

REGIMEN PATRIMONIAL DE COMPAÑEROS PERMANENTES-Parejas homosexuales/PAREJAS HOMOSEXUALES Y UNION MARITAL DE HECHO-Protección patrimonial/PAREJAS HOMOSEXUALES-Vulneración de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad al excluirlos de régimen de protección patrimonial

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.

PAREJAS HOMOSEXUALES-Exclusión del régimen patrimonial de la unión marital de hecho resulta discriminatoria

El régimen de 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 parejas 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 las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado. 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.

**NULIDAD DE PROCESO DE CONSTITUCIONALIDAD-Carácter excepcional**

**NULIDAD DE PROCESO DE CONSTITUCIONALIDAD-No configuración por no haberse inadmitido la demanda por proposición jurídica incompleta**

Si bien, como medida de preservación procesal, el magistrado sustanciador puede inadmitir la demanda cuando estime que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en si mismo no sea inocuo, o, en general, cuando, considere que la demanda no cumple alguno de los requisitos previstos en el artículo segundo del Decreto 2067 de 1991, el que no lo haga así no comporta una violación del debido proceso que pueda dar lugar a una solicitud de nulidad, y la materia puede ser objeto de pronunciamiento por la Corte en la Sentencia.

**INEPTITUD SUSTANTIVA DE DEMANDA-Proposición jurídica incompleta**

Al considerar la presente demanda de inconstitucionalidad a la luz de los anteriores planteamientos se tiene que en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 se establece qué debe entenderse, “para todos los efectos civiles”, por “unión marital de hecho” y por las expresiones “compañera o compañero permanente”. Sin embargo, para determinar cuales son los efectos civiles a los que alude la norma acusada es preciso acudir a otras disposiciones del ordenamiento jurídico. De lo anterior se desprende que, en las hipótesis planteadas en la demanda, la eventual violación de la Constitución no puede establecerse a partir de la consideración aislada de las definiciones contenidas en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, sino que al análisis deben vincularse, necesariamente, las normas que, a partir de

esas definiciones, establecen los efectos que se estiman lesivos del ordenamiento superior, tal como en la demanda acontece con el literal a) del artículo 2º de la Ley 54 de 1990. De esta manera, para que exista demanda en forma, es preciso que la acusación se dirija, en cada caso, contra el conjunto normativo integrado por la disposición que define la unión marital de hecho y las expresiones compañero o compañera permanente y aquellas que le fijan efectos concretos que puedan resultar contrarios a la Constitución. Así, por ejemplo, la eventual inconstitucionalidad a la que se refieren los demandantes no estaría en la norma que define la unión marital de hecho, sino en la consideración conjunta de dicha norma con la que establece que serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes el compañero o compañera permanente del causante, o con aquella conforme a la cual el patrimonio de familia puede constituirse a favor de una familia compuesta por un hombre y una mujer mediante matrimonio o por unión marital de hecho. Es claro que no cabe un pronunciamiento en abstracto sobre la constitucionalidad de la definición contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 y que las consideraciones de constitucionalidad y la conclusión a la que se llegue en cada caso pueden ser distintas según el ámbito regulatorio en el que tal definición se aplique.

UNIDAD NORMATIVA-Integración

COSA JUZGADA RELATIVA IMPLICITA-Concepto

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia

Cabe hacer una aproximación distinta al análisis de cosa juzgada en relación con las disposiciones acusadas, con base en la circunstancia de que el problema de constitucionalidad que plantea la demanda debe entenderse dirigido a controvertir el hecho de que el régimen patrimonial previsto para regular la situación de quienes han decidido conformar una comunidad de vida permanente y singular se aplique exclusivamente a las parejas heterosexuales y no ocurra lo propio con las parejas homosexuales. No obstante que sobre esa materia ya se había pronunciado la Corte en la Sentencia C-098 de 1996, no es menos cierto que el régimen cuya constitucionalidad se pone nuevamente en entredicho fue modificado por la Ley 979 de 2005. De este modo el conjunto normativo sobre el que hoy se propone el ejercicio del control de constitucionalidad es formal y materialmente distinto de aquel que fue objeto de consideración por la Corte en el año de 1996, y no ha operado en

relación con el mismo el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Adicionalmente se tiene que la Corte, en la Sentencia C-098 de 1996, no sólo restringió expresamente el ámbito de su pronunciamiento, sino que dejó abierta la posibilidad de un nuevo examen de constitucionalidad, cuando quiera que fuere posible advertir que de la aplicación del régimen legal, entre otras hipótesis, se deriva un impacto negativo para los homosexuales.

JUICIO ESTRICTO DE IGUALDAD-Aplicación en discriminación por orientación sexual

TRATADOS INTERNACIONALES QUE HACEN PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-  
Prohibición de discriminación por orientación sexual

COMITE DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS-Pronunciamientos sobre  
prohibición de discriminación por orientación sexual

DISCRIMINACION POR SEXO-Reglas jurisprudenciales

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; (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; (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 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.

DERECHOS DE PROTECCION-Concepto

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA-Alcance

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 y

Daniel Bonilla Maldonado.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., siete (7) 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.

## 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:

ART. 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.”

## I. 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.

### 1. Fundamentos de la demanda

De manera preliminar, los actores plantean la necesidad de estudiar la posible existencia de una cosa juzgada constitucional, en cuanto que la Corte, en la Sentencia C-098 de 1996, se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990. A partir de sus consideraciones sobre la existencia de una cosa juzgada relativa y de los presupuestos para que en este caso se produzca un cambio de precedente, los demandantes pasan a exponer los impactos negativos en los diferentes campos legales que se producen para los integrantes de las parejas homosexuales por no estar comprendidos en el ámbito de la unión marital de hecho y de las normas que regulan la sociedad patrimonial de los compañeros

permanentes. Sobre esa base, los accionantes manifiestan que la norma acusada es contraria al derecho a la dignidad humana y desconoce el derecho de asociación, para establecer lo cual es preciso, sostienen, tener en cuenta que se ha producido un cambio en el referente normativo sobre materias relevantes para analizar el problema jurídico planteado, debido a un cambio en el bloque de constitucionalidad y a un cambio, también, en la percepción de la sociedad colombiana frente a la comunidad homosexual.

## 2.1. Cosa Juzgada

Los actores indican que la Sentencia C-098 de 1996 declaró la exequibilidad del artículo 1º y del literal a) del artículo 2º de la Ley 54 de 1990, y que, en esa medida, en el presente asunto podría existir una cosa juzgada formal absoluta respecto al artículo 1º por tratarse de la misma disposición acusada en la anterior oportunidad, y una cosa juzgada material respecto al literal a) del artículo 2º debido a que, si bien dicho artículo fue modificado por la Ley 979 de 2005, ésta reprodujo su contenido normativo en cuanto a las expresiones “hombre” y “mujer”. De ser así, la presente demanda resultaría improcedente. Sin embargo los accionantes indican que en este caso se presenta una cosa juzgada relativa implícita, razón por la cual cabe examinar nuevamente la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

2.1.1. En este sentido, señalan que la Sentencia C-098 de 1996 dio lugar a una cosa juzgada relativa, toda vez que, por un lado, en dicha oportunidad se realizó el examen de constitucionalidad respecto a la vulneración de artículos de la Carta diferentes a los que se plantean en la presente acción, y, por otro, la parte motiva de ese fallo condicionó la exequibilidad de las normas a que posteriormente, en una nueva demanda, se demostrase “ (...) 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 advierta 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.”<sup>1</sup>. Por tanto, a la luz del concepto de cosa juzgada relativa desarrollado por la doctrina constitucional, y las posibilidades planteadas en la Sentencia C-098 de 2005, los demandantes consideran que resulta procedente volver a examinar la constitucionalidad de las normas acusadas a partir de los nuevos cargos y argumentos planteados en esta oportunidad.

2.1.2. Por otra parte, los actores establecen que, si bien la Sentencia C-098 de 1996 produjo efectos erga omnes y se comporta como precedente constitucional, esta misma Corporación ha contemplado la posibilidad de que, con argumentos suficientes, pueda proferirse un pronunciamiento que se aparte del precedente. Para tal efecto, la Sentencia C-228 de 2002 señala los criterios para que se justifique un cambio del precedente jurisprudencial, dentro de los cuales se observan, “ (...) primero el cambio del ordenamiento jurídico, incluida la consideración de normas adicionales a aquellas tenidas en cuenta inicialmente, y segundo, el cambio en la concepción del referente normativo.”<sup>2</sup>

## 2.2 Impacto negativo de la norma

Los accionantes arguyen que en la Sentencia C-098 de 1996 no se trató lo correspondiente a los efectos negativos producidos por la norma demandada, toda vez que el accionante en aquella oportunidad, no demostró la existencia de un privilegio ilegítimo que afectase injustificadamente a los grupos no incluidos en el precepto. Así pues, como presupuesto de la presente demanda, señalan que en la referida sentencia la Corte no analizó 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.”<sup>3</sup> Por lo tanto, los actores consideran que cuando el legislador definió la figura de “compañeros permanentes” como aquella conformada exclusivamente por dos personas heterosexuales omitió la posibilidad de que una pareja del mismo sexo conformase un proyecto de vida en común, lo que conlleva a generar un impacto negativo sobre las personas homosexuales.

De manera general, los accionantes señalan que ese impacto se concreta en que las uniones homosexuales no tienen acceso a todos aquellos derechos (patrimoniales y extrapatrimoniales) que se derivan del reconocimiento a la unión consagrada en la Ley 54 de 1990. Agregan que “(...) 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).”<sup>4</sup>

En este orden de ideas, los accionantes pasan a exponer los daños concretos que produce la norma demandada en el campo penal, civil y laboral, toda vez que es posible identificar que, en algunos aspectos, los destinatarios de ciertas medidas de protección y los titulares de

ciertos derechos están definidos en razón de su calidad de compañeros permanentes, lo que, en definitiva, deriva en un impacto negativo para aquellas personas del mismo sexo que han decidido realizar un plan de vida en común al unirse como pareja, pero que, al no estar incluidas en la definición que la Ley 54 de 1990 hace de los compañeros permanentes, no pueden gozar de las mismas garantías que el ordenamiento jurídico otorga a personas que se encuentran en igual situación pero que son privilegiadas por ser heterosexuales.

### 2.2.1 Impacto negativo en materia penal

Los accionantes señalan que la regulación de violencia intrafamiliar – Ley 294 de 1996 y Ley 599 de 2000- orientada a proteger a quien convive con el agresor, no tiene aplicación en el caso de un homosexual agredido por su pareja.

Por otro lado, en materia procedimental, la Ley 906 de 2004 establece que ninguna persona está obligada a denunciar, o el imputado a incriminar, a su compañero o compañera permanente. En este sentido, quienes son homosexuales se verán obligados a denunciar o a incriminar a su pareja.

### 2.2.2 Impacto negativo en materia civil

Manifiestan los demandantes que la Corte Constitucional extendió la obligación alimentaria a favor de los compañeros permanentes, pero que las personas homosexuales no están amparadas por una protección que fue creada para satisfacer las necesidades mínimas de cualquier ser humano, hombre o mujer, que mantenga una relación de convivencia con otra persona, no obstante que frente al deber de solidaridad contenido en la obligación de alimentos es indiferente si la pareja es heterosexual o es homosexual.

Por otra parte, los actores señalan que en el régimen de afectación a vivienda familiar, la normatividad concibe esta figura exclusivamente para los cónyuges y los compañeros permanentes cuya convivencia sea superior a dos años, de modo que la pareja homosexual no puede aspirar a que el bien adquirido por uno de sus integrantes, y que es usado para la habitación de ambos, goce del beneficio de inembargabilidad.

### 2.2.3 Impacto negativo en materia laboral

Al respecto sostienen que, no obstante que la Ley 100 de 1993 establece que los regímenes

de salud y pensiones son aplicables para todos los colombianos, las personas homosexuales no tienen la posibilidad de afiliarse a su pareja, o ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, figuras a las que si pueden acceder las parejas de distinto sexo.

En este contexto, los accionantes consideran que, habiéndose señalado los diferentes impactos negativos que la Ley 54 de 1990 genera en materia civil penal y laboral, se han cumplido las condiciones establecidas en la Sentencia C-098 de 1996 para que la norma sea nuevamente revisada y para que, en esta oportunidad, se declare la inexecutable de las expresiones acusadas. Es decir, que el ordenamiento jurídico solo reconoce dos formas de vida en pareja, el matrimonio y la unión marital de hecho, supuestos que se predicen exclusivamente de las parejas conformadas por un hombre y una mujer, y excluyen a las personas homosexuales, las cuales no están comprendidas en el campo de aplicación de todas aquellas normas que reconocen derechos a quienes eligen la comunidad de pareja. En consecuencia, los actores afirman que la declaratoria de inconstitucionalidad que se solicita no significa un retroceso en el proceso de protección para las parejas heterosexuales, sino que se traduce en una extensión de derechos a todas aquellas personas que deciden vivir en pareja.

### 2.3 Cambio en el ordenamiento jurídico

Los actores manifiestan que, según la Sentencia C-228 de 2002, la Corte Constitucional puede apartarse del precedente cuando opera "... un cambio en el ordenamiento jurídico que sirvió de referente normativo en la decisión anterior, lo cual también incluye la consideración de normas adicionales a aquellas tenidas en cuenta inicialmente."<sup>5</sup> De este modo, expresan, teniendo en cuenta que en la Sentencia C-098 de 1996 la Corte solamente estudió la violación del derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, en la presente oportunidad se formulan dos cargos diferentes no tenidos en cuenta anteriormente: La violación del derecho a vivir dignamente, y la vulneración del derecho fundamental a la libre asociación.

#### 2.3.1 Violación del derecho de toda persona a vivir dignamente (preámbulo y artículo 1 de la Constitución)

Los demandantes arguyen que la exclusión de las parejas homosexuales de los efectos

jurídicos que se desprenden de la Ley 54 de 1990 constituye una vulneración del principio de la dignidad humana, toda vez que se limita la posibilidad de estas personas a tener un plan de vida y desarrollarse libremente.

Según aducen los actores, de acuerdo con la jurisprudencia Constitucional<sup>6</sup>, el contenido del derecho a llevar una vida digna se expresa en tres dimensiones, en primer lugar, la posibilidad de vivir como se quiera, sin interferir en la órbita de los derechos de los demás, de modo que cada persona elija el plan vital que prefiera; en segundo lugar, la posibilidad de vivir bien, esto es tener acceso a ciertas condiciones materiales de existencia, y, finalmente, la posibilidad de vivir sin humillaciones, lo cual implica preservar la integridad física y moral.

La primera dimensión de la dignidad, tiene que ver con el respeto a la autodeterminación, en tanto que no se afecten los derechos de terceros. Ello implica no sólo un actitud neutral del Estado frente a las opciones ciudadanas, sino que en un Estado social de derecho las autoridades deben adoptar las medidas afirmativas tendientes a que realmente las personas puedan autodeterminarse. En este contexto, según los accionantes, los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 menoscaban la dignidad humana al establecer distinciones entre las diferentes opciones de vida sexual, lo cual se evidencia en el reconocimiento y en las medidas de protección otorgados a las parejas heterosexuales y de los que se ven excluidas las de carácter homosexual.

En relación con la dimensión de la vida digna que consiste en vivir bien, los accionantes señalan que ello incluye condiciones materiales concretas que garantizan el bienestar del ser humano, y que se ve representado en un aspecto patrimonial que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado a través del concepto de mínimo vital. Así pues, cuando la Ley 54 de 1990 reconoció la situación de los compañeros permanentes heterosexuales, de lo que se derivó la consagración de una serie de derechos en materia sucesoral, de salud, pensiones, y en general patrimonial, desconoció la condición de las uniones homosexuales, de tal forma que cuando se separan o uno de sus integrantes fallece, aquella persona que dependía económicamente de su pareja queda desamparada y no tiene la posibilidad de reclamar derecho alguno respecto los bienes adquiridos con el esfuerzo mutuo.

Como una tercera manifestación de la vida digna, los accionantes señalan el derecho a vivir

sin humillaciones, que se traduce en todos aquellos aspectos inmateriales que permiten preservar la integridad física y moral de cualquier persona, y que, aunque esta concepción resulta difícil de apreciar por tratarse de percepciones personales que el individuo tiene de su entorno, resulta claro que se restringe la posibilidad de cada persona de escoger el plan de vida que desee y, si así lo prefiere, optar por la vida en pareja, pues el individuo es quien es titular de derechos y puede exigir su cumplimiento. En este orden de ideas los demandantes sostienen que existe una coexistencia injustificada de líneas jurisprudenciales, en las que, por un lado, se reconocen los derechos de los homosexuales como individuos, pero, por el otro, se niega la protección a las parejas del mismo sexo, de tal forma que sus integrantes son sometidos a una 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, debido a que el Estado no se lo permite."7

### 2.3.2 Derecho a la libre asociación

Señalan los accionantes que a partir del reconocimiento que la Constitución realizó en el artículo 38 del derecho a la libre asociación, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que su ejercicio se realiza a través de los diferentes vínculos que el individuo establece con otras personas para el desarrollo de fines e ideales comunes. En este contexto, la familia se presenta como la forma primigenia de asociación constituida, como lo establece el artículo 42 de la Carta, por la unión entre un hombre y una mujer, sin embargo, no se excluye la posibilidad de que las parejas homosexuales hagan uso de su derecho a la libre asociación para convivir en pareja y vivir libremente su sexualidad, toda vez que el concepto de pareja, independientemente de que se trate de personas homosexuales o heterosexuales, se refiere a una forma asociativa diferente al de familia, por lo tanto, los actores sostienen que el estudio de constitucionalidad no debe hacerse en comparación con los elementos de la familia, como indebidamente se hizo en la Sentencia C-098 de 1996, cuando en realidad la Ley 54 lo que regula son los efectos patrimoniales que surgen de la vida en pareja.

En este orden de ideas, los demandantes sostienen que el fenómeno de la vida en pareja subsiste independientemente de la familia, de modo que uno y otro aspecto se pueden regular de forma diferente. Después de presentar un esquema que, en su criterio, sintetiza las diferencias entre familia y pareja, concluyen que son características comunes a la pareja, que resulta predicables de las uniones homosexuales, (i) la libre voluntad de

conformarla, (ii) la persecución de fines lícitos, aspecto que en las uniones homosexuales está establecido desde la despenalización del homosexualismo y del reconocimiento por la jurisprudencia constitucional de la libre opción sexual como un derecho fundamental, (iii) la convergencia en una organización unitaria y, (iv) el libre ingreso y salida. Así pues, para los actores, la unión entre las parejas, en sentido general, es entendida como la voluntad lícita de dos seres humanos de convivir, en la que no hay distinciones de sexo y cuyos efectos jurídicos son la consecuencia del reconocimiento del derecho de asociación, perspectiva desde la cual cabe indagar si existe o no justificación para el trato diferenciado que el legislador dio a las parejas homosexuales en la Ley 54 de 1990.

Por otro lado, los accionantes consideran que no es de recibo sostener que la solución patrimonial para las uniones homosexuales sea la conformación de sociedades comerciales y, en este sentido, estiman que no se les puede imponer esa carga, la cual comporta la necesidad de realizar una serie de trámites e incurrir en gastos significativos, sin que ese tipo societario responda adecuadamente a la necesidad de reconocerle efectos jurídicos a las parejas homosexuales. Agregan que, en relación con la posibilidad de acudir a la figura de las sociedades de hecho, estas formas de asociación suponen un régimen de responsabilidad solidaria e ilimitada y la asunción de obligaciones que, sumado a la dificultad probatoria para demostrar su existencia, no resulta ser una alternativa adecuada que responda a las necesidades de las parejas del mismo sexo.

A partir de los anteriores argumentos, los demandantes concluyen 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.” Así las cosas, los demandantes arguyen que la norma acusada vulnera el derecho a la libre asociación de las parejas homosexuales, a quienes se les excluye del régimen patrimonial de los compañeros permanentes.

#### 2.4. Cambio en el referente normativo

Arguyen los accionantes que, de acuerdo con la Sentencia C-228 de 2002, es posible dar una solución distinta a un problema jurídico previamente tratado cuando la evolución en las corrientes de pensamiento conduce a un cambio en el referente normativo, lo que en el

presente caso se concreta en (i) una modificación del contenido del bloque de constitucionalidad y (ii) el cambio de percepción de la sociedad colombiana respecto a la comunidad homosexual.

#### 2.4.1 Cambio del bloque de constitucionalidad

Los demandantes advierten que por disposición expresa del artículo 93 de la Constitución, el ordenamiento jurídico interno debe respetar los lineamientos fijados por el derecho internacional en materia de derechos humanos. Para que pueda hablarse de un cambio del contenido del bloque de constitucionalidad, agregan, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional<sup>8</sup>, debe presentarse uno de dos eventos: Que se ratifique un nuevo tratado, o que se produzca una interpretación con autoridad de un tratado que incluya elementos diferentes en el análisis de la materia objeto de estudio constitucional. En efecto, para el examen de constitucionalidad de la Ley 54 de 1990, aunque no ha ocurrido la ratificación de un nuevo tratado, si se presenta una interpretación con autoridad del Comité de Derechos Humanos en la Decisión *Young v. Australia* en la que 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 éste puede constituir en sí misma una violación del derecho a la igualdad y (iii) constituir en un obstáculo para el disfrute de otros derechos”<sup>9</sup>.

En este orden de ideas, los accionantes sostienen que, con base en la jurisprudencia de esta Corporación, los derechos y deberes incluidos en la Carta deben ser entendidos e interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y que, adicionalmente, se deben acoger las recomendaciones de los órganos de control de este tipo de tratados. En consecuencia, los actores arguyen 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”<sup>10</sup>, lo que para el presente caso se traduce en que este referente normativo sea tenido en cuenta a la hora de pronunciarse respecto la norma acusada y en que haya una decisión diferente a la adoptada en la Sentencia C-098 de

1996, providencia en la que no se tuvo en cuenta los instrumentos de derecho internacional que consagran el derecho a no ser discriminado por motivo de la orientación sexual.

Los actores pasan a señalar la normatividad internacional referida a la discriminación por razón del sexo y su consagración en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como una conducta contraria a los derechos humanos, de tal forma que la Corte Constitucional de Colombia ha tenido en cuenta esta doctrina en sus pronunciamientos. Así las cosas, señalan los demandantes que el 31 de marzo de 1994 se profirió el fallo del Comité de Derechos Humanos en el caso *Toonen vs. Australia* en el que se estableció por primera vez que la orientación sexual constituye per se un estatus protegido contra la discriminación, lo cual fue tenido en cuenta por la Corte Constitucional como fundamento de la Sentencia C-481 de 1998, en la que garantizó el derecho a la igualdad y la no discriminación de las personas homosexuales.

Por otro lado, indican que en el año 2003 el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) en la decisión *Young v. Australia* precisó que, a pesar de que no toda conducta discriminatoria es contraria al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Económicos, si era necesario que cualquier desigualdad que exista entre las personas heterosexuales y las homosexuales sea justificada por criterios objetivos y razonables, así pues, los accionantes señalan que en el caso tratado por el Comité se estableció 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.

En este orden de ideas, los demandantes hacen referencia al interés que los diferentes organismos internacionales han demostrado en procura de que se eliminen las discriminaciones cuyo sustento es la orientación sexual de las personas, especialmente en temas como el derecho de los homosexuales a gozar de las garantías económicas, sociales y culturales, y la relevancia que tiene la prohibición a la discriminación sexual en los derechos de los niños.

Finalmente, los actores mencionan algunas posiciones y pronunciamientos jurisprudenciales

de órganos de monitoreo de derechos humanos y Tribunales Internacionales, tales como el producido por el Tribunal Europeo cuando consideró que el trato diferenciado a las personas homosexuales no se justificaba con el argumento de proteger la familia, hasta el punto de prohibirse a un menor convivir con su padre por ser homosexual<sup>11</sup>, sentido en el que también se pronunció la Corte Constitucional Sudafricana al declarar la inconstitucionalidad de leyes que reconocían beneficios exclusivamente a favor de parejas heterosexuales con fundamento en la protección de la familia<sup>12</sup>. Por otra parte, mencionan la influencia del caso *Dudgeon v. United Kingdom* de la Corte Europea 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 consensual entre homosexuales.

#### 2.4.2. Cambio social

En este acápite de la demanda, se señala que la sociedad y la opinión pública han dado pasos hacia una sociedad mucho más respetuosa y tolerante frente a la diferencia y que el carácter dinámico de la Constitución, resultado de su permanente tensión con la sociedad, exige su actualización frente a situaciones nuevas. Consideran los actores que esta es la oportunidad para que la Corte Constitucional modifique su interpretación de los principios constitucionales para ajustarlos a una realidad que no es la misma de hace diez años y a una sociedad colombiana que reclama la eliminación de todas aquellas prácticas excluyentes que impiden el libre ejercicio de la sexualidad.

Como reflejo de lo anterior, los accionantes mencionan el trato que actualmente reciben los homosexuales en los medios de comunicación, en los que se ha dejado de referirse a este grupo de personas de forma peyorativa y despectiva, y se les toma como unos ciudadanos más que, aunque distintos, no por ello objeto de discriminación. Así, concluyen, ha dejado de tener una connotación negativa la libre decisión de llevar a cabo un proyecto de vida entre dos personas del mismo sexo.

Así mismo, los actores sostienen que la comunidad homosexual ha penetrado en todas las esferas de la sociedad, de tal forma que comparten los mismos escenarios que las personas heterosexuales sin discriminación alguna, incluso, en el ambiente político se evidencia un activismo por la defensa de sus derechos a través de organizaciones no gubernamentales y de propuestas que han llegado al Congreso de la República, de forma que el gobierno, e

incluso la iglesia, han apoyado el reconocimiento de los derechos patrimoniales de los homosexuales que viven en pareja. En consecuencia, las anteriores circunstancias evidencian el cambio de percepción que la sociedad tiene de los homosexuales y su aceptación dentro de la misma, que hace necesario que la Corte Constitucional, en el examen de la Ley 54 de 1990, adapte la normatividad a esta nueva realidad.

#### IV. INTERVENCIONES

1. El señor Germán Humberto Rincón Perfetti presentó escrito para coadyuvar la demanda, en el que manifiesta que es necesario que la Corte estudie la constitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 bajo la óptica de los tratados internacionales ratificados por Colombia sobre el derecho a la no discriminación por la orientación sexual, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad y se presentan como criterios hermenéuticos vinculantes para el juez constitucional. Al respecto, se refiere a los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en los que, con base en el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que prohíbe la discriminación por razón del sexo, se ha defendido el derecho a la libre elección sexual, primero, en un caso en el que se declaró como violatoria del artículo 2 del Pacto (no discriminación) una disposición del Código Penal de Tasmania en la que se consideraba como delito cualquier contacto sexual entre hombres, y, segundo, en el escenario de la pensión de sobrevivientes, se consideró que era discriminatorio que el Estado Australiano no concediera ese derecho a compañeros homosexuales no casados en tanto que la distinción no había sido establecida con base en criterios de razonabilidad.

Por otra parte, resalta el caso colombiano que fue conocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el que se recomendó que se llegara a un acuerdo amistoso para que el INPEC permitiera la visita íntima a una reclusa de su compañera lesbiana, y que, posteriormente fue objeto de una acción de tutela en la que se decidió que se concedió la protección invocada por la accionante.

2. La Red de Apoyo a Transgeneristas TRANS-SER, organización que forma parte del movimiento social de gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas de Colombia, apoya la demanda al considerar que la comunidad homosexual ha sido tradicionalmente un grupo excluido y vulnerable, de modo que al proferirse normas que hagan distinciones relacionadas

con la orientación sexual debe hacerse un test de igualdad. En este sentido la Corte Constitucional ha desarrollado los conceptos de pluralismo, equidad y libre desarrollo de la personalidad refiriéndose a los derechos de igualdad y no discriminación de las personas homosexuales en campos como la educación, acceso a las fuerzas militares, igualdad para acceder a cargos públicos y las visitas en instituciones carcelarias. No obstante lo anterior, la organización sostiene que en la realidad no ha sido posible hacer efectiva la protección a este grupo, pues “ (...) las personas homosexuales tienen derecho a la libre opción sexual y están amparados bajo una Constitución pluralista, pero una vez deciden desarrollar su proyecto de vida en pareja con una persona de su mismo sexo pierden derechos y beneficios que tendrían si la pareja fuera heterosexual, es decir, por el solo hecho (sic) de ser homosexual o transgenerista pierde los derechos y beneficios de la pareja”<sup>13</sup>. Por tanto considera que, en la medida en que la unión formal de parejas homosexuales es un fenómeno que ha venido creciendo y se ha hecho más común y cotidiano, no conceder los derechos y beneficios contemplados en la ley para las personas heterosexuales constituye una circunstancia de discriminación e injusticia.

A juicio de la interviniente, esas condiciones de discriminación han llevado a que no se aprueben diferentes proyectos de ley presentados al Congreso para que se reconozcan los derechos patrimoniales de los homosexuales, toda vez que las mayorías políticas tradicionalmente se han mostrado reacias al reconocimiento de derechos de quienes deciden vivir en pareja con otra persona del mismo sexo, de tal forma que, ahora, le corresponde a la Corte Constitucional reivindicar los derechos de esta minoría que no ha podido ser protegida en el debate legislativo.

3. Natalia García Ortega, Diana Carolina Pulido y Samuel Urueta Rojas, actuando como miembros activos del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, allegaron escrito para solicitar la declaratoria de inexecutable de la norma acusada. En su intervención hacen unas consideraciones respecto a la cosa juzgada constitucional, tanto material como formal, para concluir que en esta oportunidad no se presenta este fenómeno debido a la diferencia de cargos formulados, pues en la Sentencia C-098 de 1999 se examinó la vulneración de los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al reconocimiento al pluralismo social, mientras que ahora se solicita la declaración de la inconstitucionalidad de la norma por la violación a los derechos a la libre asociación y a la vida digna.

Por otra parte, los intervinientes consideran que, en principio, resultaría improcedente el cargo al que se refieren los accionantes respecto a los impactos negativos que produce la norma acusada, toda vez que su explicación se fundamenta en los beneficios que en diferentes campos le son concedidos a las parejas heterosexuales y que no se extienden a las uniones homosexuales, lo cual implica un estudio del derecho a la igualdad, aspecto que ya fue tratado en la Sentencia C-098 de 1996. Sin embargo sostienen que esta circunstancia no impide que la Corte Constitucional aborde el estudio de este tópico, ya que la teoría del derecho viviente permite que haya un cambio de posición jurisprudencial.

Señalan que en aquellos eventos en los que la realidad social sufre importantes transformaciones, el ordenamiento jurídico debe ajustarse a la misma, de tal suerte que le corresponde a la Corte Constitucional determinar si las normas responden al estado actual de las cosas y si se justifica excluir alguna del ordenamiento jurídico, sin perjuicio que para ello sea necesario hacer un cambio jurisprudencial, tal y como la misma Corte ha previsto en algunos supuestos, entre ellos, la incompatibilidad de las doctrinas con la comprensión actual del orden constitucional. En este orden de ideas, es factible que se evalúe nuevamente la constitucionalidad de la norma a la luz del derecho a la igualdad, más cuando el fenómeno del homosexualismo ha venido aceptándose en la comunidad colombiana, lo que no ocurría hace 10 años cuando se profirió la Sentencia C-098 de 1996.

Respecto a la supuesta vulneración del mínimo vital, los intervinientes manifiestan que la norma acusada no afecta esta condición directamente en las parejas homosexuales, pero que, en la medida en que de la definición de compañeros permanentes se derivan una serie de garantías y derechos, es posible observar que se restringen las condiciones mínimas de subsistencia de la comunidad homosexual cuando no tienen la posibilidad de acceder a beneficios patrimoniales en aspectos pensionales y sucesorales, no pueden afiliarse a su pareja en el régimen de salud, y no pueden reclamar alimentos de la persona de quien dependen.

De otra parte, sostienen que es evidente una afectación del derecho a la libre asociación, pues el artículo 38 de la Constitución protege la libertad personal para organizarse y poner en funcionamiento asociaciones a través de uniones con otras personas, independientemente de si se trata de hombres o mujeres. En este sentido, la pareja es una forma de asociación que se diferencia del concepto de familia, la cual no puede restringirse por el hecho de que

esté conformada por dos personas del mismo sexo, quienes deben tener la oportunidad para recibir las prerrogativas legales conferidas a las personas heterosexuales que se han asociado en pareja. Así las cosas, los intervinientes consideran que a las personas homosexuales que deciden asociarse en pareja solo les queda la alternativa de constituir una sociedad comercial, lo cual les impone unas formalidades y limitaciones que no tienen que soportar.

Siguiendo con el análisis que los intervinientes hacen de los cargos de la demanda, señalan que en los artículos acusados se evidencia una causal de inconstitucional por omisión del legislador, pues, de acuerdo con los requisitos desarrollados por la jurisprudencia, es posible determinar que la relación de las parejas homosexuales es asimilable a la de la vida común entre heterosexuales, que la exclusión carece de razones objetivas y suficientes, que la discriminación produce una desigualdad injustificada y, finalmente, que la omisión es atribuible al incumplimiento de los deberes del legislador.

Por último, los miembros del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario advierten que, si bien dentro de la jurisprudencia constitucional se ha protegido la libertad sexual de la comunidad homosexual, también es claro que en ocasiones la Corte no ha declarado la inexecutable de normas que pugnan con este derecho sino que ha remitido la facultad al legislador para regular estas situaciones, esto, por cuanto que este tipo de situaciones no deben ser reguladas por la Corte sino que es competencia del legislador, por tanto, en esta ocasión es pertinente que la Corte Constitucional exhorte al legislador para que regule las relaciones de los homosexuales y se replanteen los nuevos factores sociales que han determinado un cambio de concepción en los últimos años respecto este grupo de personas.

4. Los ciudadanos Alejandro Gómez Velásquez, Esteban Hoyos Ceballos y José Santiago Rendón Vera miembros de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, intervinieron en el presente proceso para coadyuvar la demanda, y basaron su argumentación en los siguientes aspectos:

a. Consideran que, no obstante el fallo proferido en la Sentencia C-098 de 1996, es procedente el examen de constitucionalidad de los preceptos acusados, en tanto que los cargos presentados en la demanda y las normas de la Carta que se consideran vulneradas

son distintos a los formulados en el año 1996. Así las cosas, los intervinientes afirman que se está ante la presencia del fenómeno de la cosa juzgada relativa, lo cual, a criterio de la Corte, permite que se realice un pronunciamiento de fondo.

b. Por otro lado, sostienen que la imposibilidad para que las parejas homosexuales puedan ser destinatarios de los efectos patrimoniales contenidos en la Ley 54 de 1990 constituye una vulneración del derecho de asociación consagrado en el artículo 38 Superior, toda vez que este derecho supone la posibilidad que tiene toda persona de constituir libremente agrupaciones con fines concretos. Así pues, según expresan los intervinientes, las uniones de pareja constituyen una de las formas de asociación que deben ser protegidas por el Estado independientemente de si está compuesta por personas de igual o diferente sexo, por tanto resulta discriminatorio que el ordenamiento reconozca efectos para las uniones de pareja que tengan determinada orientación sexual, y desconozca los mismos derechos a otras parejas que, aunque no tienen la vocación de constituir familia, no deben quedar desprotegidas en el campo patrimonial.

c. Finalmente, los intervinientes sostienen que, en atención a que han pasado más de 10 años desde que se profirió la Sentencia C-098, en la que se reconoció la existencia de ciertas injusticias en contra de las personas homosexuales, no es suficiente con realizar un exhorto al Congreso, cuya inactividad redundaría en que se continuaran vulnerando los derechos de estas personas, por lo tanto consideran necesario que la Corte se aparte del precedente constitucional y declare la inexecutable de las expresiones hombre y mujer contenidas en las normas acusadas.

5. La Corporación Triángulo Negro; la Fundación Diversidad; el abogado Luis Fajardo Arturo; los ciudadanos Álvaro Miguel Rivera Linares, Luz Adriana López; Luis Fernando Cristancho, Carlos Díaz Martín, Nancy Acuña, Edgar Robledo, Felipe Correa, Antonio Camacho y José David Rodríguez; Qichtna Manga (miembro del grupo DeGeneres); Franklin Gerley Hernández (miembro del Grupo de Estudios de Género, Sexualidad y Salud en América Latina); Ivonne Wilches; Eugenio Sánchez Salcedo, Yenny Hiles Granada, Mauricio Garees Rincón y Edgar Herman Cruz García; Angelo Araujo, Lisímico Núñez, Martín Giraldo, Andrés Acevedo, Jorge A. Gardeazabal y Dumar Rico; Raúl Ruiz Echeverry y Mauricio Garcés Rincón (quienes hacen parte del movimiento social de gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas), cada uno por su parte, en escritos separados, pero en el mismo sentido, intervinieron con el

fin de apoyar la acción pública instaurada.

Estos intervinientes coinciden en que la norma demandada es discriminatoria por excluir de la definición de compañeros permanentes y sus efectos jurídicos a las parejas homosexuales, con lo cual se dejan desprotegidas a las personas que dependen económicamente de su pareja y que no pueden afiliarse como beneficiarios en el sistema de salud, sin que existan razones constitucionales que justifiquen la permanencia de esta situación. Por lo contrario, la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha reconocido los derechos de los homosexuales para desarrollarse como tales, de tal manera que la orientación sexual no se configure como un criterio de discriminación.

Particularmente, la organización Triángulo Negro, encuentra que la comunidad homosexual ha sido tradicionalmente discriminada, situación que no ha sido reconocida por el Congreso de la República, que no obstante que ha tramitado numeroso proyectos de ley orientados a proteger los derechos de los homosexuales, no ha aprobado ninguno, lo cual genera impactos negativos y permanentes sobre las personas homosexuales. En consecuencia, sostiene que “ [d]ebe la Corte Constitucional actuar como un poder contra mayoritario, para en ejercicio de sus funciones garantizar los derechos de las personas homosexuales, que están en una posición de minoría y que por la vía del debate político no han podido lograr el reconocimiento de sus derechos.”<sup>14</sup>. Lo anterior, con el propósito de que se ajuste el ordenamiento jurídico a una realidad que refleja el cambio de percepción de la sociedad sobre las personas homosexuales y su paulatina aceptación.

Por su parte, los intervinientes, Alvaro Rivera y Luz Adriana López, argumentan que, como miembros del Colectivo Tinkú en la ciudad de Santiago de Cali, al cual asisten gran cantidad de personas homosexuales, les ha sido posible determinar que este tipo de personas desarrollan su vida como parejas formales y estables, de tal modo que le atribuyen el término “matrimonio” a la clase de relación que mantienen, en consecuencia, consideran que se les debe dar la connotación jurídica al vínculo que efectivamente mantienen, y, en ese sentido, se les permita acceder a los beneficios patrimoniales y la posibilidad de afiliarse a sus parejas al sistema de salud, tal y como lo pueden hacer las personas heterosexuales con sus compañeros y compañeras permanentes.

El señor Luis Andrés Fajardo Arturo expone el ejemplo de un hombre homosexual que

compartió su vida por 27 años con otra persona del mismo sexo, de forma que con el trabajo mutuo adquirieron una serie de bienes evaluados aproximadamente en 800 millones de pesos, pero que, terminada la relación, su pareja, quien tenía los bienes a su nombre, se quedó con todas las pertenencias y lo dejó sin nada. Así pues, el interviniente estima injusto y discriminatorio que la persona mencionada no pueda reclamar derecho alguno sobre los bienes que trabajó y, por el contrario, se ve obligado a iniciar un proceso judicial largo y costoso, al que no se vería enfrentado si fuera heterosexual. En el mismo sentido, los intervinientes Raúl Ruiz Echeverry y Mauricio Garces Rincón comentaron dos casos en los cuales las personas homosexuales quedan desamparadas y sin derecho alguno a poder reclamar parte del patrimonio construido con su pareja, aún en casos en los que han convivido varios años y se dedican a cuidar de su compañero mientras éste se encuentra en estado de convalecencia.

6. El ciudadano Esteban Restrepo Saldarriaga presenta un *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, con el que se coadyuva la acción pública de inconstitucionalidad presentada en esta oportunidad.

Los intervinientes expresan que su propósito, en el contexto de la decisión que la Corte adoptó mediante la Sentencia C-098 de 1996, es aportar a este Tribunal un panorama general de las resoluciones y consideraciones a las que otros tribunales y órganos jurisdiccionales han llegado al analizar asuntos similares, y que justifica la proposición, frente al régimen de la Ley 54 de 1990, 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.

En el anterior contexto, presentan un minucioso recuento de decisiones y recomendaciones de instancias tanto internacionales como estatales que, en su criterio, ilustran el estado de la cuestión en relación con la discriminación fundada en la orientación sexual de las

personas.<sup>15</sup> Así mismo, ponen de presente que las legislaciones de distintos Estados tienen articuladas determinadas formas de unión civil o registro de parejas de hecho a las que pueden acceder las personas homosexuales, al paso que algunos han abierto la posibilidad del matrimonio civil entre homosexuales<sup>16</sup>.

A manera de conclusión expresan:

“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.”<sup>17</sup>

7. Sobre bases similares a la anterior intervención, se pronunciaron los ciudadanos Viviana Bohórquez Monsalve y Juan Felipe Aguilar Castillo en representación del Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional -CEDHUL, para coadyuvar la demanda.

Estos intervinientes hacen particular énfasis en la consideración del impacto negativo que sobre las parejas homosexuales tiene su exclusión del ámbito de la Ley 54 de 1990, en el contexto del conflicto armado colombiano, ya que, por ejemplo, tratándose de sujetos desplazados por la violencia, el artículo 5 de la Ley 975 de 2005 incluye dentro de las personas que son consideradas víctimas, al compañero o compañera permanente de quien fue víctima directa, de manera que, por virtud de su exclusión del ámbito de la definición de la Ley 54 de 1990, los homosexuales, no obstante que hayan sido afectados por la violencia indirectamente, son excluidos del concepto de víctima y de todos los derechos y beneficios que esto implica.

A continuación, los miembros del Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional pasan a hacer un recuento de varios pronunciamientos de organismos internacionales en los que las uniones entre personas del mismo sexo constituyen situaciones jurídicas reconocidas que generan efectos y de las que se derivan derechos. Mencionan, por ejemplo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció en el caso *Karner v. Austria* en el que se extendieron derechos patrimoniales para que la pareja sobreviviente pudiese suceder en su posición contractual en el contrato de arrendamiento a su compañero homosexual que había fallecido, tal y como lo podían hacer las personas heterosexuales, de modo que se amparara el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la Convención. Agregan que algunos países de la Unión Europea han creado formas de unión civil o registro de parejas de hecho, incluyendo homosexuales, o, que, en otros se ha abierto la posibilidad para que parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio.

En el continente americano, los representantes del grupo CEDEHUL mencionan la Carta Canadiense de Derechos y Libertades que reconoce, en desarrollo del derecho a la igualdad, la posibilidad para que las parejas del mismo sexo puedan desarrollar una vida en unión, de tal modo que (al igual como ocurre en Bélgica) se permite que puedan contraer matrimonio, pues por la vía judicial se ha determinado que resulta discriminatorio negar este proyecto de vida. De igual manera, señalan los intervinientes, ocurrió en Estados Unidos, en el Estado de Massachusetts, y, a pesar de que en otros estados no han adoptado esta medida, el debate

jurídico ha enseñado la clara y firme disposición de los tribunales por no adoptar medidas que repercutan en una discriminación por razón de la orientación sexual; así mismo, en Sudáfrica también se abrió la puerta para que no se negase la licencia para contraer matrimonio por razones de la orientación sexual.

Concluyen señalando que Colombia no puede ser ajena al notable avance que en materia de reconocimiento de derechos de personas homosexuales y proscripción de prácticas discriminatorias en razón de la orientación sexual se ha dado a nivel internacional y que evidencian una creciente conciencia mundial en relación con conceptos de familia y de pareja mas incluyentes y acordes con la realidad.

8. Los miembros de la Junta Directiva del Consejo Nacional de Laicos de Colombia, Pedro Alfonso Sandoval Gaitán (Presidente de la Junta) y Andrés Forero Medina (a título de vocal de la misma institución) intervinieron en el presente proceso para defender la constitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1994. Al respecto consideran que la normatividad acusada se refiere a una clase específica de relaciones humanas, la familia, que por su importancia merece protección y regulación del Estado. Esta forma de unión, integrada por un hombre y una mujer, fue objeto de especial atención por el constituyente, y en consecuencia se establecieron mecanismos y garantías que protegieran su especial papel en el desarrollo de la sociedad. No sucede lo propio con otro tipo de relaciones humanas, como las uniones entre personas del mismo sexo, las que, al no ser parte de ese núcleo fundamental de la sociedad, carecen de efectos civiles relevantes que deban ser regulados por la ley. No se dan en relación con ellas los supuestos que justifiquen una regulación protectora del estado civil y de los aspectos patrimoniales. Tales uniones no pueden reclamar derechos que fueron creados para otro tipo de relación, que, además, es el sustento de la reproducción de la especie humana.

Expresan que desde su perspectiva, como creyentes católicos y laicos, es claro el complemento que ofrecen la perspectiva religiosa y la ciencia teológica a la consideración de la familia conformada por la pareja humana, varón y mujer, aspecto al que dedican un conjunto de consideraciones.

Se detienen, por otra parte en el estudio de los principales efectos civiles de la unión marital de hecho, en particular en la sustitución pensional. Estiman que, tratándose de la pensión de

sobrevivientes, de los efectos sucesorales y la seguridad social, no puede pretenderse incluir unos beneficiarios que no han sido previstos por la ley, ya que, según el principio de legalidad, aquellos están determinados de forma expresa, tal y como ocurre con el cónyuge o el compañero permanente. Por tanto, no se trata de una forma de discriminación por razón del sexo, sino que los derechos mencionados están destinados para aquellas personas que establecen vínculos naturales o jurídicos por los que se constituye la familia.

Por otra parte, señalan que el sistema de pensiones fue creado con base en estudios y cálculos actuariales ajustados a la realidad nacional en los que no se consideró incluir a personas adicionales a los mencionados en la ley. Agregan que la extensión de esa cobertura debe hacerse por el legislador, con base en los correspondientes estudios actuariales y la previsión de los aportes adicionales que sean necesarios.

Los mismos argumentos fueron expuestos por el ciudadano Carlos Eduardo Corssi Otálora en el escrito presentado ante esta Corporación y en el que anexó dos publicaciones tituladas “La verdadera reforma pensional” y “Respuesta al problema pensional”.

9. Los ciudadanos Rodrigo Uprimy Yepes y María Paula Safón Sanín, miembros del Centro de Estudios de Derecho, de Justicia y Sociedad DeJusticia, coadyuvan la demanda para solicitar que en aplicación de la Constitución Política y de los tratados internacionales suscritos por Colombia a los que hace referencia el artículo 93 de la Carta, se declare la inexecutable de la expresión “hombre y mujer” contenida en las disposiciones demandadas, o que subsidiariamente las mismas se 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 de un mismo sexo, esto es, entre dos hombres y entre dos mujeres.”

Para fundamentar su solicitud, comienzan por, (I) “... 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.” Exponen luego, (II) las razones por las cuales consideran que el texto de dichas normas vulnera los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. En ese campo expresan que esa vulneración conlleva la necesidad de la Corte cambie su

precedente constitucional en la materia, para admitir que las parejas homosexuales pueden acceder a todos los beneficios concedidos a las uniones maritales de hecho en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales. Manifiestan, finalmente, (III) que en el evento en el que la Corte decida que no es procedente la rectificación solicitada, acceda a las solicitudes presentadas a partir de la consideración conforme a la cual, a partir 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 aquellas originadas en la unión de un hombre y una mujer." Los intervinientes se refieren en detalle a cada uno de los anteriores puntos.

En relación con la procedibilidad de la demanda interpuesta, señalan que, no obstante que en el año 1996 se profirió un fallo de constitucionalidad que examinó la exequibilidad de los mismos artículos acusados en esta oportunidad, lo que se presenta es una cosa juzgada relativa implícita, toda vez que la Sentencia C-098 de 1996 realizó el examen de constitucionalidad a la luz de algunas disposiciones constitucionales diferentes a las expuestas en esta ocasión, y en su parte motiva dispuso que el alcance del fallo se limitaba a aquellos eventos en los que no se presentaba un privilegio ilegítimo o una privación injusta. Respecto a este último aspecto, los intervinientes señalan que si bien, en el momento en que fue expedida la Ley 54 (hace aproximadamente 15 años) y en el que se dictó la Sentencia C-098 (ya han pasado 10 años de esto) no se evidenciaba que se produjese un perjuicio en contra de las personas homosexuales, lo único que se buscó fue crear unas condiciones de justicia para aquellas personas heterosexuales que no tenían una relación amparada bajo el matrimonio pero que llevaban una vida juntos, sin embargo los cambios sociales y la eminente conformación de parejas del mismo sexo, ponen a este grupo de personas en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales que deciden convivir y quienes tienen derecho a un trato igualitario. Es así como se hace necesario que sean incluidos dentro de la definición de compañeros permanentes, pues, además de que puedan gozar de ese estatus social, tal situación tiene importantes consecuencias en el reconocimiento de derechos en seguridad social, en materia pensional y sucesoral, e incluso en algunas disposiciones penales, como bien lo señalaron los accionantes en su escrito de demanda.

En este sentido, señalan que en la modificación del artículo 2 de la Ley 54 que se llevó a cabo en el año 2005 mediante la Ley 979, el legislador tuvo la oportunidad de reconocer la situación de las parejas homosexuales y equiparar su condición a la de las personas

heterosexuales, sin embargo dicha Ley se limitó a mejorar la situación de las parejas heterosexuales otorgándoles facilidades probatorias para que pudiesen demostrar su condición de compañeros permanentes y ninguna alusión hizo respecto a las personas del mismo sexo, con lo cual se configura una 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"<sup>18</sup>. Por lo tanto, los intervinientes consideran que, dada la omisión legislativa relativa que se presenta respecto el artículo 1 de la Ley 979 de 2005 (que reformó el artículo 2 de la Ley 54 de 1990) y sobre el cual la Corte no se ha pronunciado, es procedente examinar de fondo la constitucionalidad de las normas acusadas, pues respecto de ellas no operaría siquiera la cosa juzgada formal.

En segundo lugar, los intervinientes aducen que es necesario que se realice un cambio en el precedente constitucional, en tanto que si bien la jurisprudencia de esta Corporación ha consagrado los derechos de las personas homosexuales en el ámbito individual para el desarrollo de su personalidad, la dignidad humana y la igualdad, es necesario que estas consideraciones se lleven al plano de la pareja, en donde se hace real y efectivo el derecho a la libre opción sexual y en el que el individuo homosexual puede ejercer un proyecto de vida en compañía, tal y como ha sido aceptado en las parejas heterosexuales. Es por esto que, si bien la prohibición a la discriminación por razones de sexo en el ámbito internacional<sup>19</sup> y en el derecho interno es una realidad, es necesario que sea extendida a la esfera de la vida en pareja, lo que en el presente caso, puede llevarse a cabo si se incluyen a las parejas homosexuales en la definición de compañeros permanentes contenida en la Ley 54 de 1990, y que, finalmente, repercute en la posibilidad para ser beneficiario de los derechos concedidos a estas personas.

Por último, se afirma que aun en caso de que la Corte no se aparte del precedente jurisprudencial, se observa que, como lo sostuvieron los demandantes, el concepto de familia difiere del de pareja, en tanto que si el primero se refiere a la conformada por un hombre y una mujer con especial protección del Estado, el segundo es la expresión de la libre voluntad para convivir con otra persona, sin importar si es de uno u 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 solo podría ser acreedora de los primeros"<sup>20</sup>, de lo cual no resulta razonable excluir a las parejas del

mismo sexo de los beneficios que se derivan del concepto contenido en la Ley 54 de 1990, con fundamento en la definición de familia.

En este entendido, los intervinientes solicitan que se declare la exequibilidad condicionada de la norma, de tal forma que se entienda que la unión marital de hecho incluye también a las parejas del mismo sexo.

10. La ciudadana Carolina Nieto Cáceres participó en el presente proceso para apoyar la solicitud de inexecutable de las expresiones acusadas.

Para la interviniente el problema objeto de esta demanda tiene dos componentes, uno de igualdad y otro de libertad. La Corte Constitucional estudió el tema de la igualdad en la Sentencia C-098 de 1996, sin embargo, el contenido de libertad no ha sido objeto central de estudio.

A partir de un concepto de libertad conforme al cual ésta consiste en “la capacidad moral que tienen los individuos de conseguir los fines que consideran adecuados, y cuyos límites se encuentran en los derechos de las demás personas”, expresa que el ordenamiento jurídico, a partir de una racionalidad que se ajusta a los valores consagrados en la Constitución Política, no puede imponer limitaciones arbitrarias, que se funden en razones excluyentes y prejuiciosas.

Expone la interviniente las consideraciones, fundamentalmente de tipo afectivo, que los seres humanos, independientemente de la orientación sexual, pueden tener en cuenta para tomar la decisión de vivir en pareja y la necesidad que de allí surge de “formalizar” esa relación. Esa formalización, en ocasiones, agrega, se ve obstaculizada, lo que lleva al dilema de tener que sacrificar lo deseable por lo realizable. La gravedad del sacrificio, expresa, “... radica en que éste puede poner en cuestión el derecho moral de escoger el mejor medio para conseguir un fin, es decir, la libertad de la persona, si las razones para imponer una restricción a la libertad personal son arbitrarias.”

Eso es lo que ocurre, en su criterio, con las parejas homosexuales, ya que al no estar incluidas en la definición de la Ley 54, “(...) tienen que asumir una serie de costos mayores que los que tiene que asumir una pareja heterosexual para constituir y proteger sus derechos patrimoniales”<sup>21</sup>. Estima que la restricción de la libertad que se deriva de las normas

demandadas no es absoluta, porque es posible que las parejas homosexuales puedan, por otros medios, obtener los mismos fines, pero "... el hecho de que vean su libertad para alcanzar un fin que consideran adecuado, restringida por un parámetro irrelevante a los motivos que los llevan a conformar una pareja, así como irrelevante frente a los derechos de terceros, es lo que se presenta como profundamente injusto."

En consecuencia con lo anterior, no resulta razonable la exclusión que la Ley 54 de 1990 hace de las parejas del mismo sexo, más, si se tiene en cuenta que lo que buscaba la norma era proteger las parejas construidas a partir del apoyo y solidaridad de sus miembros y no hacer una distinción a partir de la sexualidad de sus integrantes, sin embargo ha conducido a que se coarte la libertad de las personas homosexuales, que deben acudir a otras formas de asociación que resultan ser más engorrosas y menos efectivas.

11. Ángela Rivas, Jairo Clavijo y Juan Pablo Vera, profesores del Departamento de Antropología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Javeriana presentaron escrito para coadyuvar a la demanda.

Los intervinientes desarrollan en detalle tres líneas argumentativas: Expresan, en primer lugar, que la sexualidad humana tiene por naturaleza manifestaciones diversas y complejas. Que, en ese contexto, la elección de compartir la vida en pareja es un elemento que "... está comprendido en el libre desarrollo de la personalidad y hace parte de las garantías que tienen las personas para que su proyecto de vida se realice." Agregan que, en ese contexto, "... en el terreno de las libertades ciudadanas, el Estado debe reconocer el carácter natural y normal de las uniones de parejas del mismo sexo, por ser parte de la diversidad humana y por un asunto de justicia social con quienes han padecido una de las formas discriminatorias más duraderas y más crueles de la moral de occidente." En segundo lugar señalan que la Constitución Política de Colombia reconoce y protege la diversidad multicultural, la cual incluye, factores de raza, color, sexualidad, género, representación política, etc., y que, en consecuencia, resulta contradictorio con los principios constitucionales que se desconozcan los derechos de carácter patrimonial y civil de las parejas del mismo sexo. Expresan que, en este sentido, es importante velar por una concepción plural y no única de la pareja. Finalmente ponen de presente que los vínculos de pareja entre personas del mismo sexo son una realidad social preexistente a definiciones de orden normativo o moral. De este modo, el reconocimiento de las uniones homosexuales no implica crear esos vínculos sino reconocer

su existencia social.

12. La Red Nacional de Mujeres intervino en el proceso, representada por Beatriz Helena Quintero García, para apoyar la demanda de inconstitucionalidad porque considera que la norma acusada contraviene los derechos a la igualdad y a la no discriminación, de tal forma que se les impide a las personas homosexuales gozar de los derechos que fueron consagrados para toda persona independientemente de su orientación sexual

Manifiesta que las normas acusadas producen un doble impacto negativo sobre las lesbianas, toda vez que (i) las parejas del mismo sexo no pueden acceder a los beneficios de carácter civil, penal y en seguridad social que se confieren a los compañeros permanentes, y los hijos de una persona homosexual no pueden gozar de los derechos que podrían recibirse de la pareja de su padre o madre (tales como el subsidio familiar, la seguridad social o las obligaciones alimentarias), y, (ii) porque, debido a la situación de discriminación que todavía vive la mujer en Colombia, las lesbianas son objeto de discriminación por ser mujeres y además homosexuales.

La organización hace un recuento de algunos pronunciamientos internacionales en relación con la discriminación a la mujer, en particular del CEDAW, que se sustentan en la defensa del derecho de la mujer a disponer libremente de su sexualidad, y enfatiza en la aplicación del principio de la no discriminación por razones de la orientación sexual.

La institución interviniente estima que la norma demandada debe ser declarada inconstitucional, pues constituye una privación arbitraria para la discriminada población homosexual de los derechos que si son reconocidos para las parejas heterosexuales que viven juntas, situación que afecta particularmente la vida de las mujeres.

13. La Corporación SISMA MUJER presentó intervención en el mismo sentido, en la que, adicionalmente, resalta el hecho de que la Constitución de 1991 reconoció que la familia podía conformarse por vínculos diferentes al matrimonio, de tal manera que se constituye por la decisión libre de un hombre y una mujer, sin que ello signifique que solamente sea posible a través de la unión de estos, es decir de forma heterosexual, sino que cada uno de ellos, como sujetos autónomos, pueden voluntariamente conformar una familia con la persona que deseen.

#### 14. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario

La institución educativa interviene a través del profesor Juan Enrique Medina P. y sostiene que en el presente caso se presenta el fenómeno de la cosa juzgada, lo que impide que la Corte Constitucional se pronuncie sobre el fondo del asunto puesto a su consideración. En este sentido, indica que la Sentencia C-098 de 1996 resolvió, en su momento, los mismos aspectos que en esta oportunidad fueron expuestos, esto es, por un lado, la supuesta existencia de un privilegio de las parejas heterosexuales que discrimina a los homosexuales, a lo que en dicho fallo se respondió que la Ley 54 solamente estaba regulando un fenómeno social específico, sin que por ello se estuviese excluyendo la existencia de otros diferentes, y, por otro lado, sostiene que no es preciso que la afirmación de que la adhesión de Colombia a las convenciones internacionales en los que se proscriben cualquier forma de impedimento a la libre opción de vivir con una persona del mismo sexo representaba la modificación del bloque de constitucionalidad, toda vez que en la Sentencia C-098 se explicó que el sistema jurídico sobre el cual se expidió la Ley 54 de 1990 no admite la discriminación por razón de la opción sexual de cada persona, de modo que las reglas supralegales de carácter internacional ratificadas posteriormente pasaron a reafirmar el alcance normativo que ya tenía la Constitución colombiana.

Con sujeción a lo anterior, el interviniente considera que no es de recibo el argumento de los demandantes, según el cual se plantea la existencia de una cosa juzgada relativa, pues en este caso "(...) existe identidad entre la problemática planteada en la acción original de inconstitucionalidad respecto con la sentencia (sic) C-098/96 y en ésta que hoy nos ocupa y porque la Corte se pronunció específicamente sobre el mismo tema"<sup>22</sup> (Negrilla del texto original)

Por otra parte, el interviniente señala que no puede entenderse que la norma acusada sea violatoria de los derechos de los homosexuales, toda vez que la finalidad que la Ley estaba encaminada a regular las consecuencias que surgen de la convivencia de una pareja heterosexual, sin que por ello se impida que el Legislador reglamente otro tipo de relaciones cuyos supuestos de hecho son diferentes a los contemplados en la Ley 54. Por tanto, la institución advierte que, tal y como lo había señalado la Corte, lo que se observa en el presente asunto es un vacío legal que no corresponde ser llenado por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, sino que, de acuerdo con la independencia que reviste a las ramas

del poder, debe discutirse en el seno del Congreso.

Así mismo, arguye que la figura creada en la Ley 54 de 1990 ha presentado algunos problemas en su aplicación para definir algunas situaciones de los sujetos que son destinatarios de la misma (parejas heterosexuales), de modo que sería impropio ampliar su cobertura a otras personas, como los homosexuales, que no fueron previstos al crearse la norma, sin que antes se hubiese hecho un estudio previo de las condiciones particulares en que se desenvuelve su relación.

#### 15. Ministerio del Interior y de Justicia

En primer lugar, el Ministerio hace algunas precisiones respecto la cosa juzgada de las decisiones judiciales, a partir de las cuales concluye que en el presente caso no es posible emitir un fallo debido a la existencia de anteriores pronunciamientos que declararon la exequibilidad de los artículos acusados en esta ocasión. De este modo, si bien las sentencias C-239 de 1994 y C-098 de 1997 se refirieron a la Ley 54 de 1990, al ser reformada por la Ley 979 de 2005, se evidencia la existencia de una cosa juzgada material, pues el nuevo texto corresponde al mismo que había analizado la Corte Constitucional. A su vez, no comparte el argumento de los demandantes en el sentido de que la Sentencia C-098 consagró la posibilidad de que posteriormente se revisara la constitucionalidad de la norma si se demostrase que se generaba un perjuicio a los homosexuales, pues, en palabras del Ministerio, "(...) la Corte razonó en forma hipotética, pero no para dejar la puerta abierta a futuras demandas, como pretenden los demandantes, sino antes por lo contrario, para dejar bien cerrada la puerta también por este aspecto. No dijo la Corte que podría examinar nuevos argumentos sobre impacto negativo de las normas demandadas (sic) o sobre propósito de lesionar a los homosexuales. Lo que concluyó la Corte se inscribe en un contexto de cierre de discusión: la ley no tuvo como fin perjudicar las uniones homosexuales, y, en efecto, no ha habido para ellas detrimento a quebranto alguno"<sup>23</sup>, por tanto, la Corte no limitó el sentido de su fallo, lo que implica que éste tuvo efectos absolutos y es aplicable sobre la norma que es objeto del presente proceso.

En segundo lugar, el interviniente asevera que los derechos conferidos a las parejas de distinto sexo no generan una discriminación de los homosexuales en tanto que lo que buscó la normatividad al definir las uniones maritales de hecho y consagrar el régimen patrimonial

entre compañeros permanentes fue desarrollar el artículo 42 de la Constitución y establecer condiciones adecuadas para el bienestar de la familia, y, adicionalmente, crear condiciones de igualdad en los derechos y obligaciones de ambos géneros.

El Ministerio el Interior y de Justicia pasa a analizar, como tercer punto, la violación al derecho a la libre asociación a la que se refiere la demanda, sobre lo que considera que la Ley 54 pretendió desarrollar el concepto de familia al que se refiere la Carta (entendida como la unión entre personas de distintos sexos), sin que haya lugar a decir que por ello se está coartando la posibilidad que tienen las personas para asociarse libremente, solo que la ley se reserva la facultad de reglamentar cada una de estas formas de asociación.

Finalmente, la entidad establece que no ha habido un cambio en el bloque de constitucionalidad que justifique que, a pesar de la existencia de cosa juzgada, se examine nuevamente el precepto demandado, pues éste fue expedido con sujeción a los lineamientos de la Carta, especialmente al artículo 42 y la normatividad internacional. Así pues, con fundamento en las razones expuestas anteriormente, el Ministerio solicita que esta Corporación declare la exequibilidad de los artículos acusados.

#### 16. Academia Colombiana de Jurisprudencia

En el escrito presentado por la Academia se defendió la constitucionalidad de las normas demandadas a partir del análisis de cada uno de los cargos presentados por los actores. La intervención señala que, en primer lugar, se presenta el fenómeno de la cosa juzgada constitucional por haberse pronunciado la Corte respecto a las mismas normas en la Sentencia C-098 de 1996. Al respecto sostiene que no es un caso de cosa juzgada relativa por cuanto las circunstancias que explicaron el fallo del año 1996 no han variado, de modo que no podría el juez apartarse del precedente basado en “ (...) razones puramente subjetivas, literarias, ideológicas o religiosas, porque entonces no estaría respetando el imperio de la ley”<sup>24</sup>

La entidad interviniente pasa a refutar los perjuicios que, según los accionantes, se ocasionan a las personas homosexuales a partir de la Ley 54 de 1990. En este sentido sostiene que, en materia penal, la normatividad dispone las medidas para que las autoridades atiendan los hechos de violencia independientemente de la condición sexual del afectado, y la Corte no puede usurpar la función del legislador para agravar las penas, o, por

otro lado, para modificar los beneficiarios de la obligación alimentaria contenida en la legislación civil. Ahora, en materia laboral, indica que el precepto acusado no vulnera los derechos de los homosexuales, pues, como cualquier persona, tienen derecho a acceder al régimen de seguridad social en salud y en pensiones a través de aportes personales o de los mecanismos de subsidio.

Para terminar, considera que la real intención de los demandantes es darle a la unión de personas del mismo sexo la misma connotación y efectos del matrimonio, lo cual no puede ser definido por la vía jurisprudencial, pues esta institución, al igual que la de la familia, solamente pueden ser entendida en nuestro derecho como la conformada por un hombre y una mujer.

17. El ex-Magistrado de la Corte Constitucional, Eduardo Cifuentes Muñoz, intervino en el presente proceso para coadyuvar la demanda y señaló que, sin perjuicio de que la Sentencia C-098 de 1996, en la que fue ponente, se había decidido sobre la exequibilidad de los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990, en esa oportunidad se consideró la posibilidad de un nuevo examen de constitucionalidad en el evento en que se evidenciara que la aplicación de la norma causara un perjuicio a las personas homosexuales, lo que, a juicio del interviniente, demostraron los accionantes al hacer referencia a aspectos económicos, penales, civiles, laborales y de carácter social, en los que la comunidad homosexual se veía discriminada.

En este orden de ideas, manifiesta que cuando en la Sentencia C-098 se declaró la exequibilidad de los artículos de la Ley 54 se hizo bajo el supuesto de que la ley había sido expedida para proteger a la mujer, por tanto no era una acción discriminatoria hacia otras personas, sin embargo, en cumplimiento de las convenciones internacionales y del *ius cogens* en donde predomina el principio de la no discriminación por razón de la orientación sexual, el Estado colombiano está en la obligación de adoptar "(...) medidas positivas tendientes erradicar la discriminación contra la población homosexual"<sup>25</sup>

Por último, considera que le corresponde a la Corte Constitucional corregir la omisión del legislador de crear un régimen patrimonial para compañeros homosexuales, toda vez que en reiteradas oportunidades se ha presentado ante el Congreso propuestas legislativas pero éste se ha negado a reconocer los derechos fundamentales de este grupo tradicionalmente

discriminado.

## 18. Comisión Colombiana de Juristas

Aunque la Comisión comparte los argumentos de la demanda, solicita que la norma sea declarada exequible pero condicionada a que también se entienda como unión marital aquella conformada por dos personas del mismo sexo. Lo anterior con fundamento en que en la expedición de la Ley 54 de 1990 hubo una omisión legislativa relativa, pues se definió la unión marital de hecho como la conformada entre un hombre y una mujer, excluyendo de esta previsión legal a quienes son homosexuales y constituyen una forma similar de asociación que la que surge entre personas heterosexuales, lo cual, en definitiva, provoca una discriminación injustificada.

En este sentido, le corresponde a la Corte Constitucional darle aplicación a los principios a la igualdad y la no discriminación consagrados en la Carta Política y en los diferentes pronunciamientos de la Corte Internacional de Derechos Humanos, de tal manera que se eliminen todos obstáculos que impidan a las personas realizar libremente su personalidad. Lo anterior se traduce, en el caso que es materia de estudio, en que se reconozca el derecho que tienen los homosexuales para realizar un proyecto de vida que esté amparado con los beneficios que la ley si le otorga a las parejas del mismo sexo.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Con el fin de examinar la exequibilidad de las expresiones demandadas, las cuales resultan ininteligibles si se analizan separadamente, el señor Procurador General de la Nación, de manera previa, le solicita a la Corte que al momento de fallar la presente causa se conforme una proposición jurídica completa, de manera que el estudio de constitucionalidad se aborde frente al contenido integral del artículo 1º y del literal a) del artículo 2º de la Ley 54 de 1900.

1. Para el Ministerio Público, la demanda plantea la necesidad de resolver los siguientes problemas jurídicos:

a. Si resulta contrario a los principios constitucionales, a la dignidad humana, al derecho a la libre asociación y a los instrumentos internacionales ratificados por Colombia en materia

de derechos humanos, que el reconocimiento jurídico y la protección que se dispensa en los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 a las parejas heterosexuales, se restrinja a las mismas;

2. Sostiene el Ministerio Público que, no obstante que los artículos objeto de examen ya habían sido sometidos al control constitucional en el proceso que concluyó con la Sentencia C-098 de 1996 y que, en principio, la Corte debe ceñirse por sus decisiones previas, ha sido de desarrollo jurisprudencial el concepto de “derecho viviente”, según el cual el control de constitucionalidad está llamado a cumplirse sobre el texto de la norma demandada que se encuentra produciendo efectos jurídicos y que es oponible a los destinatarios de la ley, y no sobre aquellos contenidos que carecen de eficacia y que son intrascendentes en el mundo del derecho.

El Ministerio Público señala que en el presente caso no se evidencia la presencia de una cosa juzgada formal absoluta, toda vez que los cargos formulados son distintos de los examinados en la anterior oportunidad, y tampoco se puede hablar de cosa juzgada material respecto al literal a) el artículo 2 de la Ley 54 de 1990, pues si bien fue reproducido por la Ley 979 de 2005, los accionantes expusieron motivos diferentes para solicitar la inexecuibilidad.

Por tanto, considera que el fenómeno que se presenta, respecto el fallo proferido en 1996, es el de la cosa juzgada relativa implícita, en la medida en que la Corte se refirió, en aquella ocasión, exclusivamente sobre los artículos constitucionales puestos a consideración en la demanda, de modo que aquí se hace necesario un nuevo pronunciamiento por las razones que se pasan a analizar y que no habían sido objeto de análisis. En consecuencia, el señor Procurador General manifiesta que es procedente el examen de constitucionalidad propuesto, más cuando la misma Corte, en la Sentencia C-098 de 1996, en la parte motiva, condicionó el fallo a que con posterioridad se demostrara que la norma produjese un impacto negativo sobre la comunidad homosexual, requisito que fue satisfecho en la demanda instaurada.

3. El Ministerio Público expresa a continuación que el estudio de las normas demandadas debe realizarse frente al ordenamiento jurídico constitucional y a las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad en relación con los derechos humanos, aspecto que comprende los tratados que versan sobre derechos humanos y dentro del cual es relevante y

ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos encargados de definir el alcance de los derechos y vigilar su observancia por parte de los Estados. Añade que resulta importante que la Corte Constitucional se pronuncie sobre el carácter vinculante que pueden tener algunas declaraciones, recomendaciones y principios de estos organismos.

En criterio del Ministerio Público, “las recomendaciones de los organismos internacionales de monitoreo de los tratados internacionales, obligan a las autoridades nacionales a partir del concepto de bloque de constitucionalidad, en la medida en que con ellas se concreta la interpretación que de los derechos hacen las autoridades internacionales en la materia, recomendaciones que son un llamado de atención para que sean revisadas las políticas o actuaciones estatales que ponen en riesgo o vulneran derechos fundamentales.”

4. Después de hacer un recuento sobre las características, la finalidad y la naturaleza de la institución de la unión marital de hecho, el Ministerio Público procede al análisis sobre la constitucionalidad de los artículos 1º y 2º literal a) de la Ley 54 de 1990.

5. Para la vista fiscal, al tenor del artículo 13 de la Constitución Política, y con observancia de los tratados y pronunciamientos jurisprudenciales de carácter internacional, es posible concluir que están proscritas todas aquellas conductas que resulten discriminatorias con motivo de la orientación sexual de las personas. Sin embargo, después de una exposición sobre el fundamento de la dignidad humana y sobre la necesidad de que se garantice la libre elección de las opciones vitales, entre las cuales se cuenta la de la alternativa sexual, que forma parte del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, concluye que, en el caso objeto de estudio, no se encuentra que las normas acusadas desconozcan los derechos de dignidad humana y de libre asociación, ni tampoco que se vea afectado el mínimo vital de las parejas homosexuales, toda vez que, si bien la Ley 54 de 1990 tiene aplicación restrictiva respecto las personas heterosexuales, esta circunstancia responde a la finalidad que la misma buscaba: La protección de la familia natural que compone el núcleo fundamental de la sociedad.

Así las cosas, el señor Procurador sostiene que la Corte Constitucional ha protegido la autodeterminación sexual para que cada individuo pueda elegir las inclinaciones que desee y así se desarrolle libremente como persona, pero “(...) no por ello el legislador está obligado a

efectuar una misma regulación para supuestos de hecho diferentes, como son los de la pareja homosexual y la pareja heterosexual”<sup>26</sup> (Subrayas del texto original). Es decir que, en la medida en que la relación heterosexual goza de características diferenciadas, entre ellas la conformación de familia, se presenta como un fenómeno distinto de la unión homosexual, que debe tener un tratamiento propio, especial y diferenciado, sin que por ello se transgreda el ordenamiento constitucional.

6. El Procurador General estima que los impactos negativos que han sufrido las parejas homosexuales no son producto del contenido del articulado acusado, sino de la falta de una regulación específica respecto a la libre opción sexual y las relaciones entre personas del mismo sexo.

Para el señor Procurador, el problema evidenciado por los demandantes, “... es la resultante de que el aplicador de la ley ha tomado como referente para la interpretación y la aplicación de algunas normas del ordenamiento las disposiciones acusadas de la Ley 54 de 1990, siendo lo correcto tomar como referente los principios constitucionales, los derechos fundamentales que desarrollan y concretan los valores superiores que enmarcan los límites del ordenamiento, los tratados internacionales ratificados por Colombia y las recomendaciones de los organismos internacionales de monitoreo de los mismos.” (Negrilla en el original)

En este contexto, para el Ministerio Público, por un lado, se impone tramitar una ley, que supere los ancestrales recelos hacia las personas homosexuales y que haga eco de la evolución de la conciencia social y de los desarrollos presentes en la normatividad y en los pronunciamientos de diversas organizaciones internacionales y varios estados occidentales. Por otro, teniendo en cuenta que la orientación sexual constituye per se un estatus protegido en contra de la discriminación es preciso que se adelanten acciones para que la igualdad sea real y efectiva.

De esta manera, concluye el señor Procurador, que si bien cabría hacer un exhorto al Congreso de la República para que expidiera una ley que eliminara las injusticias y discriminaciones existentes en relación con los derechos reconocidos constitucionalmente a las personas y parejas homosexuales, como quiera que en la fecha cursa en el Congreso un proyecto de ley referente a la protección social de las parejas del mismo sexo, lo que

corresponde es “... solicitar a la Corte Constitucional que: mientras se dicten las leyes que remedien las discriminaciones a que se encuentran sometidas las personas y parejas homosexuales, y con el fin de garantizar y restaurar los derechos constitucionales que les han sido conculcados, se declare la exequibilidad de los artículos 1º y 2º literal a) de la Ley 54 de 1990, modificado por la Ley 979 de 2005, acusadas, pero bajo la condición que no podrán aplicarse como referentes para limitar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución a las personas homosexuales y a las parejas del mismo sexo.”<sup>27</sup> (Negrilla del texto original)

## VI. 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

2.1. El ciudadano Aurelio Ignacio Cadavid López, manifestando obrar en calidad de miembro del Consejo Nacional de Laicos de Colombia, presentó incidente de nulidad procesal y “... solicitud de Fallo inhibitorio por falta de requisitos e ineptitud de la demanda para fallo de Fondo”.

2.2. De acuerdo con lo previsto en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, “... [s]ólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el Pleno de la Corte anule el Proceso”.

A partir de esa disposición, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que la nulidad de los procesos constitucionales tiene un carácter excepcional y que sólo actuaciones que de manera ostensible y probada afecten el debido proceso constitucional y que, además, sean significativas y trascendentales, podrán servir de base para que la Sala Plena de la Corte anule el proceso. Sobre el particular la Corte ha expresado:

“Estas situaciones son especialísimas y excepcionales, y sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera

indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del derecho al debido proceso. Pero ello no es suficiente, la vulneración alegada tiene que ser significativa y trascendental respecto de la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, de lo contrario la petición de nulidad está llamada a fracasar.”<sup>28</sup>

2.3. En un primer aparte de su solicitud el peticionario, citando como soporte apartes del comunicado con el que se dio a conocer la decisión contenida en la Sentencia C-1043 de 2006, solicita que se profiera un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda. Anexa como pruebas algunas consideraciones de derecho comparado en relación con las uniones homosexuales.

Encuentra la Sala que, como quiera que este aparte de la solicitud no se orienta a mostrar la existencia de una infracción de las normas que gobiernan el debido proceso constitucional, sino a plantear un asunto susceptible de ser examinado por la Corte al momento de dictar la Sentencia, el mismo resulta extemporáneo y desborda el cometido propio de los incidentes de nulidad por violación del debido proceso.

2.4. Por otra parte el peticionario solicita a la Corte que se declare la nulidad de todo lo actuado en el presente caso debido a falta en los presupuestos procesales, originada en la indebida integración de la proposición jurídica. Para el solicitante la demanda resulta nula e inepta, porque la proposición jurídica no está completa debido a que se omitió demandar la Ley 979 de 2005, que versa sobre las materias que son objeto de la controversia constitucional planteada, circunstancia que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991, debió haberse verificado en el momento de la admisión de la demanda y que implica que la Corte Constitucional carece de competencia para hacer un pronunciamiento de fondo.

Sobre el particular observa la Corte que si bien, de conformidad con el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991, el magistrado sustanciador no admitirá las demandas que no cumplan alguno de los requisitos previstos en el artículo segundo del mismo decreto, ni aquellas respecto de las que considere que no incluyen las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en si mismo no sea inocuo, no es menos cierto que, de la misma norma, y así lo ha

puntualizado la jurisprudencia de esta Corporación, se desprende que, (i) no obstante que se haya decidido admitir la demanda, es posible que la Corte, en el momento de proferir sentencia, encuentre que respecto de todas, o de algunas de las disposiciones demandadas existe ineptitud sustantiva de la demanda -entre otras razones, porque en lo demandado no exista proposición jurídica completa- y que, por consiguiente, lo que procede en relación con tales disposiciones es un fallo inhibitorio, y que, (ii) la Corte puede integrar la unidad normativa, para cobijar con su pronunciamiento disposiciones que no han sido demandadas pero que constituyen una unidad necesaria con aquellas que si lo han sido, bien sea porque la disposición demandada no tiene un contenido jurídico autónomo, de forma tal que resulte absolutamente imposible comprenderla y aplicarla sin acudir al texto de la norma no demandada, o porque el contenido normativo demandado se encuentra reproducido en otras disposiciones que no fueron objeto de la demanda, o porque la disposición cuestionada está inserta en un sistema normativo que, a primera vista, genera serias dudas de constitucionalidad.<sup>29</sup>

La posibilidad de deferir la decisión de los anteriores asuntos a la sentencia obedece a la consideración de que, en ocasiones, el estudio de los mismos desborda el ámbito del simple estudio preliminar de admisibilidad de la demanda, de modo que se hace necesario que la decisión se adopte por la Sala Plena y no por el magistrado sustanciador.

De este modo, si bien, como medida de preservación procesal, el magistrado sustanciador puede inadmitir la demanda cuando estime que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en si mismo no sea inocuo, o, en general, cuando, considere que la demanda no cumple alguno de los requisitos previstos en el artículo segundo del Decreto 2067 de 1991, el que no lo haga así no comporta una violación del debido proceso que pueda dar lugar a una solicitud de nulidad, y la materia puede ser objeto de pronunciamiento por la Corte en la Sentencia.

2.5. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte despacha como improcedente la solicitud de nulidad de todo lo actuado presentada por el ciudadano Aurelio Ignacio Cadavid López.

2.2. Otras consideraciones previas

En el presente caso los propios demandantes han puesto de presente la posibilidad de que se

considere que en relación con las disposiciones acusadas ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, como quiera que en la Sentencia C-098 de 1996 se declaró la exequibilidad de los siguientes apartes del artículo 1º de la Ley 54 de 1990: “ 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”, así como la del literal a) del artículo segundo de la Ley 54 de 1990.

De esta manera, para que la Corte pueda entrar al análisis del fondo del asunto planteado por los demandantes es necesario que previamente se decida sobre la existencia o no de cosa juzgada en relación con las disposiciones demandadas. Tal análisis, sin embargo, presupone que se haya establecido el alcance de la solicitud de inconstitucionalidad y la existencia de una demanda en forma que posibilite un pronunciamiento de fondo.

2.2.1. Ineptitud parcial de la demanda. No se demandan las disposiciones normativas que contienen los aspectos lesivos del ordenamiento superior que se señalan en la demanda.

2.2.1.1. Ha sido señalado de manera reiterada por esta Corporación, que para que sea posible adelantar un juicio sobre la constitucionalidad de una norma es preciso que el demandante señale con claridad “... las razones que sustentan la inexecuibilidad del precepto impugnado, razones que, además, deben guardar correspondencia lógica con el texto acusado, de tal modo que le sean atribuibles directamente a éste”<sup>30</sup>.

Sobre este particular, la Corte expresó:

“Cuando el ciudadano pone en movimiento el control constitucional por la vía de la acción, se le impone la carga procesal de señalar las normas constitucionales violadas y también el concepto de su violación. Esto último comporta la obligación de determinar con toda claridad de qué modo las normas acusadas contradicen o vulneran los preceptos de la Constitución, con el fin de destruir la presunción de constitucionalidad, sin perjuicio de que la Corte pueda extender el análisis de constitucionalidad frente a normas no invocadas expresamente en la demanda. Pero lo que no puede ser admitido es que bajo una interpretación que haga el demandante del contexto de un cuerpo normativo se puedan deducir, por vía indirecta,

presuntas violaciones de la Constitución, por la manera en que el legislador reguló una determinada materia.”<sup>31</sup>

Ha dicho la Corte que, a la hora de adelantar el respectivo juicio de constitucionalidad, es preciso verificar que la presunta violación a la Carta provenga directamente y en abstracto de la norma acusada, y no de fuentes diferentes a ésta, así sean accesorias o complementarias. Admitir lo contrario, puntualizó la Corte “... conduciría al absurdo de pensar que la permanencia de un precepto legal en el ordenamiento jurídico no depende del reproche que se endilgue a su propio texto, sino de la legitimidad de otros mandatos de igual o inferior categoría, e incluso de la voluntad de las autoridades a quienes les compete reglamentar y aplicar la ley.”<sup>32</sup>

En este contexto, la Corte ha dicho que no cabe proferir sentencia de fondo en aquellas demandas que “... se fundamentan en supuestos jurídicos regulados por una normatividad diferente a la impugnada.”<sup>33</sup>

2.2.1.2. Al considerar la presente demanda de inconstitucionalidad a la luz de los anteriores planteamientos se tiene que en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 se establece qué debe entenderse, “para todos los efectos civiles”, por “unión marital de hecho” y por las expresiones “compañera o compañero permanente”. Sin embargo, para determinar cuales son los efectos civiles a los que alude la norma acusada es preciso acudir a otras disposiciones del ordenamiento jurídico. De lo anterior se desprende que, en las hipótesis planteadas en la demanda, la eventual violación de la Constitución no puede establecerse a partir de la consideración aislada de las definiciones contenidas en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, sino que al análisis deben vincularse, necesariamente, las normas que, a partir de esas definiciones, establecen los efectos que se estiman lesivos del ordenamiento superior, tal como en la demanda acontece con el literal a) del artículo 2º de la Ley 54 de 1990.

De esta manera, para que exista demanda en forma, es preciso que la acusación se dirija, en cada caso, contra el conjunto normativo integrado por la disposición que define la unión marital de hecho y las expresiones compañero o compañera permanente y aquellas que le fijan efectos concretos que puedan resultar contrarios a la Constitución. Así, por ejemplo, la eventual inconstitucionalidad a la que se refieren los demandantes no estaría en la norma que define la unión marital de hecho, sino en la consideración conjunta de dicha norma con

la que establece que serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes el compañero o compañera permanente del causante<sup>34</sup>, o con aquella conforme a la cual el patrimonio de familia puede constituirse a favor de una familia compuesta por un hombre y una mujer mediante matrimonio o por unión marital de hecho<sup>35</sup>. Es claro que no cabe un pronunciamiento en abstracto sobre la constitucionalidad de la definición contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 y que las consideraciones de constitucionalidad y la conclusión a la que se llegue en cada caso pueden ser distintas según el ámbito regulatorio en el que tal definición se aplique.<sup>36</sup>

De este modo, como quiera que, tal como se ha señalado por la jurisprudencia, las diferencias que existen entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales hacen que no siempre resulte imperativo aplicar el mismo régimen a unas y a otras, en cada caso concreto sería necesario analizar si la diferencia en el tratamiento jurídico tiene una explicación razonable y suficiente en las aludidas diferencias en los presupuestos fácticos.

En este contexto es preciso tener en cuenta esta Corporación ha señalado que su atribución para integrar la unidad normativa, vinculando al proceso de inconstitucionalidad preceptos que no han sido materia de acusación, tiene un carácter excepcional y que para su ejercicio es indispensable la existencia de una demanda en forma, esto es, que la misma cumpla con los requisitos formales y sustanciales de procedibilidad de la acción pública de inconstitucionalidad, tal y como éstos han sido consagrados en la ley (Art. 2º del Decreto 2067 de 1991) y precisados por la jurisprudencia constitucional. Y ello es así porque la unidad normativa "... sólo procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano."<sup>37</sup>

De este modo se tiene que, si bien es cierto que en la demanda se hace referencia a los efectos negativos que la limitación de la definición de la unión marital de hecho y de las expresiones compañera o compañero permanente puede tener sobre las parejas homosexuales, las normas en las que tales efectos se concretan -salvo la contenida en el artículo 2º de la Ley 54 de 1990, que será objeto de consideración en el apartado siguiente de esta sentencia- no fueron objeto de la demanda, ni en relación con ellas se formularon específicos cargos de inconstitucionalidad, razón por la cual no puede la Corte hacer la unidad normativa con el diverso conjunto de normas no demandadas y de las que se

desprenden los efectos que los demandantes consideran lesivos de la Constitución.

Así, aunque se solicita separadamente la declaratoria de inexecutable de las expresiones hombre y mujer contenidas en los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990, no cabe un pronunciamiento aislado sobre el artículo 1º y encuentra la Corte que solamente hay demanda en forma en relación con la proposición jurídica conformada por el artículo 1º y el literal a) del artículo 2º de la Ley 54 de 1990, en la medida en que los cargos presentados se orientan a mostrar que, en criterio de los demandantes, el hecho de que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1º y en el literal a) del artículo 2º de la Ley 54 de 1990, la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes sólo se predica de las uniones maritales formadas entre un hombre y una mujer, y no se aplica a las parejas homosexuales, comporta un trato discriminatorio para estas últimas, que afecta su dignidad como personas y resulta lesivo de su derecho de asociación.

2.2.1.3. Por otra parte, tal como se señala por el Ministerio Público, en este contexto, las expresiones demandadas resultan ininteligibles si se analizan aisladamente, razón por la cual el examen que haga la Corte habrá de recaer sobre la totalidad del artículo 1º y el literal a) del artículo 2º de la Ley 54 de 1990, considerados en su conjunto.

Adicionalmente, se tiene que, dado que los demandantes han formulado específicos cargos de inconstitucionalidad contra las normas que establecen la sociedad patrimonial entre compañeros y teniendo en cuenta que el entendimiento de tales normas no puede hacerse sin una remisión a las restantes disposiciones de la ley que completan el régimen, entiende la Corte que están dados, en esta materia, los presupuestos jurisprudenciales para predicar la unidad normativa. En efecto, tal como se ha expresado, existe una demanda en forma contra la proposición integrada por el artículo 1º y el literal a) del artículo 2º de la Ley 54 de 1990, y estima la Corte que la evaluación de los cargos de inconstitucionalidad propuestos hace indispensable que el estudio se realice en relación con el conjunto total de las normas que contienen el régimen al que tales cargos aluden. En consecuencia el análisis de constitucionalidad se hará en relación con la totalidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, pues ese es el conjunto normativo que, de acuerdo con la demanda, debido a que se predica exclusivamente de las parejas heterosexuales, resulta contrario a la Constitución.

2.2.1.4. Precisado de esta manera el contenido de la demanda de inconstitucionalidad, entra la Corte a determinar si sobre la materia ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

#### 1. Análisis de cosa juzgada constitucional

Como se ha señalado, en el presente caso, desde la propia demanda se advierte la necesidad de hacer un análisis previo de cosa juzgada constitucional debido a que las disposiciones acusadas fueron objeto de pronunciamiento por la Corte en la Sentencia C-098 de 1996, oportunidad en la cual se resolvió, 1) declarar la exequibilidad de los siguientes apartes del artículo 1º de la Ley 54 de 1990: “ 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, 2) “Declarar EXEQUIBLE, el literal a) del artículo segundo de la Ley 54 de 1990.”

2.2.1. En la Sentencia C-098 de 1996 la Corte concluyó que no era inconstitucional que se diera un tratamiento distinto a las parejas conformadas por un hombre y una mujer y a las uniones homosexuales, en razón de las diferencias entre una y otra. Agregó la Corporación que correspondía al legislador adoptar las medidas necesarias para superar la discriminación que la ausencia de protección patrimonial podría implicar para las parejas homosexuales.

En esa oportunidad la Corte formuló el siguiente interrogante:

“En este orden de ideas, se pregunta la Corte si la referida omisión legislativa es inconstitucional. En otras palabras, ¿el legislador al regular en términos de equidad y de justicia las relaciones patrimoniales entre concubinos heterosexuales, ha debido cobijar también a las parejas homosexuales, teniendo presente que respecto de éstas puede eventualmente predicarse una comunidad de vida permanente la cual igualmente se apoya en el trabajo, ayuda y socorro mutuos y que, de otra parte, se trata de un grupo humano socialmente estigmatizado y carente de protección legal?”

Todo parecería indicar que el problema que entonces se planteó la Corte resulta ser el mismo que da lugar a la presente demanda de inconstitucionalidad, razón por la cual la consecuencia necesaria sería la de declarar la existencia de cosa juzgada constitucional sobre la materia.

2.2.2. En el presente proceso se ha expresado que dada la identidad de contenidos normativos entre las disposiciones ahora demandadas y las que fueron objeto de pronunciamiento en la Sentencia C-098 de 1996, en principio podría concluirse que habría lugar a la declaratoria de cosa juzgada formal en relación con el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 y de cosa juzgada material en relación con el literal a) del artículo 2º de la misma ley, dado que su contenido se reprodujo en la Ley 979 de 2005, por medio de la cual se modificó parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecieron unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes. Y la cosa juzgada sería absoluta en ambos casos, debido a que la Corte emitió un fallo de exequibilidad pura y simple y no limitó el alcance de su pronunciamiento.

Se argumenta, sin embargo, que no obstante lo anterior, en el presente caso se está ante lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado una cosa juzgada relativa implícita, debido, fundamentalmente a dos tipos de consideraciones. Por un lado se señala que la Corte en la Sentencia C-098 de 1996 se refirió exclusivamente a la supuesta violación de los artículos constitucionales señalados en la demanda (Artículo 1, principio de pluralismo; Artículo 13, Principio de igualdad real y efectiva; Artículo 16, Libre desarrollo de la personalidad; Artículo 18, Libertad de conciencia, y artículo 21, derecho a la honra) y que ahora se solicita a la Corte Constitucional el re-examen de las normas acusadas a la luz de nuevos cargos, frente a los cuales no hubo pronunciamiento en la referida sentencia. Por otro lado, se expresa que la Corte, en la Sentencia C-098 de 1996, dejó abierta la posibilidad de un nuevo examen de constitucionalidad, si se establecía que de las normas acusadas se desprendía un privilegio ilegítimo, o se advirtiese en ellas un propósito de lesionar a los homosexuales o se llegase a la conclusión que de su aplicación pudiera esperarse un impacto negativo en contra de éstos.

2.2.3. Lo primero que debe observar la Corte a este respecto es que no resulta de recibo afirmar como se hace en la demanda, en algunas de las intervenciones de coadyuvancia y en el concepto del ministerio público, que dado que en la Sentencia C-098 de

1996 no se hizo la confrontación de las disposiciones acusadas con todas las normas de la Constitución y con las que hacen parte del bloque de constitucionalidad y en la medida en que ahora se presentan cargos en relación con normas que no fueron tenidas en cuenta entonces, como las que tienen que ver con el respeto a la dignidad de la persona humana o al derecho de asociación, se está en presencia de una cosa juzgada relativa implícita y sería posible un nuevo pronunciamiento. Como se ha dicho la cosa juzgada relativa implícita se presenta cuando la Corte “.. restringe en la parte motiva el alcance de la cosa juzgada, aunque en la parte resolutoria no se indique dicha limitación.” Y no se requiere que la Corte confronte las normas demandadas con todas y cada una de las normas superiores para que se entienda que, salvo manifestación en contrario, su pronunciamiento tiene el alcance de cosa juzgada absoluta. De este modo, para desvirtuar la existencia de cosa juzgada, no es suficiente, en el presente caso, con señalar que la Corte, en la Sentencia C-098 de 1996 no hizo explícito que su decisión fuese el resultado de un análisis integral de la Constitución, ni con argumentar que ahora se presentan nuevos cargos, no considerados por la Corte entonces.

2.2.4. No obstante lo anterior, estima la Corporación que cabe hacer una aproximación distinta al análisis de cosa juzgada en relación con las disposiciones acusadas, con base en la circunstancia de que, tal como se ha delimitado por la Corte en el apartado precedente de esta providencia, el problema de constitucionalidad que plantea la demanda debe entenderse dirigido a controvertir el hecho de que el régimen patrimonial previsto para regular la situación de quienes han decidido conformar una comunidad de vida permanente y singular se aplique exclusivamente a las parejas heterosexuales y no ocurra lo propio con las parejas homosexuales. No obstante que sobre esa materia ya se había pronunciado la Corte en la Sentencia C-098 de 1996, no es menos cierto que el régimen cuya constitucionalidad se pone nuevamente en entredicho fue modificado por la Ley 979 de 2005.

En este contexto se tiene que la Corte, en la Sentencia C-098 de 1996, limitó el ámbito de su pronunciamiento a partir de lo que consideró un “[a]lcançe circunscrito de una medida legal de protección en el ámbito familiar.” En efecto, en esa oportunidad la Corte consideró que las normas demandadas –el artículo 1º y el literal a) del artículo 2º de la Ley 54 de 1990– se inscribían en el ámbito finalístico de la ley de la que hacen parte y, por consiguiente, debían entenderse como orientadas hacia la protección de “.. la ‘familia natural’, fuente de los hijos ‘naturales’ o ‘extramatrimoniales’.”

Sin embargo, como se ha expresado, el régimen de la Ley 54 de 1990 fue modificado por la Ley 979 de 2005, la cual, si bien se mantuvo la dimensión protectora de la mujer y de la familia que se encontraba en el origen de la Ley 54 de 1990, incorporó ingredientes nuevos de enorme significación, en cuanto que en ella, si bien a través de instrumentos que, en principio, tienen alcance meramente probatorio, se permite que las parejas, cumplidos ciertos supuestos, accedan de manera voluntaria a un régimen de regulación de sus relaciones patrimoniales.

De este modo el conjunto normativo sobre el que hoy se propone el ejercicio del control de constitucionalidad es formal y materialmente distinto de aquel que fue objeto de consideración por la Corte en el año de 1996, y no ha operado en relación con el mismo el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

Adicionalmente se tiene que la Corte, en la Sentencia C-098 de 1996, no sólo restringió expresamente el ámbito de su pronunciamiento, para limitarlo a la dimensión protectora de la mujer y de la familia presente en las disposiciones entonces demandadas, sino que dejó abierta la posibilidad de un nuevo examen de constitucionalidad, cuando quiera que fuere posible advertir que de la aplicación del régimen legal, entre otras hipótesis, se deriva un impacto negativo para los homosexuales<sup>38</sup>. Tal es, precisamente, lo que, en distintos frentes, trata de establecer la demanda en la presente ocasión y que, en el aspecto en el que se ha considerado apta para provocar un pronunciamiento de fondo, se concreta en la manifestación de que la ausencia de reconocimiento de un régimen patrimonial para las uniones homosexuales, implica dejarlas en situación de desprotección frente a normas imperativas del derecho civil y comporta un trato discriminatorio frente a las parejas heterosexuales, cuya situación patrimonial si ha sido objeto de regulación.

Con base en las anteriores consideraciones concluye la Corte que en relación con la materia objeto del presente debate de constitucionalidad no existe cosa juzgada constitucional.

### 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:

“2.2 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>39</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>40</sup>

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>41</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>42</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 resulta 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>43</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>44</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>45</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>46</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>47</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.48

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 200449 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>50</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>51</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>52</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>53</sup>

En la jurisprudencia constitucional<sup>54</sup> la dignidad humana se ha tratado como expresión de la

autonomía individual<sup>55</sup>, como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia<sup>56</sup>, o como expresión de la intangibilidad de la integridad física y moral<sup>57</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 intimidad 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>58</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>59</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>60</sup> según el propio destino<sup>61</sup> o la idea particular de perfección<sup>62</sup>, con el fin de darle sentido a la propia existencia<sup>63</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>64</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>65</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>66</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>67</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>68</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>69</sup>

De manera general, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la dignidad humana, como principio fundante 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>70</sup>

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>71</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 jurídico 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>72</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 de 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 parejas 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 las 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.

## VII. 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 CORDOBA TRIVIÑO

Presidente

CON ACLARACION DE VOTO

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado CON SALVAMENTO DE VOTO

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado CON ACLARACION DE VOTO

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-075 DEL 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

AUDIENCIA PUBLICA EN PROCESO DE CONSTITUCIONALIDAD-Procedencia (Salvamento de voto)

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-Debate y votación en público (Salvamento de voto)

PAREJAS HOMOSEXUALES-Derecho de alimentos (Salvamento de voto)

PAREJAS HOMOSEXUALES-Afectación a vivienda familiar (Salvamento de voto)

PAREJAS HOMOSEXUALES-Violencia intrafamiliar (Salvamento de voto)

PAREJAS HOMOSEXUALES-Principio de no autoincriminación (Salvamento de voto)

PAREJAS HOMOSEXUALES-Régimen de seguridad social (Salvamento de voto)

PAREJAS HOMOSEXUALES-Contrato y adquisición de seguros (Salvamento de voto)

JUEZ CONSTITUCIONAL-Facultades (Salvamento de voto)

PAREJAS HOMOSEXUALES Y UNION MARITAL DE HECHO-Efectos civiles (Salvamento de voto)

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 1º de la Ley 54 de 1990 se refiere a TODOS los efectos “civiles”, que como se señaló, no son únicamente los patrimoniales.

MATRIMONIO Y UNION MARITAL DE HECHO-Igualdad de derechos y obligaciones (Salvamento de voto)

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 este 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. 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.

FAMILIA-Concepto (Salvamento de voto)

FAMILIA-Conformación por parejas homosexuales (Salvamento de voto)

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.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS-Pronunciamientos sobre prohibición de discriminación por orientación sexual (Salvamento de voto)

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:

Dr. 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

inenbargabilidad, 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 inenbargabilidad.

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 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 1º 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>73</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 entradas que conducen a la familia, y éste, en nuestro sistema jurídico, sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer; o sea que están excluidos los matrimonios entre personas de un mismo sexo; empero, el hecho de que este sea un camino hacia la familia, no implica que sea el único, ya que existen otros caminos.

La familia se puede constituir también por vínculos naturales o jurídicos, aunque no haya un hombre y una mujer en matrimonio; por ejemplo la mujer que va a un banco de espermas y se insemina artificialmente sin saber ni importarle siquiera quien generó el esperma y concibe uno o más hijos de esta manera; no hay duda que esta mujer y sus hijos constituyen una familia aunque no haya detrás de ella un matrimonio (esto es un evento de vínculo natural). El hombre que adopta uno o más niños, no hay duda que tiene una familia con ellos, aunque jamás contraiga matrimonio o conviva de hecho con alguna mujer (este sería un caso de vínculo jurídico).

La tercera vía para constituir familia, es la voluntad responsable de conformarla y esta vía a diferencia de la del matrimonio no exige como condición sine qua non que se trate de un hombre y una mujer; de tal manera que basta con la voluntad responsable de dos personas para integrarla, sean de distinto sexo o del mismo sexo.

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 preconceptos 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 retardatario 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.

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

De 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 Inés 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 fórmula de declarar inexecutable la expresión “civiles” contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990. Una segunda propuesta como consecuencia de la primera, fue la fórmula 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 ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS MARCO GERARDO MONROY CABRA, RODRIGO ESCOBAR GIL Y NILSON PINILLA PINILLA A LA SENTENCIA C-075/07

FAMILIA-Naturaleza heterosexual y monogámica (Aclaración de voto)

En diversas oportunidades la Corte ha estudiado el concepto de familia que emana de los dos primeros incisos del artículo 42 de la Constitución, y la naturaleza de las relaciones paterno y materno filiales que se derivan de dicho concepto. Y con fundamento en el estudio de los antecedentes históricos que llevaron a la adopción de dicha norma superior, reiteradamente ha sostenido que la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual.

Referencia: expediente D-6178

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

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Aunque compartamos plenamente la decisión adoptada en la presente Sentencia, así como

las consideraciones expuestas para sustentarla, estimamos necesario aclarar que solamente hemos apoyado el fallo, tras cerciorarnos de que el mismo no significa un cambio de la jurisprudencia de esta Corporación, relativa al carácter heterosexual de la familia que la Constitución Política protege.

En efecto, en diversas oportunidades la Corte ha estudiado el concepto de familia que emana de los dos primeros incisos del artículo 42 de la Constitución<sup>74</sup>, y la naturaleza de las relaciones paterno y materno filiales que se derivan de dicho concepto.<sup>75</sup> Y con fundamento en el estudio de los antecedentes históricos que llevaron a la adopción de dicha norma superior, reiteradamente ha sostenido que la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. De manera especial, en la Sentencia C-814 de 2001<sup>76</sup>, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 90 del Código del Menor -Decreto 2737 de 1989-, relativo a la adopción conjunta solamente por parte de los cónyuges unidos en matrimonio o por “la pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”, esta Corporación se refirió a las razones que llevaban a considerar que la Constitución solamente protegía esa clase de familia, es decir la monogámica y heterosexual:

Conviene recordar lo dicho en aquella oportunidad para declarar la constitucionalidad del artículo 90 del Código del Menor:

“Dicen los dos primeros incisos del artículo 42 de la Constitución Política:

“ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

“El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.”

La interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. A eso se refiere inequívocamente la expresión “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”

(Subrayado fuera del texto original)

Para corroborar la anterior conclusión, la Sentencia examinó el debate surtido en la Asamblea Nacional Constituyente que llevó a la consagración del artículo 42 constitucional. Del examen de lo dicho en el mencionado debate, la Corte concluyó lo siguiente:

“En la exposición de motivos de la ponencia para primer debate en plenaria, se explicó claramente el sentido de la norma de la siguiente manera:

“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 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 ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias.

“Siendo ello así, es apenas obvio determinar la protección del Estado y la sociedad para esa familia y fijar la inviolabilidad para su honra, dignidad e intimidad, así como sentar las bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes.

“Las familias unidas por vínculos naturales o jurídicos han sido reglamentadas durante toda nuestra vida civil.

“Interpretando una necesidad nacional debe reflejarse en la Constitución la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre “uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.”(Negrillas fuera del original.)<sup>77</sup>

Del aparte de la intervención que se acaba de transcribir, pueden sacarse las siguientes conclusiones:

El constituyente entendió la expresión “Se constituye por vínculos naturales o jurídicos” contenida en el canon 42 superior, de la siguiente manera: (i) los vínculos naturales que unen a las personas en la familia, son los de las personas unidas entre sí por “los diferentes grados de consanguinidad”. (Tal es la explicación que el mismo ponente otorga a la expresión

“vínculos naturales.) (ii) Los vínculos jurídicos son “los que se presentan entre esposos, afines o entre padres 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”. (Tal es la explicación que el mismo ponente otorga a la expresión “vínculos jurídicos.)

Nótese que el ponente incluye dentro de los vínculos jurídicos, el que surge por la unión libre entre “un hombre y una mujer”. Es decir, la voluntad responsable de constituir la familia por fuera del matrimonio se entendió referida a las uniones entre parejas heterosexuales. Y como la regulación legal del matrimonio entre nosotros siempre ha establecido que este es un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos<sup>78</sup>, forzoso es concluir que la familia que quiso proteger el constituyente fue, como antes se dijo, la heterosexual y monogámica, ya sea que se constituya a partir del matrimonio o a partir de la unión libre. Los artículos indeterminados un y una hacen alusión a la monogamia, y los sustantivos hombre y mujer, a la condición heterosexual de la pareja.” (Subrayado fuera del original)

La Sentencia que se viene comentando también hizo ver cómo en la Asamblea Nacional constituyente se descartaron otras definiciones de familia, que sugerían que ésta se podía conformar entre parejas homosexuales:

“Adicionalmente, los otros textos propuestos a estudio de la Asamblea Nacional Constituyente, que fueron desechados por ésta para acoger el que finalmente vino a ser el artículo 42 de la Constitución, muestran como el constituyente optó intencionalmente por aquel que mencionaba expresamente a un hombre y una mujer como fundadores de la familia, y descartó los que dejaban abierta la posibilidad de entender que otras formas de unión también serían objeto de la protección constitucional.

Así, la propuesta minoritaria de la Comisión Primera era de este tenor, que no fue acogido:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Está compuesta por personas unidas entre sí por vínculos naturales o jurídicos o por la voluntad responsable de constituirla. Un hombre y una mujer tienen derecho a unirse en matrimonio y a conformar y desarrollar libremente su familia.”<sup>79</sup>

Nótese como este texto reservaba el matrimonio a parejas heterosexuales, pero abría la

posibilidad de constituir familias a partir de uniones entre “personas” y no exclusivamente entre un hombre y una mujer.

Ahora bien, bajo el entendido de que el fallo respecto del cual estamos aclarando nuestro voto no significa el cambio de la anterior jurisprudencia, que ha sido posteriormente reiterada en varias ocasiones<sup>80</sup>, hemos apoyado la decisión mayoritaria.

Fecha ut supra,

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-075/07 DEL DR. JAIME CORDOBA TRIVIÑO

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Razón suficiente justifica trato desigual (Aclaración de voto)

Referencia: SENTENCIA C-075 de 2007

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito aclarar mi voto en relación con la sentencia de la referencia, en los siguientes términos.

Compartí con la mayoría de la Corte el sentido y decisión adoptada mediante la sentencia de la referencia en virtud de la cual se declaró la exequibilidad condicionada de la ley 54 de 1990, 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.

La decisión de la Corte resulta sin duda trascendental dado que por primera vez en nuestra jurisprudencia se reconoce para el derecho la existencia de una pareja homosexual - negada e invisible hasta entonces - y se la reconoce por cuanto se encuentra que viola la Carta Política un régimen legal de protección exclusivamente para parejas heterosexuales, de lo cual se deriva, en términos de la propia sentencia, que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho... 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.

Obsérvese cómo la Corte limita el tema decidendum al régimen de protección que se deriva de la sociedad patrimonial y no se ocupa de otros tópicos que probablemente se derivan de la expresión "efectos civiles" que utiliza la ley objeto del examen de constitucionalidad, tales como el matrimonio, la adopción o la custodia.

Pero ello resulta perfectamente explicable en razón a que la Corte al determinar el problema jurídico planteado por la demanda - que no cumplió con la carga de acusar también las normas que fijan unos efectos concretos en diversas áreas y que pueden resultar contrarios a la Constitución - precisó que lo que correspondía en este caso era 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 a la dignidad humana, al mínimo vital y a la libre asociación de los integrantes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

La sentencia con fundamentos que se comparten integralmente considera que(i)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; (ii)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... (iii)la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial prevista para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas; (iv) ...las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección -a los de las parejas

heterosexuales- y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado y (v) la pareja homosexual queda -en consecuencia- amparada por la presunción de sociedad patrimonial...

Debe entonces precisarse que la Corte ha dado un paso más en la dirección marcada por decisiones anteriores y en virtud de las cuales se ha resaltado que nuestro régimen constitucional proscribiera toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual. Pero también es igualmente cierto que la propia jurisprudencia ha señalado que corresponde al legislador adoptar medidas de protección diversas y graduales y que si eventualmente entrañan una diversidad de trato, ellas deben obedecer a un principio de razón suficiente.

De manera tal que este pronunciamiento y con ello mi voto, no avala ni censura desde la óptica constitucional esas futuras previsiones del legislador y cuyo examen debe hacerse en su oportunidad.

Fecha ut supra

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

- 1 Ver expediente, Folio No. 4.
- 2 Ver expediente, Folio No. 6.
- 3 Ver expediente, Folio 6.
- 4 Ver expediente, Folio 7.
- 5 Los demandantes citan la Sentencia C-228 de 2002
- 6 Los actores se remiten a la Sentencia T-881 de 2002
- 7 Ver expediente, Folio no. 16.
- 8 Citan la Sentencia C-1299 de 2005

9 Ver expediente, Folio No. 23.

10 Ver expediente, folio No. 24..

11 Los actores hacen mencionan un caso en el que el Tribunal Europeo había considerado que se habían violentado los derechos a la igualdad e intimidad de una persona a quien le habían quitado la custodia de su hija por ser homosexual y convivir con otro hombre.

12 En la demanda se mencionan diferentes pronunciamientos en los que la Corte, en un caso, otorgó beneficios inmigratorios a personas homosexuales que estaban conferidos únicamente a personas heterosexuales, en otra oportunidad, extendió los efectos del matrimonio a las parejas del mismo sexo y, por último el fallo en el que se declaró la inconstitucionalidad de una la ley que confería derechos solo a los cónyuges de los jueces.

13 Ver expediente, Folio 94

14 Ver expediente, Folio 111.

15 Los intervinientes presentan un acápite sobre “Tendencias recientes de las leyes contra la discriminación y sobre uniones de hecho”; otro sobre “Tratados de protección de igualdad de los derechos suscritos por Colombia”, en el cual incluyen referencias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de derechos Humanos, así como a pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana; y, otro relacionado con “Otros organismo internacionales y tribunales extranjeros” en el que se incluyen alusiones a legislación o pronunciamientos de instancias jurisdiccionales en el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Canadá; Estados Unidos; Sudáfrica; y América Latina .

16 Para ilustrar este punto remiten al sitio Same-sex marriage and partnership: country-by-country (Asociación Internacional de Lesbianas y Gays; Europa, Bruselas, Bélgica, consultado el 15 de junio de 2006 y 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_).

18 Ver expediente, Folio 181.

- 19 Se hace mención al caso Young v. Australia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
- 20 Ver expediente, Folio 190.
- 21 Ver expediente, Folio 221.
- 22 Ver expediente, Folio 255.
- 23 Ver expediente, Folio 268.
- 24 Ver expediente, Folio 293.
- 25 Ver expediente, Folio 312.
- 26 Ver expediente, Folio 355.
- 27 Ver expediente, Folio 361.
- 28 Auto 054 de 2004.
- 29 Cfr. Sentencia C-580 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- 30 Sentencia C-986 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- 31 Sentencia C-236 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell
- 32 Ibid.
- 33 Ibid.
- 34 Ley 100 de 1993 Artículo 47
- 35 Ley 495 de 1999, artículo 4.
- 36 A título ilustrativo podría señalarse que, tomando el caso de la pensión de sobrevivientes, cuyo régimen de beneficiarios ha sido cuestionado en el pasado, precisamente, por considerar los actores que restringirlo al compañero o compañera

permanente en una unión heterosexual resulta discriminatorio frente a quienes, como las parejas homosexuales, también constituyen un proyecto de vida en común, sería posible argumentar, por ejemplo, que dicho régimen toma en consideración la distinta capacidad de ahorro que a lo largo de la vida tienen quienes constituyen una familia y deben velar por el sustento y la educación de los hijos, frente a quienes no conforman una familia y no tienen, por consiguiente, tales cargas; o las limitaciones que en el ámbito del desarrollo laboral pueden surgir para uno o ambos de los integrantes de la pareja como resultado de los requerimientos del cuidado familiar; o las pautas culturales que imponen a uno de los integrantes de la pareja, de ordinario la mujer, la obligación de marginarse de la actividad laboral para dedicarse al cuidado del hogar, etc. Tales consideraciones no parecerían ser relevantes, también por vía de ejemplo, cuando de lo que se trata es de examinar el régimen establecido para la prevención de la violencia intrafamiliar, o la exoneración del deber de denunciar.

37 Sentencia C-543 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

38 En la Sentencia C-098 de 1996 la Corte señaló que "... 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 si de la aplicación de la ley pudiera esperarse un impacto negativo en su contra. Sin embargo, el fin de la ley se circunscribió a proteger las uniones maritales heterosexuales sin perjudicar las restantes y sin que estas últimas sufrieran detrimento o quebranto alguno, como en efecto no ha ocurrido."

39 Cfr. Sentencia C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero

40 Sentencia T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

41 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)

42 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

43 Caso Toonen c. Australia. Comunicación No 488/1992, Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37.

44 Caso Young c. Australia Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/941/2000.

45 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.

46 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.”

47 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 inexecutable 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.

48 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 mostraran que en esa materia resultaba imperativa una identidad de trato.

49 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

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

51 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.”

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

54 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.

55 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.

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

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

58 Sentencia T-881 de 2002

59 Sentencia T-472 de 1996

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

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

62 Cfr., sentencia T-124 de 1993.

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

64 Sentencia C-481 de 1998

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

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

67 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.”

68 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.”

69 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.”

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

71 Cfr. Sentencia T-881 de 2002

72 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.

73 Ver Salvamento de Voto a la Sentencia C-841 del 2001.

74 Constitución Política. ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

75 Sobre este asunto pueden consultarse las sentencias C-098 de 1996, C-814 de 2001, T-999 de 2000, SU-623 de 2001 y T-725 de 2004.

76 Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Salvamento de voto de los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynnet y Jaime Araújo Rentería.

77 Gaceta Constitucional N° 85, Págs. 5 y 6.

78 Código Civil, art. 113: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.”

79 Gaceta constitucional N° 83, página 39 y Gaceta N° 85, página 9)