La libre opción sexual hace parte de la autonomía personal, en tanto que implica la libertad que tiene el individuo de elegir un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que se desarrolle, y que le posibilita su realización como ser humano.

³ El hecho que aparece con suficiente base empírica es que el legislador ha sido negligente con el estudio de los asuntos que involucran a este colectivo, pese a que en varias ocasiones han cabildeado iniciativas a partir de los triunfos que han obtenido en sede judicial. Así, por ejemplo, pueden mencionarse como iniciativas legislativas frustradas en Colombia el proyecto de ley 85 de 2001, el proyecto de ley 43 de 2002, el proyecto de ley 113 de 2004 y el proyecto de ley 130 Senado / 152 Cámara de 2006.

puede impactar, optamos por hacer un estudio de caso para encontrar posibles respuestas.

Es así como estudiamos la evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos de las parejas del mismo sexo, con el propósito de (i) presentar la importancia del papel que ha jugado la Corte Constitucional en nuestro Estado social de derecho, para la emancipación de este grupo social tradicionalmente excluido e invisibilizado⁴, (ii) sugerir una explicación de la defensa que en nuestro país diferentes estudiosos del tema, grupos sociales, actores públicos o individuos hacen del tribunal constitucional colombiano, pese a su carácter contramayoritario⁵, y (iii) dar ideas acerca de la legitimidad de la que goza dicha Corporación en nuestro medio.

Presentaremos, entonces, la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, a partir de la identificación y estudio de las sentencias de tutela y de constitucionalidad y, en estas últimas, de la categorización de los diferentes nichos temáticos abordados. Nos interesa hacer énfasis en los argumentos de la Corporación, para que el lector vaya evidenciando el cambio lento y progresivo en la concepción de los derechos de este grupo social.

⁴ Una aproximación al tema en Londoño (2010).

⁵ Estamos pensando en las dos grandes corrientes de pensamiento existentes en relación con el control judicial de las leyes. De un lado, los teóricos que aceptan la revisión judicial de las leyes y, con ello, que frente a los aspectos fundamentales que regulan la vida colectiva, los jueces tengan la "última palabra", pese a su carácter contramayoritario, a quienes identificamos como pro-judiciales o progresistas; de otro lado, los teóricos críticos del control judicial de las leyes y del hecho de que el juez tenga la última palabra en los aspectos fundamentales de la organización de la vida social, a quienes identificamos como autores antiteoría o críticos. Esta última corriente de pensamiento apela al carácter contramayoritario del poder judicial para cuestionar el hecho de que en una democracia los jueces tengan la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica derivada de los órganos políticos que eligen las mayorías y, por tanto, anular sus efectos. Es importante aclarar al lector que nos ubicamos en la posición pro-judicial.

1. *La orientación sexual como criterio sospechoso de diferenciación*

Como ya lo hemos planteado, la emancipación de la comunidad LGBTI y, muy especialmente, la equiparación parcial de los derechos entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo, vino por vía jurisprudencial. Tal evolución ha sido lenta y progresiva, y ha tenido sus reveses y contradicciones. A partir de la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional de Colombia (Corte Constitucional de Colombia, 2007A) -cuyo análisis está enfocado hacia los aspectos patrimoniales de la pareja conformada por personas del mismo sexo- y las subsiguientes sentencias C-811 de 2007 (Corte Constitucional de Colombia, 2007B), C-336 de 2008 (Corte Constitucional de Colombia, 2008A) y C-798 de 2008 (Corte Constitucional de Colombia, 2008B) -en las que se hace referencia a la orientación sexual en cuanto criterio sospechoso-, se produce un cambio jurisprudencial en relación con el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo⁶, pese a que en anteriores decisiones se había considerado que los problemas de igualdad que se planteaban por diferencias de trato frente a dichas parejas eran atribuibles a omisiones absolutas del legislador, que no eran susceptibles de reparación por la vía del control de constitucionalidad.

Este fue el punto de quiebre para que la Corte Constitucional de Colombia acudiera a establecer las situaciones concretas en las cuales ambos tipos de pareja son asimilables y, por consiguiente, la diferencia de trato se torna injustificada y violatoria del principio de igualdad, e identificar los diferentes supuestos normativos en los cuales la ausencia de regulación de la situación de las parejas del mismo sexo, en aspectos que, si han sido regulados para las parejas heterosexuales, pueden conducir a un

⁶ Las providencias enunciadas parten del reconocimiento de la dignidad, del libre desarrollo de la personalidad -a partir de la autonomía de los individuos- y de la igualdad que expresamente prohíbe la discriminación por razón de la orientación sexual.

déficit de protección contrario a la Constitución Política de Colombia (Corte Constitucional de Colombia, 2009B).

Es importante aclarar que el criterio que ha servido de pauta para el análisis de los casos es el de la "orientación sexual", que está referida a las personas homosexuales en la medida en que dicha tendencia, distinta a la de las personas heterosexuales, les comporta un trato diferente e injustificado en relación con el acceso a los derechos. Entonces, la Corte Constitucional de Colombia ha entendido que como la categoría "orientación sexual" constituye "un criterio sospechoso de diferenciación"⁷, la divergencia de trato fundada en ella se presume inconstitucional y debe ser sometida a un control constitucional "estricto", de tal suerte que cada caso cuestionado sea analizado y sopesado⁸.

A partir de esta consideración, la Corporación postuló la existencia de un "déficit de protección" y ha avanzado hacia su superación, bajo la advertencia de que "no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria per se, ni considerarse fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida en que puede surgir de las diferencias que existen entre unas parejas y otras" (Corte Constitucional de Colombia, 2009B).

⁷ Un primer antecedente en la sentencia T-301 de 2004 (Corte Constitucional de Colombia, 2004A).

⁸ Sentencia C-075 de 2007 (Corte Constitucional de Colombia, 2007A). También en la sentencia C-029 de 2009 (Corte Constitucional de Colombia, 2009B) sostuvo que "sin perjuicio de las atribuciones correspondientes al legislador, cuando es posible la solución judicial de los eventuales problemas de igualdad se requiere que, en cada caso concreto, se presenten las razones por las cuales se considera que las situaciones de los dos tipos de pareja son asimilables y que la diferencia de trato establecida por el legislador es discriminatoria", para que se lleve a cabo el juicio de constitucionalidad conducente al "escrutinio estricto" que tiene lugar respecto de "toda discriminación que se origine en la orientación sexual de las personas", ya sea individualmente consideradas o "en el ámbito de sus relaciones de pareja". En atención a los anteriores criterios, en determinados supuestos la Corte ha pasado de negar a conceder la protección a los derechos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

2. *La emancipación de los derechos de las parejas del mismo sexo*

Es importante tener presente que las acciones invocadas en defensa de los derechos de las parejas del mismo sexo se han canalizado por dos vías: la vía de la acción de tutela, en donde se busca la protección de un individuo o del colectivo en particular frente a amenazas o vulneraciones de derechos constitucionales fundamentales y, la vía de la acción de inconstitucionalidad, en donde se pone en entredicho la constitucionalidad de una norma jurídica por contradecir el orden constitucional colombiano vigente que reconoce los derechos a la dignidad humana (República de Colombia, 1991, art. 1), a la igualdad (República de Colombia, art. 13), a la personalidad (República de Colombia, art. 14), al libre desarrollo (República de Colombia, art. 16), a la libertad de expresión (República de Colombia, art. 20), a la libertad de asociación (República de Colombia, art. 38), a la autonomía reproductiva (República de Colombia, art. 42), entre otros, al autorizar eventos de discriminación de las parejas del mismo sexo en comparación con los derechos otorgados a las parejas heterosexuales, lo que constituye un déficit normativo.

Con esta precisión, pasamos a presentar la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en relación con el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, identificando las sentencias que protegen derechos constitucionales fundamentales y las sentencias de constitucionalidad⁹.

2.1. *Sentencias que protegen derechos constitucionales fundamentales*

La primera sentencia emitida por la Corte destinada a la protección de los derechos de un

⁹ Sobre los intentos fallidos de protección de los derechos fundamentales de la comunidad LGBTI se hizo referencia en Londoño (2011).

individuo de la comunidad LGBTI fue la T-097 de 1994 (Corte Constitucional de Colombia, 1994), a través de la cual se tutelaron los derechos fundamentales al debido proceso, al buen nombre y a la educación de un estudiante de la Escuela de Carabineros de Villavicencio expulsado por prácticas homosexuales, señalando que la condición de homosexual, por sí misma, no puede ser motivo para la exclusión de la institución armada. Como podemos observar, en esta oportunidad el argumento no se construyó a partir de los parámetros normativos de libre opción sexual y no discriminación sino considerando la violación de otros derechos fundamentales¹⁰.

Cuatro años después, mediante la sentencia T-101 de 1998 (Corte Constitucional de Colombia, 1998A), la Corporación tuteló el derecho a la no discriminación de dos alumnos que fueron expulsados de una institución educativa debido a su orientación sexual, protegiendo, además, sus derechos a la igualdad, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, revocó el fallo de instancia. Señaló, en dicha sentencia, que “[la] realización efectiva del derecho a la educación exige un proceso de interiorización y práctica efectiva, por parte de todos los miembros de la comunidad educativa, de principios fundamentales para la convivencia armónica, tales como la tolerancia, el respeto a la diversidad, el pluralismo y la igualdad en la diferencia”¹¹.

¹⁰ En dicha decisión afirmó: “La sanción de una persona por razones provenientes de su homosexualidad no puede estar basada en un juicio de tipo moral; ni siquiera en la mera probabilidad hipotética de que la institución resulte perjudicada, sino en una afectación clara y objetiva del desarrollo normal y de los objetivos del cuerpo armado. [...] el homosexualismo, en sí mismo, representa una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable”. Se presenta una aclaración de voto del magistrado José Gregorio Hernández, en el sentido de manifestar que la reivindicación del debido proceso no la entiende “opuesta al derecho inalienable que tienen todas las instituciones -en especial las fuerzas militares y de policía, dada su función- a impedir que entre sus miembros haya homosexuales” (Corte Constitucional de Colombia, 1994).

¹¹ A su vez, explicó la Corte que “la homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona,

La sentencia T-618 de 2000 (Corte Constitucional de Colombia, 2000) protegió los derechos al debido proceso y a la buena fe de los tutelantes y, consecuentemente, dejó sin efecto la anulación de la afiliación al sistema de seguridad social en salud del compañero permanente que aparecía como beneficiario del afiliado al sistema (debido a su cancelación unilateral por parte del Instituto de los Seguros Sociales -ISS-), ordenando a dicha entidad la prestación de la atención médica correspondiente y el suministro de los medicamentos que el médico tratante le indicara al compañero del beneficiario, quien se encontraba enfermo de sida, y desempleado.

El primer antecedente en materia de protección de los derechos fundamentales de la comunidad LGBTI carcelaria lo constituyó la sentencia T-499 de 2003 (Corte Constitucional de Colombia, 2003A), a través de la cual se confirmaron las sentencias de instancia que tutelaron los derechos fundamentales de unas reclusas a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, quebrantados por el Director del INPEC, regional Viejo Caldas, y la Directora del Reclusorio Villa Josefina, de la ciudad de Manizales, al no permitirles las visitas lésbicas que solicitaban. En esta oportunidad la Corporación hizo un llamado de atención en el sentido de afirmar que

[no] sobra entonces recordarles a las autoridades accionadas, que el artículo 2° constitucional condiciona su existencia misma a la protección de los derechos y de las libertades de todas las personas, en especial, para el caso, de aquellas sometidas a la potestad estatal, de tal manera que el Director del INPEC y la Directora del reclusorio accionados no pueden escatimar esfuerzos con miras a garantizar el ejercicio de la sexualidad en condiciones de libertad, intimidad e

de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida” (Corte Constitucional de Colombia, 1998A).

igualdad de las tutelantes (Corte Constitucional de Colombia, 2003A).

La sentencia T-808 de 2003 (Corte Constitucional de Colombia, 2003B) revocó un fallo de instancia dentro del proceso de tutela instaurado en contra de la Asociación Scout de Colombia, por la no renovación de la inscripción de uno de sus antiguos miembros, al parecer, motivada por su orientación sexual, protegiendo los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. En esta ocasión la Corte señaló que independientemente de la condición sexual del actor, la asociación demandada no estaba autorizada para no renovar su inscripción.

La sentencia T-301 de 2004 (Corte Constitucional de Colombia, 2004A) amparó los derechos de un homosexual a la igualdad, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, al buen nombre y a la libre circulación, según acción de tutela interpuesta contra el Departamento de Policía de Santa Marta; consecuentemente, revocó el fallo de instancia, dejando claro que la condición homosexual es un criterio sospechoso de discriminación y que

(i) en estos eventos debe aplicarse un test estricto de proporcionalidad, por cuanto difícilmente puede sustentarse un fin constitucionalmente admisible en punto de la restricción de la autodeterminación sexual; (ii) la opción sexual de los ciudadanos constituye un componente esencial de la autodeterminación de los proyectos vitales y del desarrollo de la vida en relación. Implícitamente puede afirmarse también que los fallos de la Corte proscriben la prohibición de comportamientos públicos permitidos a los heterosexuales y negado para los homosexuales (Corte Constitucional de Colombia, 2004A).

En conclusión, determinó que la policía de Santa Marta no puede prohibir las reuniones públicas de personas por ser homosexuales.

La sentencia T-725 de 2004 (Corte Constitucional de Colombia, 2004B) concedió el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al libre desarrollo de la personalidad, revocando los fallos de instancia, según tutela interpuesta en contra de la Gobernación del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE-, por la presunta violación de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y a la dignidad humana, al negarse a conceder la tarjeta de residencia a ZZ en calidad de compañero permanente de XX. Como podemos observar en esta oportunidad no se protegieron los derechos de la pareja del mismo sexo frente a la discriminación en razón de su orientación sexual; contrario a ello, señaló la Corporación que la categoría de compañeros permanentes incluida en el decreto 2762 de 1991 (Presidencia de la República de Colombia, 1991)¹², no es aplicable a las parejas del mismo sexo y que la norma en cuestión tiene el propósito de proteger de manera especial a la familia heterosexual y monogámica, lo que justifica la exclusión de las parejas homosexuales¹³.

Hay un salvamento de voto del magistrado (E) Rodrigo Uprimny Yepes que pone de relieve el déficit de protección que sufren las parejas del mismo sexo en razón del carácter restrictivo del concepto de familia. Manifestó que la discriminación contra XX y ZZ por ser una pareja homosexual es evidente y, por ello, no compartió ni la parte resolutoria, ni la fundamentación de la sentencia. Igualmente, expresó que

¹² Por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

¹³ El literal a) del artículo 3º del decreto 2762 de 1991, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades especiales conferidas en el artículo 42 transitorio de la Constitución Política de Colombia de 1991, consagra que podrá adquirir el derecho a residir en forma permanente en el departamento Archipiélago quien "[con] posterioridad a la fecha de expedición de este Decreto contraiga matrimonio o establezca unión permanente con un residente, siempre que se fije el domicilio común en el Departamento, a lo menos por 3 años continuos" (Presidencia de la República de Colombia, 1991, art. 3).

...en el presente caso, la lógica de la jurisprudencia de la Corte se encuentra invertida, pues la Sala asume que ninguna protección a la familia puede extenderse a la pareja homosexual, por lo que una regulación relativa a la familia y que, según su tenor literal, debe, o al menos puede, aplicarse favorablemente a toda pareja, incluyendo la pareja homosexual, debe interpretarse como referida únicamente a la pareja heterosexual (Corte Constitucional de Colombia, 2004B)¹⁴.

Luego del importante cambio jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-075 de 2007 (Corte Constitucional de Colombia, 2007A), y que en materia del régimen de seguridad social en salud es concretado por la sentencia C-811 de 2007 (Corte Constitucional de Colombia, 2007B), fallos que son descritos en el acápite siguiente, mediante la sentencia T-856 de 2007 (Corte Constitucional de Colombia, 2007C), ratificando la posición de la Corporación respecto del derecho de los cotizantes al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud, de afiliarse a sus compañeros permanentes del mismo sexo, la Corporación revocó la decisión del juez de instancia que denegó el amparo solicitado y concedió la protección del tutelante al reconocer que hubo un trato discriminatorio por parte de Saludcoop E. P. S.

2.2. *Sentencias de constitucionalidad*

2.2.1. *Unión marital de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*

La primera decisión que tomó la Corte en torno al tema fue a través de la sentencia C-098 de 1996 (Corte Constitucional de Colombia, 1996), en donde concluyó, en el marco del estudio de

¹⁴ Concluyó el magistrado que con la doctrina impuesta la Corte abdica de su función de proteger especialmente minorías estigmatizadas, promoviendo, asimismo, la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, al excluir a la población homosexual de muchas regulaciones protectoras, que son reservadas a las familias heterosexuales (Corte Constitucional de Colombia, 2004B).

la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 1° y el literal a) del artículo 2° de la ley 54 de 1990¹⁵, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes (República de Colombia, 1990), que la exclusión de las parejas del mismo sexo de los beneficios patrimoniales de la unión libre era constitucional, afirmando:

[las] disposiciones acusadas, sin embargo, no por el hecho de contraer su ámbito a las parejas heterosexuales, coartan el derecho constitucional a la libre opción sexual. La ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual. La sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental. En todo caso, la orientación sexual, en modo alguno empece a las personas a celebrar válidamente con sus pares o con terceros, contratos o negocios de contenido patrimonial, inclusive de naturaleza asociativa (Corte Constitucional de Colombia, 1996).

Los magistrados Eduardo Cifuentes y Vladimiro Naranjo presentaron una aclaración de voto, en el sentido de considerar justo y pertinente que la ley establezca un régimen patrimonial propio en relación con las uniones homosexuales, lo cual es independiente de que estas se consideren o no constitutivas de familia. Aquí ya empezamos a observar un interés por poner el tema en la agenda legislativa.

Si bien en esta oportunidad no se despacha favorablemente la pretensión de la demanda,

¹⁵ La normativa referida es la siguiente: "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" y "Artículo 2o. 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".

la importancia de esta sentencia es que hace una aproximación a la homosexualidad desde las perspectivas (i) de la persona individual y (ii) del grupo minoritario tradicionalmente desprotegido, enviando un claro mensaje a la sociedad y a las autoridades estatales en el sentido de la normalidad de esta orientación sexual, al señalar que "la conducta y el comportamiento homosexuales tienen el carácter de manifestaciones, inclinaciones, orientaciones y opciones válidas y legítimas de las personas", por lo que por ninguna razón puede justificarse un tratamiento de ciudadanos de segunda categoría.

A su vez, esta decisión da inicio a un debate que solo vino a resolverse a partir de la sentencia C-577 de 2011 (Corte Constitucional de Colombia, 2011A) y es el de considerar si las parejas del mismo sexo constituyen o no familia. En este sentido, nos interesa resaltar el desafortunado salvamento de voto del magistrado José Gregorio Hernández, quien sostuvo:

[...] mal podría admitirse el homosexualismo como origen válido, lícito y constitucional de la familia. Esta, por su misma esencia, está basada en la procreación, la cual no es posible sino sobre el supuesto de la pareja heterosexual. De modo que la permisividad en materia de uniones con pretensión de "conformar familia", establecidas entre homosexuales, atenta contra la idea misma de familia, pues tales uniones fracasan por principio respecto de uno de los fines primordiales del matrimonio y de la unión libre: la propagación de la especie humana a través de la procreación (Corte Constitucional de Colombia, 2011A)¹⁶.

En relación con los derechos patrimoniales que surgen en razón de la vida en común, la Corte retomó el tema en la sentencia C-075 de 2007 (Corte Constitucional de Colombia, 2007A), en el marco de una demanda de inconstitucionalidad

¹⁶ En similar sentido se pronunció el magistrado Hernando Herrera.

que reclamó una igual protección de las parejas heterosexuales y de las parejas del mismo sexo, debido a que el trato diferencial constituía una vulneración de los derechos a la dignidad humana y a la libre asociación. En esta ocasión declaró la constitucionalidad condicionada de la ley 54 de 1990 (República de Colombia, 1990), modificada por la ley 979 de 2005 (República de Colombia, 2005), en el entendido de que el régimen de protección de las uniones maritales de hecho allí consagrado a favor de los compañeros permanentes es aplicable a las parejas del mismo sexo. Afirmó 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 (Corte Constitucional de Colombia, 2007A).

Uno de los argumentos sostenidos por la Corporación fue que entre la expedición de la Ley 54 de 1990 y la Ley 979 de 2005 ocurrió un cambio en el contexto social y jurídico del país que hizo insuficiente el modelo de protección patrimonial ofrecido en la primera -que solo cobijaba a las parejas heterosexuales-, e impuso la inclusión de las parejas del mismo sexo como destinatarias de dicha regulación.

El magistrado Jaime Araujo, en una aclaración de voto, dejó constancia de que la sentencia no afrontó temas como el matrimonio, la custodia de hijos, el derecho a la adopción y el derecho de acceso a los beneficios que la seguridad social otorga a las parejas heterosexuales; además, dejó clara su crítica frente a la posición reduccionista sostenida por la Corte al entender que el artículo 42 circunscribe la familia a la con-

formada por un hombre y una mujer ya sea por su decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Esta oposición constituyó una importante disidencia que sería reiterada en futuros fallos, y una novedosa línea de pensamiento que empezaría a hacer carrera en la Corporación¹⁷.

2.2.2. *Discriminación en estatutos profesionales y regímenes disciplinarios*

La sentencia C-481 de 1998 (Corte Constitucional de Colombia, 1998B) declaró inexecutable la expresión “[e]l homosexualismo” del literal b) del artículo 46 (causales de mala conducta) del Decreto 2277 de 1979, por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente (Presidencia de la República de Colombia, 1979). En esta oportunidad, expresó que

...la exclusión de los homosexuales de la actividad docente es totalmente injustificada, pues no existe ninguna evidencia de que estas personas sean más proclives al abuso sexual que el resto de la población, ni que su presencia en las aulas afecte el libre desarrollo de la personalidad de los educandos [...] 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 (Corte Constitucional de Colombia, 1998B)¹⁸.

¹⁷ Esto puede verse concretamente en la sentencia C-577 de 2011, en donde se dedicó un apartado al análisis de la situación de la pareja homosexual y del concepto de familia en los salvamentos y aclaraciones de voto de la Corporación, lo que fue clave en la doctrina inaugurada en esta oportunidad (Corte Constitucional de Colombia, 2011A).

¹⁸ Señala la Corporación en la providencia bajo cita que el control de la razonabilidad y proporcionalidad de un trato diferente no puede realizarse de la misma manera en todos los campos. Así, conforme al análisis adelantado en la sentencia, explica que tres razones justifican un control judicial estricto de todo trato diferente de las autoridades contra un homosexual: "(i) que estamos en presencia de grupos minoritarios tradicionalmente discriminados; (ii) que si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, entonces la diversidad de trato se funda en una categoría prohibida pues equivale a una discriminación por razón de sexo; y (iii) finalmente, que si la preferencia

Los magistrados Alfredo Beltrán, José Gregorio Hernández y Hernando Herrera salvaron su voto respecto del texto final de la sentencia, enfatizando que la finalidad o el propósito de la disposición acusada

...radica específicamente en la protección de los menores respecto de comportamientos de quienes les imparten educación, por los cuales se desfiguran o deforman los elementos constitutivos de su personalidad, ya sea mediante insinuaciones o propuestas o merced al ejemplo, los ademanes o las actitudes externas, que si son de personas homosexuales, pueden afectar al niño en una etapa crítica de su formación (Corte Constitucional de Colombia, 1998B).

En la sentencia C-507 de 1999 (Corte Constitucional de Colombia, 1999), se estudió la constitucionalidad del artículo 184 (faltas contra el honor militar) del Decreto 85 de 1989, por el cual se reformó el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares (Presidencia de la República de Colombia, 1989), declarando inexecutable el literal b) y la expresión “o sean considerados como delincuentes de cualquier género o antisociales como drogadictos, homosexuales, prostitutas”, contenida en el literal c), y executable la expresión “o practicar o propiciar la prostitución” contenida en el literal d), así como la expresión “[e]jecutar actos de homosexualismo”, incluida en el mismo literal¹⁹, pero bajo el entendido de que se trate de actos sexuales, sean ellos de carácter homosexual o heterosexual, que se realicen de manera pública,

sexual es libremente escogida, entonces se estaría limitando a un grupo de personas [los homosexuales] el libre desarrollo de la personalidad, mientras que a los heterosexuales se les asegura el pleno goce de ese derecho en materia sexual”.

¹⁹ Además del concubinato, los literales b), c) y d) del artículo 184 del Decreto 85 de 1989 consagraban como faltas contra el honor militar, cuyo desconocimiento sancionaba a los oficiales y suboficiales con el retiro de las Fuerzas Militares, el notorio adulterio, la relación o asociación con drogadictos, homosexuales, prostitutas y proxenetas, y la ejecución de actos homosexuales o la práctica y patrocinio de la prostitución, respectivamente (Presidencia de la República de Colombia, 1989).

o en desarrollo de las actividades del servicio, o dentro de las instalaciones castrenses, propiamente dichas. La Corte aclaró que no considera

...razonable que se califique de "antisociales" a los homosexuales y a las prostitutas en sí mismos como lo hace arbitrariamente el literal c) del artículo 184 bajo examen [...] La prostitución y la homosexualidad son, en efecto, opciones sexuales válidas dentro de nuestro Estado social de derecho, razón por la cual, aquellos que las han asumido como forma de vida, sin afectar derechos ajenos, no pueden ser objeto de discriminación alguna (Corte Constitucional de Colombia, 1999).

Igualmente señaló que incluir como falta contra el honor militar el hecho de "ejecutar actos de homosexualismo", comporta un estigma a la opción homosexual y, al mismo tiempo, desconoce aspectos que corresponden a la esfera íntima del individuo, los cuales, si se ejercen en forma responsable y en el estricto ámbito de su privacidad, no tendrían por qué interferir con su condición de militar.

No sorprende la aclaración de voto presentada por el magistrado José Gregorio Hernández, en donde se lee que si bien comparte la decisión de exequibilidad del literal d) del artículo 184 del Decreto 85 de 1998 (Presidencia de la República de Colombia, 1989), se aparta del condicionamiento indicado pues según su juicio

...la naturaleza, características y funciones propias de las instituciones castrenses, la delicada tarea constitucional que se confía a las Fuerzas Armadas, la disciplina que en ellas debe imperar... son factores suficientemente válidos para que la ley pueda exigir respecto de su conformación, sin violar la Carta Política ni discriminar a nadie, que quienes aspiren a formar en sus filas tengan claramente definido su sexo. Que sean hombres o mujeres, sin duda ni ambivalencia (Corte Constitucional de Colombia, 1999).

En la sentencia C-373 de 2002 (Corte Constitucional de Colombia, 2002), la Corporación analizó la constitucionalidad de algunas normas del régimen de inhabilidades de los notarios y declaró inexequibles los numerales 1° y 6° del artículo 198 (faltas disciplinarias) del Decreto 960 de 1970, "Estatuto del Notariado"²⁰ (Presidencia de la República de Colombia, 1970), por considerar inconstitucional la consagración del motivo de homosexualidad como causal de inhabilidad para acceder a un cargo notarial. Frente a la responsabilidad disciplinaria, señaló:

Si un notario de manera injustificada se abstiene de prestar el servicio de la fe pública, debe ser sancionado disciplinariamente e inhabilitado por ello, independientemente de su calidad de heterosexual u homosexual [...]. Pero generar reproche disciplinario por este solo hecho es inconcebible pues entonces no se está imputando la infracción de un deber sustancial sino una forma de ser y es claro que ello, aparte de constituir un límite ilegítimo para la libertad y de generar un tratamiento discriminatorio, no le incumbe a la potestad disciplinaria del Estado (Corte Constitucional de Colombia, 2002).

2.2.3. Exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar

Mediante la sentencia C-814 de 2001 (Corte Constitucional de Colombia, 2001), se analizó la constitucionalidad de los artículos 89 y 90 del Código del Menor; este último establece que puede adoptar "[l]a pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años...". La Corporación decidió declarar la exequibilidad de ambas normas argumentando que es

²⁰ Los textos normativos eran los siguientes. "1. La embriaguez habitual, la práctica de juegos prohibidos, el uso de estupefacientes, el amancebamiento, la concurrencia a lugares indecorosos, el homosexualismo, el abandono del hogar, y, en general, un mal comportamiento social" y "6. Ejercer directa o indirectamente actividades incompatibles con el decoro del cargo o que en alguna forma atenten contra su dignidad" (Presidencia de la República de Colombia, 1970).

constitucional excluir a los homosexuales de la posibilidad de adoptar. Señaló:

...la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener la familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica [...]. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

En el salvamento de voto de los magistrados Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba y Eduardo Montealegre, se retomó el debate del concepto de familia iniciado en la sentencia C-098 de 1996. Argumentaron que se apartan de la decisión mayoritaria toda vez que "excluye, en cualquier situación, la posibilidad de que una pareja homosexual adopte una niña o un niño". Al respecto señalaron: "la expresión formada por el hombre y la mujer debió haber sido declarada inexecutable, para que sean los funcionarios competentes, quienes después de hacer los correspondientes estudios psicológicos, económicos, y demás, decidan si para cada caso concreto el interés superior del niño coincide o no con el deseo de una pareja, heterosexual u homosexual, de adoptarlo" (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

Igualmente manifestaron su desacuerdo de fijar una posición frente al tema "con base en la imposición de una visión de familia que desconoce el espíritu amplio y democrático de la Constitución del 91". También el magistrado Jaime Araujo salvó su voto por considerar que las parejas de homosexuales sí tienen derecho a adoptar en igualdad de condiciones que las parejas de heterosexuales (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

En relación con el tema de la adopción debe hacerse mención a la sentencia T-276 de 2012 (Corte Constitucional de Colombia, 2012), a tra-

vés de la cual la Corporación revocó los fallos de instancia y tuteló los derechos fundamentales del demandante, un ciudadano estadounidense, y sus hijos adoptivos al debido proceso y a la unidad familiar y, específicamente, de los niños a ser escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. En consecuencia, dejó sin efecto todas las resoluciones dictadas en el procedimiento de restablecimiento de derechos adelantado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– en relación con los niños y ordenó la entrega definitiva de su custodia al padre adoptivo. El problema jurídico tuvo ocurrencia porque el ICBF, después de tramitar y aprobar la adopción de los niños, inició un proceso de restablecimiento de derechos una vez que la Subdirectora de Adopciones tuviera conocimiento de la homosexualidad del demandante, ordenando su ubicación en un hogar sustituto por la presunta amenaza de sus derechos que, a juicio del ICBF, fue generada por la ausencia de la información en el proceso de adopción sobre (i) la orientación sexual del padre adoptante y (ii) su relación con otro hombre. Dicha medida de restablecimiento de derechos adoptada por el ICBF fue calificada por la Corte de injustificada y desproporcionada.

También es importante señalar que está en manos de la Corte Constitucional una demanda de tutela presentada el 9 marzo del 2010, mediante la cual se petitionó la protección de los derechos fundamentales de una mujer lesbiana que desea adoptar a la hija de su pareja. La demora en la expedición del fallo puede ser indicativo de los desacuerdos existentes en el interior del tribunal. El hecho es que a la fecha hay organizaciones LGBTI y grupos de mujeres que empiezan a sentirse discriminadas y reclaman la definición del asunto de una vez por todas.

2.2.4. Sistema de seguridad social en salud

La sentencia C-811 de 2007 (Corte Constitucional de Colombia, 2007B), tras estimar que se configuraba un déficit de protección, declaró

exequible condicionadamente el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que regula la cobertura familiar del sistema general de seguridad social en salud del régimen contributivo (República de Colombia, 1993), bajo el entendido de que la protección en él contenida se aplica también a las parejas del mismo sexo; es decir, que la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo también admite la cobertura de las parejas del mismo sexo, aclarando que

...la comprobación de su calidad y de la vocación de permanencia debe regularse por el mismo mecanismo establecido en la Sentencia C-521 de 2007, esto es, declaración ante notario en la que conste que la pareja convive efectivamente y que dicha convivencia tiene vocación de permanencia, independientemente de su tiempo de duración. De esta manera, los mismos mecanismos que operan para evitar que parejas heterosexuales que no constituyen familia reclamen ilegítimamente del sistema los beneficios a que no tienen derecho, deben aplicarse en relación con las parejas del mismo sexo que pretendan hacer lo mismo (Corte Constitucional de Colombia, 2007B).

El magistrado Jaime Araujo presentó salvamento de voto en el sentido de que el carácter limitado y restringido que hace la sentencia al régimen contributivo de seguridad social, sin tener en cuenta el régimen subsidiado que debe proteger también a las parejas homosexuales y su núcleo familiar, permite la continuación de su discriminación. Además, dejó constancia de que en la Sala Plena no se acogió su solicitud de votar la propuesta de afirmar la existencia de diversas clases de familia, entre ellas, la conformada por parejas homosexuales, todas ellas igualmente válidas y con plenitud de derechos, manteniendo, con ello, el trato diferencial y discriminatorio frente a la pareja homosexual a la que no se le reconoce que también conforma una familia y persistiendo en la negativa de otorgarle derechos que sí tienen las parejas heterosexuales,

entre otros, el matrimonio, la adopción, la seguridad social -salud y pensión-, la vivienda²¹ (Corte Constitucional de Colombia, 2007B).

2.2.5. Sistema de seguridad social en pensiones

La Corte en la sentencia C-336 de 2008 (Corte Constitucional de Colombia, 2008A) estudió la inexecutable del conjunto normativo parcialmente acusado, integrado por los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 (República de Colombia, 1993), modificados por el artículo 13 de la ley 797 de 2003 (República de Colombia, 2003), por limitar a favor de las parejas heterosexuales los beneficios de la protección en materia de pensión de sobrevivientes, excluyendo de los mismos a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Reconoció que hay un trato discriminatorio para las parejas homosexuales que implica que se encuentren en un déficit de protección en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes y, en este sentido, con el fin de remover la citada situación que contraría la Constitución, amplió la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, bajo el entendido que "no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que, en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género" (Corte Constitucional de Colombia, 2008A)²².

²¹ Este último aspecto también es puesto de presente en la aclaración de voto formulada por la magistrada Catalina Botero, en donde afirma que aunque comparte la decisión de la Corte en la sentencia C-811 de 2007 (Corte Constitucional de Colombia, 2007B), y celebra la extensión de los beneficios de seguridad social de que trata el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 a las parejas del mismo sexo; aclara su voto "para hablar de un tema que parece resistirse a ser asumido por la Corte con la franqueza democrática que demanda: la naturaleza de la familia en el régimen constitucional colombiano" (cursivas originales). Este análisis será retomado por la Corporación en la sentencia C-577 de 2011 (Corte Constitucional de Colombia, 2011A).

²² La Corte explicó que el examen de medidas legislativas como

También explicó en esta oportunidad que a los compañeros o compañeras del mismo sexo les corresponde acreditar su condición de pareja en los términos definidos en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales, para lo cual deberán "acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable" (Corte Constitucional de Colombia, 2007D), de la cual hacia futuro puedan derivar prestaciones como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes. La ausencia de este requisito de declaración notarial desencadenó una serie de negativas para acceder al beneficio de la pensión de sobrevivientes²³.

El magistrado Jaime Araujo presentó un salvamento parcial y una aclaración de voto a la decisión adoptada, en razón de sostener una posición jurídica más amplia relativa a la protección integral de los derechos constitucionales de las parejas del mismo sexo, reiterando los argumentos expuestos en los salvamentos de voto de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia C-075 (2007A) y C-811 (2007B) en donde se apartó de los fallos restrictivos de la Corporación, por cuanto se debe conceder a las parejas del mismo sexo, de una vez por todas, la totalidad de los derechos constitucionales reconocidos a las parejas heterosexuales.

Es importante mencionar que esta sentencia dio fundamento a varios de los pronunciamientos posteriores en los que fue objeto de estudio el tema de la sustitución pensional en parejas del mismo sexo, y que ayudaron a afinar y precisar la posición inicial; entre ellas, las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia T-051 (2010A), C-121 (2010B), T-592 (2010C) y T-716

(2011B). Aclaramos que fue la sentencia T-051 la que reformuló, con efectos inter comunis, los requisitos fácticos exigibles para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en el caso de las parejas del mismo sexo, al establecer que no debe exigirse el reconocimiento notarial de la unión marital, por constituir un requisito adicional que, incluso, no se impone a las parejas de diferente sexo, lo que claramente configura un tratamiento discriminatorio injustificado.

2.2.6. Delito de inasistencia alimentaria

Mediante la sentencia C-798 de 2008 (Corte Constitucional de Colombia, 2008B) la Corporación estudió la constitucionalidad de la norma que regula el delito de inasistencia alimentaria, y declaró inexecutable la expresión "únicamente" contenida en el párrafo 1° del artículo 1° de la ley 1181 de 2007²⁴ (República de Colombia, 2007), por medio de la cual se modificó el artículo 233 del Código Penal de Colombia (República de Colombia, 2000), y executable el resto de dicha disposición bajo el entendido de que las expresiones "compañero" y "compañera permanente" comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo.

Partiendo del reconocimiento de un notable déficit de protección en materia de garantías para el cumplimiento de la obligación alimentaria cuando se trata de parejas del mismo sexo, afirmó que la interpretación sistemática de las disposiciones que regulan la obligación alimentaria, además de los precedentes jurisprudenciales fijados, no arroja ninguna duda sobre la existencia de la obligación alimentaria entre compañeros permanentes, con independencia de su orientación sexual, siempre que la pareja

las dispuestas en las expresiones demandadas se debe llevar a cabo mediante un control riguroso de constitucionalidad, para lo cual remitió a la sentencia C-111 de 2006 (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

²³ Ver al respecto las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia T-1241 de 2008 (2008C) y T-911 de 2009 (2009A).

²⁴ La norma establecía en el párrafo 1°: "Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente únicamente al hombre y la mujer que forman parte de la Unión Marital de Hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990" (República de Colombia, 2007, art. 1).

reúna las condiciones reguladas en la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005²⁵. Asimismo, reiteró que el dato sobre la sexualidad de las personas es completamente irrelevante a la hora de extender la protección patrimonial de los miembros de la pareja y, por consiguiente, no puede ser utilizado para diferenciarla, al menos en principio y salvo alguna poderosa razón fundada en objetivos constitucionales imperativos (Corte Constitucional de Colombia, 2008B).

De nuevo el magistrado Jaime Araujo aclaró el voto reiterando su posición jurídica en relación con la protección integral de los derechos de las parejas del mismo sexo (Corte Constitucional de Colombia, 2008B).

2.2.7. Déficit de protección en diferentes normas del ordenamiento jurídico

En la sentencia C-029 de 2009 (Corte Constitucional de Colombia, 2009B) la Corporación nuevamente expresó, en relación con la demanda de un enorme y variado conjunto de disposiciones, que en la medida en que hay claras diferencias entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y otras, lo que implica que para construir un cargo por violación del derecho de igualdad es preciso establecer, en cada caso concreto, (i) que la situación de ambos tipos de pareja es asimilable y (ii) que la diferencia de trato resulta discriminatoria. Por ello precisó que no cabe un pronunciamiento de carácter general conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja resulta contraria a la Constitución.

En esta oportunidad la Corte extendió a los integrantes de las parejas del mismo sexo, en

²⁵ Recordemos que fueron las sentencias de la Corte Constitucional colombiana C-811 (2007B), C-336 (2008A) y C-798 (2008B), las que reconocieron expresamente la referencia a la orientación sexual como un "criterio sospechoso" que implica una discriminación lesiva de derechos, tales como, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad.

igualdad de condiciones con las uniones heterosexuales, la constitución del patrimonio de familia inembargable y la afectación a vivienda familiar; la obligación civil de prestar alimentos; la reducción del tiempo para acceder a la nacionalidad por adopción; el derecho de residencia en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; la garantía de no incriminación en materia penal, penal militar y disciplinaria; el beneficio de prescindir de la sanción penal en los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad; las circunstancias de agravación punitiva cuando el delito recae sobre el compañero o la compañera permanente, o es cometido por este; el delito de inasistencia alimentaria; el delito de la malversación o dilapidación de los bienes administrados en ejercicio de la patria potestad, la tutela o la curatela; el delito de violencia intrafamiliar; el delito de amenazas en contra de los integrantes de las parejas del mismo sexo que actúen como testigos; los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de crímenes atroces; las medidas de protección de carácter civil ante la ocurrencia de ciertos crímenes atroces; los beneficios del régimen especial de salud y pensiones para los miembros de la fuerza pública; el derecho al subsidio familiar; el derecho al subsidio familiar de vivienda; los mecanismos de acceso a la propiedad de la tierra en áreas rurales; el derecho a las indemnizaciones del SOAT por muerte en accidente de tránsito, y la inclusión en las normas de derecho público que establecen límites al acceso y ejercicio de la función pública y a la celebración de contratos estatales.

De nuevo el magistrado Jaime Araujo aclaró su voto por considerar que la interpretación restrictiva de la norma constitucional contenida en el artículo 42 Superior ha implicado que no se les dé total protección a las familias conformadas por las uniones maritales de hecho entre personas del mismo sexo (Corte Constitucional de Colombia, 2009B).

2.2.8. *Derecho a heredar y derecho a la porción conyugal*

A través de la sentencia C-283 de 2011 (Corte Constitucional de Colombia, 2011C), la Corporación estudió la posibilidad de extender el beneficio de la porción conyugal a las parejas del mismo sexo, declarando la exequibilidad de las normas del Código Civil demandadas, bajo el condicionamiento de que se entienda que a la porción conyugal en ellas regulada también tienen derecho el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo, con fundamento en la igualdad de trato entre los cónyuges y los compañeros permanentes, así como en la extensión a las parejas del mismo sexo del régimen jurídico reconocido por el legislador y la jurisprudencia constitucional a las uniones de hecho desde la sentencia C-075 de 2007 (Corte Constitucional de Colombia, 2007A).

En esta sentencia la Corporación hace una exhortación al Congreso para que legisle de manera sistemática y ordenada sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo, reconociéndolo como el "órgano democrático y deliberativo por excelencia"²⁶, invitándolo a abrir el debate, a legislar y a determinar los derechos que deben ser reconocidos en el marco del Estado social de derecho, entre ellos: el parentesco, la afinidad, el matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y de bienes, las obligaciones y derechos entre los compañeros, las segundas nupcias, la

sociedad conyugal, el estado civil, entre otros (Corte Constitucional de Colombia, 2011C).

La sentencia C-238 de 2012 (Corte Constitucional de Colombia, 2012B) estudió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de la expresión "cónyuge" contenida en los artículos 1040, 1046, 1047 y 1233 del Código Civil colombiano, que establecen reglas aplicables a la sucesión intestada, debido a que dicha mención no comprende a "los compañeros permanentes que formen una unión marital de hecho" y que constitucionalmente debería comprenderlos "con independencia de la orientación sexual de la respectiva pareja", sustracción que en el caso de los tres primeros artículos tendría por consecuencia excluirlos de la vocación hereditaria, mientras que, en relación con el último, los dejaría por fuera de la regulación allí plasmada sobre el derecho a la porción conyugal. Apelando al derecho a la igualdad, la Corte declaró exequible la expresión "cónyuge" contenida en los artículos demandados, siempre y cuando se entienda que ella comprende al compañero o compañera permanente de distinto sexo o del mismo sexo que conformó con el causante, a quien sobrevive, una unión de hecho.

2.2.9. *Constitución de familia por parejas del mismo sexo y matrimonio*

Un gran avance en materia de la igualación de los derechos de las parejas del mismo sexo frente a las parejas heterosexuales lo constituyó la sentencia C-577 de 2011 (Corte Constitucional de Colombia, 2011A), mediante la cual se decidieron dos demandas (D-8367 y D-8376) interpuestas por varios ciudadanos interesados, los colectivos Colombia Diversa y Dejusticia, contra el artículo 113 del Código Civil -que circunscribe el matrimonio a un contrato solemne celebrado por un hombre y una mujer que se unen, entre otros fines, para procrear-, y los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 (República de Colombia, 1996) y 2º de la Ley 1361 de 2009 (República de Colombia, 2009) -que circunscriben la cons-

²⁶ La Corporación señaló que "la decisión de reconocer esos derechos a las parejas del mismo sexo no debería ser labor del juez constitucional, porque el escenario natural y propicio para ese efecto es el Congreso de la República, en donde hay un sustrato de representación democrática, pues allí tienen asiento los distintos grupos que conforman nuestra sociedad, elegidos por la voluntad popular y que permite una deliberación amplia y prolija sobre un asunto tan trascendental como el de los derechos de las parejas del mismo sexo, representación democrática que presenta un déficit en tratándose de esta Corporación, porque si bien sus miembros son electos por el Senado de la República de sendas ternas que conforman el Presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, no puede compararse con la que tiene el Congreso de la República ni mucho menos con su función deliberativa" (Corte Constitucional de Colombia, 2011C).

titución de la familia a la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla-, por excluir a las parejas del mismo sexo en contradicción de los derechos constitucionales a la dignidad humana (art. 1), a la igualdad (art. 13), a la personalidad (art. 14), al libre desarrollo (art. 16) y a la autonomía reproductiva (art. 42), entre otros. En síntesis, las demandas solicitan que el régimen del matrimonio civil cobije también a las parejas del mismo sexo toda vez que esta sería la única manera de superar la discriminación y el déficit de protección²⁷.

En esta oportunidad, por fin, la Corporación analizó integralmente el artículo 42 de la Constitución Política (República de Colombia, 1991), determinando el alcance del concepto de familia a la luz de la "doctrina del derecho viviente" (tema que mantenía en el congelador), y superando la exclusión de las uniones entre personas del mismo sexo de la institución familiar constitucionalmente protegida.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el "matrimonio", la Corte puso en evidencia el déficit de protección existente entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales, teniendo en consideración que estas últimas pueden optar por el matrimonio o la unión marital de hecho para la constitución de la familia, mientras que las parejas del mismo sexo solo pueden acudir a la segunda. Según manifestó la Corte

...para lograr que el derecho al libre desarrollo de la personalidad les sea respetado a los homosexuales y que en el ámbito de las regulaciones sobre la familia se supere el déficit de protección al que están sometidos, hace falta en el ordenamiento una institución contractual, distinta de la unión de hecho, que les [permita] optar entre una constitución de su familia con un grado mayor

²⁷ Nos interesa resaltar el gran número de intervenciones que se presentaron ante la Corporación, las que pueden ser consultadas en el apartado IV de la sentencia en cita (Corte Constitucional de Colombia, 2011A).

de formalización y de consecuente protección y la posibilidad de constituirla como una unión de hecho que ya les está reconocida (cursivas fuera de texto) (Corte Constitucional de Colombia, 2011A).

Sin embargo, y muy a pesar nuestro, aclaró que tal decisión no le corresponde a la Corte Constitucional sino al Congreso de la República al reconocerlo como el "foro democrático por excelencia"²⁸, razón por la cual lo exhortó "para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección", resolviendo que si para la fecha indicada no se ha expedido la legislación correspondiente, "las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual" (Corte Constitucional de Colombia, 2011A).

Los magistrados María Victoria Calle, Juan Carlos Henao, Jorge Iván Palacio y Luis Ernesto Vargas aclararon su voto en el sentido de no compartir algunas de las razones presentadas como justificación de la decisión adoptada, ni los términos en que son expuestas. Expresaron:

A nuestro juicio, el texto de la sentencia sobre la constitucionalidad de la norma que establece el matrimonio como una institución para parejas de personas de sexo distinto introduce criterios y conceptos extrajurídicos al análisis de la demanda que no han debido tenerse en cuenta, contempla argumentos y distinciones que en sí mismos son discri-

²⁸ Con fundamento en la garantía de reserva de ley de que gozan instituciones como la familia y el matrimonio, la Corte entendió que es al legislador a quien compete "determinar la manera como se pueda formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre integrantes de las parejas del mismo sexo que libremente quieran recurrir a él", en este sentido, es a este a quien "le está reservada la libertad para asignarle la denominación que estime apropiada para ese vínculo, así como para definir su alcance, en el entendimiento de que, más que el nombre, lo que interesa son las especificidades que identifiquen los derechos y las obligaciones propias de dicha relación jurídica y la manera como esta se formaliza y perfecciona" (Corte Constitucional de Colombia, 2011A).

minatorios. Nos apartamos también de la presentación que se hace de algunos aspectos de la jurisprudencia constitucional aplicable (Corte Constitucional de Colombia, 2011A).

La magistrada María Victoria Calle también presentó un salvamento parcial de voto, que suscribimos plenamente, en el sentido de que la Corporación debió advertir "al menos un parámetro a los notarios y jueces respecto a cómo proceder en caso de que se mantenga el déficit de protección, después del 20 de junio de 2013", bajo el entendimiento de que "[n]o aclarar las condiciones de aplicación analógica del régimen matrimonial vigente para las parejas de personas del mismo sexo es una deficiencia de la sentencia [...]. Lo cual, sin duda, podría generar una situación de incertidumbre para los derechos de estas parejas" (Corte Constitucional de Colombia, 2011A)²⁹. Compartimos, también, el hecho de que la magistrada haya puesto en evidencia el riesgo "significativo" que se corre de que el Congreso no actúe de conformidad con la exhortación hecha por la Corporación, ello si tenemos en cuenta que el legislador no ha actuado en el pasado y que en materia de protección de los derechos de la comunidad LGBTI, no solo ha sido negligente sino soberbio.

3. Conclusiones

El contexto social y jurídico actual permite detectar un avance en el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTI y, particularmente, de las parejas del mismo sexo, que encuentra respaldo directo en la normativa constitucional colombiana que consagra los derechos a la libre opción sexual y a la no discriminación. Esta

²⁹ Explicó que "la razón de la Sala Plena para optar por una estrategia alternativa en caso de que el Congreso de la República no llenara el déficit existente, era, precisamente, no dejar en el limbo de la incertidumbre el derecho de las parejas de personas del mismo sexo a constituir una familia mediante un contrato de carácter marital, formal y solemne" (cursivas fuera de texto) (Corte Constitucional de Colombia, 2011A).

emancipación de los derechos de las parejas del mismo sexo se ha hecho por vía jurisprudencial y no legal. El papel sustancial que ha jugado la jurisprudencia constitucional es incuestionable y ha sido el motor del activismo actual en pro de los derechos de la comunidad LGBTI.

En este orden de ideas, en Colombia la Corte Constitucional es el actor institucional que ha asumido la posición más coherente en relación con la protección y reivindicación del valor de la otredad, orientando, con ello, la transformación de los imaginarios sociales, incluso, institucionales, al "normalizar" opciones de vida tradicionalmente discriminadas e invisibilizadas.

Sin desconocer las dificultades epistémicas que tenemos que enfrentar al dejar que en un sistema democrático el poder judicial controle la constitucionalidad de las leyes y que frente a ellas tenga la última palabra, no encontramos suficientes argumentos para sacar de sus manos este control y otorgarlo a los órganos políticos. Tenemos la idea de que algunos de los grupos desaventajados, tradicionalmente invisibilizados y/o excluidos de la agenda política, como por ejemplo, los movimientos LGBTI, que han logrado la protección de sus derechos en la sede judicial y no en la política, han recibido positivamente muchas de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana. De este hecho deriva una fuente importante de legitimidad que es preciso reconocer.

Referencias bibliográficas

Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia T-097 de 1994. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia C-098 de 1996. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1998A). Sentencia T-101 de 1998. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1998B). Sentencia C-481 de 1998. Colombia.

- Corte Constitucional de Colombia. (1999). Sentencia C-507 de 1999. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia T-618 de 2000. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-814 de 2001. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-373 de 2002. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003A). Sentencia T-499 de 2003. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003B). Sentencia T-808 de 2003. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004A). Sentencia T-301 de 2004. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004B). Sentencia T-725 de 2004. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia C-111 de 2006. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007A). Sentencia C-075 de 2007. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007B). Sentencia C-811 de 2007. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007C). Sentencia T-856 de 2007. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007D). Sentencia C-521 de 2007. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008A). Sentencia C-336 de 2008. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008B). Sentencia C-798 de 2008. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008C). Sentencia T-1241 de 2008. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009A). Sentencia T-911 de 2009. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009B). Sentencia C-029 de 2009. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010A). Sentencia T-051 de 2010. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010B). Sentencia C-121 de 2010. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010C). Sentencia T-592 de 2010. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011A). Sentencia C-577 de 2011. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011B). Sentencia T-716 de 2011. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011C). Sentencia C-283 de 2011. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia T-276 de 2012. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012B). Sentencia C-238 de 2012. Colombia.
- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- Londoño, M. (2010). *Tolerancia, democracia y elogio a la diferencia. Un análisis desde los derechos LGBTI*. En A. Botero (Coord.). *Tolerancia y Derecho: Memorias del V Seminario Internacional de Teoría General del Derecho* (pp. 201-264). Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Presidencia de la República de Colombia. (1970). Decreto 960 de 1970, por medio del cual se expide el Estatuto del Notariado. Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (1979). Decreto 2277 de 1979, por medio del cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente. Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (1989). Decreto 85 de 1989, por medio del cual se reformó el reglamento de régimen disciplinario para las fuerzas militares. Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia (1991). Decreto 2762 de 1991, por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Colombia.

República de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. Colombia.

República de Colombia. (1990). Ley 54 de 1990, por medio de la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Colombia.

República de Colombia. (1993). Ley 100 de 1993, por medio de la cual se expide el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. Colombia.

República de Colombia. (1996). Ley 294 de 1996. Colombia.

República de Colombia. (2000). Ley 599 de 2000, por medio de la cual se expide el Código Penal de Colombia. Colombia.

República de Colombia. (2003). Ley 797 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del

sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales. Colombia.

República de Colombia. (2005). Ley 979 de 2005, por medio de la cual se modifica la ley 54 de 1990. Colombia.

República de Colombia. (2007). Ley 1181 de 2007, por medio la cual se modifica el artículo 233 del Código Penal de Colombia. Colombia.

República de Colombia. (2009). Ley 1361 de 2009. Colombia.

García, M. & Uprimny, R. (2004). Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. En M. García & B. Santos (Eds.). Emancipación social y violencia en Colombia (pp. 463-514). Bogotá: Norma.