TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia C-315/23

SOCIEDAD FAMILIAR-Validez de la sociedad comercial conformada por compañeros permanentes de parejas de distinto o del mismo sexo

(…) la Corte Constitucional debe excluir del ordenamiento jurídico la interpretación del vocablo â€˜cónyugesâ€™ del artículo 102 del Código de Comercio según la cual solamente es válida la sociedad comercial constituida por una pareja heterosexual unida por un contrato de matrimonio. En consecuencia, esta sentencia declarará exequible condicionadamente la expresión â€˜cónyugesâ€™ contenida el artículo 102 del Código de Comercio por el cargo examinado, bajo el entendido que ese término se refiere, en igualdad de derechos y deberes, a los cónyuges y compañeros permanentes de una unión marital de hecho, tanto de parejas de distinto sexo como de parejas del mismo sexo.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS PRECONSTITUCIONALES-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional ha reafirmado su competencia para pronunciarse sobre la exequibilidad de aquellas normas con rango y fuerza de ley que preceden a la entrada en vigencia de la nueva Constitución, cuando se encuentren vigentes o, en caso de estar derogadas, continúan produciendo efectos jurídicos

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Alcance

SOCIEDAD FAMILIAR-Definición

La Constitución Política ni la legislación nacional prevén una definición específica para una sociedad comercial integrada por miembros de una misma familia o por aportes de estos. Sin perjuicio de lo anterior, una sociedad familiar puede entenderse como una forma de organización económica o empresarial, constituida en alguno de los distintos tipos de sociedades previstos en la ley, en la que concurren aportes de dinero, trabajo o de otros bienes -de integrantes de una misma familia- con el fin de ejercer un objeto social. La sociedad, una vez constituida con apego a la ley, constituye una persona jurídica distinta de quienes la conforman.

SOCIEDAD FAMILIAR-Características

SOCIEDAD FAMILIAR-Finalidad

(…) la sociedad familiar se constituye con el objetivo de involucrar a los miembros de una misma familia en la explotación del objeto social empresarial (o negocio). Aunado a lo anterior, para esta Sala, a partir de lo previsto en el artículo 42 Superior, una sociedad familiar también puede tener como fin garantizar, mantener o incrementar el patrimonio de la familia, con el fin de que esta cuente con los recursos necesarios para subsistir de manera digna y de garantizar el sostenimiento y la educación de los hijos, si los hubiere.

CONCEPTO DE FAMILIA-Consagración en la Constitución Política

NUEVAS FORMAS DE FAMILIA-Concepto

(…) la jurisprudencia constitucional ha ampliado el alcance del concepto de familia, el cual abarca a las personas unidas con la intención de realizar una vida común por un vínculo natural o solemne, ya sea que quienes la integran tengan el mismo sexo o no.

MATRIMONIO Y UNION MARITAL DE HECHO-Instituciones diferentes respecto de las cuales la Constitución no ha previsto deber de otorgar igual tratamiento

UNION MARITAL DE HECHO-Protección constitucional

(…) las parejas de compañeros permanentes en unión marital de hecho gozan de la misma protección que se predica de las parejas que han contraído matrimonio. Lo anterior, sin embargo, no supone que la regulación aplicable para una u otra institución deba ser idéntica. Así, en principio y en aplicación del principio de igualdad, no deben existir normas que privilegien o confieran mayores derechos a las personas unidas en matrimonio, respecto de aquellas que integran una unión marital de hecho. Sin embargo, puede haber circunstancias en la que el Legislador cuente con una justificación amparada en el Texto Superior, para establecer una diferencia en la regulación de esas instituciones como, por ejemplo, para mantener el carácter informal o flexible de las uniones de hecho.

MATRIMONIO Y UNION MARITAL DE HECHO-Distinciones

PAREJAS DEL MISMO SEXO-Modalidad de familia constitucionalmente protegida

La Corte Constitucional ha extendido la protección de la que están investidas las familias heterosexuales, a aquellas parejas unidas por un vínculo solemne o natural, integradas por personas del mismo sexo. Esta Corporación, a partir del mandato de igualdad, ha considerado que el Texto Superior cobija y provee derechos para las parejas homosexuales. Lo anterior supone una protección en doble vía, pues proscribe la discriminación de esas familias, a partir de su orientación sexual.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE IGUALDAD-Reconocimiento del derecho a la igualdad

JUICIO ESTRICTO DE IGUALDAD-Aplicación

REPÚBLICA DE COLOMBIA

SENTENCIA C-315 DE 2023

Expediente: D-15.001

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 102 (parcial) del Decreto Ley 410 de 1971 “[p]or el cual se expide el Código de Comercio”

Demandantes: Octavio José Chimá Puentes, Andrea Carolina Mejía Montalvo y Camilo Andrés Hernández Scaldaferro

Magistrado ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Bogotá D.C., quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial, de las previstas en el artículo 241 de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso adelantado en los términos de los artículos 241.4 y 242 de la Constitución y 40.6 del Decreto 2067 de 1991, y con ocasión de la acción pública de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Octavio José Chimá Puentes, Andrea Carolina Mejía Montalvo y Camilo Andrés Hernández Scaldaferro.

I. I. ANTECEDENTES

1. 1. El 7 de octubre de 2022, a través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría General de la Corte Constitucional, los ciudadanos Octavio José Chimá Puentes, Andrea Carolina Mejía Montalvo y Camilo Andrés Hernández Scaldaferro presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 102 (parcial) del Decreto Ley 410 de 1971, mediante el cual se expidió el Código de Comercio.

2. A continuación, se presenta el texto de la disposición demandada, así como los argumentos propuestos por los accionantes que conforman su cargo de inconstitucionalidad. Posteriormente, se precisan algunos asuntos del trámite procesal, lo cual incluye una referencia a las intervenciones y a los conceptos recibidos en los términos del Decreto Ley 2067 de 1991.

La norma demandada

3. En el siguiente aparte se transcribe el artículo 102 del Código de Comercio, en el cual se subrayan las expresiones objeto de censura, que corresponden al vocablo ‘cónyuges’:

“DECRETO 410 DE 1971

(marzo 27)

“POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO DE COMERCIO

El Presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el numeral 15 del artículo 20 de la Ley 16 de 1968, y cumplido el requisito allí establecido,

DECRETA:

(…)

“Artículo 102. VALIDEZ DE SOCIEDADES FAMILIARES- APORTE DE BIENES. Será válida la sociedad entre padres e hijos o entre cónyuges, aunque unos y otros sean los únicos asociados. Los cónyuges, conjunta o separadamente, podrán aportar toda clase de bienes a la sociedad que formen entre sí o con otras personas.”

La demanda inicial

4. En su demanda original, los accionantes adujeron que el vocablo ‘cónyuges’ previamente destacado del artículo 102 del Código de Comercio, es inconstitucional, pues desconoce el preámbulo y los artículos 1º, 2º, 4º, 13, 16 y 93 de la Constitución. En tal sentido, los actores formularon siete cargos, cada uno sustentado en la supuesta vulneración de los referidos artículos del Texto Superior.

5. Argumentos dirigidos a sustentar la supuesta vulneración del preámbulo de la Constitución Política. Los demandantes señalaron que el vocablo acusado es contrario al preámbulo de la Constitución pues el término ‘cónyuges’ desconoce la validez de una sociedad mercantil o los aportes realizados por parejas casadas del mismo sexo o compañeros permanentes (sin importar su orientación sexual). Lo anterior, a su juicio, vulnera los fines de la justicia y la igualdad, así como la existencia de un orden económico y social justo. Por otra parte, tras citar la Sentencia C-479 de 1992 en la que esta Corporación señaló que el preámbulo de la Constitución es vinculante, los demandantes indicaron que el Código de Comercio de 1971 se expidió con anterioridad a la Constitución de 1991, por lo que es necesario ajustar algunas de sus disposiciones jurídicas a los mandatos Superiores vigentes. Esto, ante el cambio progresivo y el nuevo contexto social, cultural y normativo sustancial que hace indispensable compaginar la realidad actual con el término demandado. Para ilustrar cómo ello ha sido necesario en otros casos, citan un extracto de la Sentencia C-038 de 2021, en la que esta Corte estableció que el contexto cultural y normativo en el cual se expidió el Código Sustantivo del Trabajo es diferente al actual, por lo que resulta necesario leer su contenido a la luz del espíritu del Texto Superior de 1991. Conforme a lo anterior, los accionantes afirmaron que “se requiere declarar la exequibilidad condicionada del artículo demandado en el entendido que los términos ‘entre cónyuges’ y ‘los cónyuges’ también se extiende[n] a las parejas del mismo sexo y compañeros permanentes”.

6. Argumentos dirigidos a sustentar la presunta vulneración del artículo 1º de la Constitución. Los demandantes señalaron que el Estado se funda en el respeto de la dignidad humana. Por ende, los apartados acusados del aludido artículo 102 desconocen ese principio al no comprender a las parejas del mismo sexo y a los compañeros permanentes que decidan crear una sociedad o aportar bienes a la misma. Para sustentar esa afirmación, los accionantes citaron la Sentencia C-143 de 2015. En esa decisión, la Corte Constitucional indicó que la dignidad humana tiene el carácter de valor, principio y derecho fundamental e implica la posibilidad de diseñar un plan de vida y determinarse según sus características, así como la garantía de que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de trato degradante o humillante. Conforme a lo anterior, los actores afirmaron que el artículo acusado, al prever la validez de las sociedades familiares entre cónyuges y la posibilidad de que estos aporten bienes, sin incluir a las parejas del mismo sexo o a los compañeros permanentes, genera "un tratamiento deshonroso y extraño a la dignidad que es un principio imperante del Estado colombiano". 5

7. Argumentos dirigidos a sustentar la presunta vulneración del artículo 2º de la Constitución Política. Los accionantes afirmaron que es contrario a los fines esenciales del Estado, el hecho de que la norma cuestionada no incluya a compañeros permanentes o a parejas del mismo sexo que decidan conformar una sociedad comercial, pues ello impide la participación de todas las personas en la vida económica y la vigencia de un orden justo. Adujeron también que los apartes acusados suponen una desprotección de la vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades de las parejas de compañeros permanentes o de las personas casadas del mismo sexo. En consecuencia, señalaron que el artículo 102 del Código de Comercio debe posibilitar la efectividad de los derechos de los grupos mencionados, permitiéndoles realizar aportes a una sociedad familiar de la misma manera en que pueden hacerlo quienes son cónyuges heterosexuales.

8. Argumentos dirigidos a sustentar la supuesta vulneración del artículo 4º de la Constitución Política. Los accionantes adujeron que no desplegar un marco de amparo que cobije a las parejas del mismo sexo y a los compañeros o compañeras permanentes, supone ignorar su protección constitucional, lo que haría al vocablo 'cónyuges' del artículo 102 del Código de Comercio incompatible con el Texto Superior. A continuación, los actores citaron la Sentencia C-415 de 2012 en la cual esta Corporación precisó que la Constitución es la fuente primaria del sistema de derecho interno y que se erige como el marco supremo y último para

determinar la validez de cualquier norma. A partir de ello, concluyeron que “es preciso determinar que los vocablos ‘entre cónyuges’ y ‘los cónyuges’ establecidos en el artículo 102 del Código de Comercio (…) comprendan a su vez a las parejas del mismo sexo y a los compañeros y compañeras permanentes”, y, por tanto, debe ser válida la sociedad comercial conformada por tales personas o con sus aportes.

9. Argumentos dirigidos a sustentar la presunta vulneración del artículo 13 de la Constitución Política. Los demandantes señalaron que el hecho de que el artículo 102 del Código de Comercio no incluya a las parejas del mismo sexo y a los compañeros permanentes vulnera el principio de igualdad. Esto pues supone un tratamiento discriminatorio frente a aquellas personas que sí están cobijadas por la norma. En esa medida, la redacción actual y textual del artículo acusado conlleva a que las parejas del mismo sexo no reciban igual protección ni gocen de los mismos derechos que las uniones heterosexuales. Afirman que, en virtud del derecho a la igualdad, cuyo alcance explica la Sentencia C-084 de 2020, las parejas del mismo sexo y los compañeros y compañeras permanentes deben gozar del mismo trato sin consideración a su inclinación sexual o estatus matrimonial. En consecuencia, es ineludible la exequibilidad condicionada de la norma, bajo el entendido de que incluye a compañeros permanentes y parejas homosexuales, sin importar si su vínculo es natural o solemne.

10. Argumentos dirigidos a sustentar la presunta vulneración del artículo 16 de la Constitución Política. Los accionantes explicaron que los apartados demandados contrarían el artículo 16 de la Constitución porque imponen un obstáculo a la autonomía de las parejas del mismo sexo y a los compañeros permanentes. Esto pues les impiden proyectar una forma de existencia, en particular, de conformar una sociedad comercial y hacer aportes a esta. Luego de citar la Sentencia C-336 de 2008, la cual señala que el Estado debe brindar condiciones que garanticen el libre desarrollo de la personalidad, indican que no es posible concebir ese derecho para las parejas del mismo sexo y de compañeros permanentes si el vocablo demandado no los incluye ni les permite constituir una sociedad familiar. En suma, el término demandado cercena el libre desarrollo de la personalidad, pues impide sin justificación a un grupo de personas conformar una sociedad o hacer aportes a esta.

11. Argumentos dirigidos a sustentar la presunta vulneración del artículo 93 de la Constitución Política. Los demandantes advirtieron que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2° y 26) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos

(artículos 1° y 24) exigen respeto por el conjunto de derechos y libertades de los que es titular cada persona, sin importar su género, raza o credo. Según los accionantes, el término 'cónyuges' plasmado en el artículo 102 del Código de Comercio, desconoce esas disposiciones internacionales. Es así, pues las parejas del mismo sexo y los compañeros permanentes deben gozar de los mismos derechos que las familias unidas en matrimonio, sin ningún trato discriminatorio.

Trámite procesal

12. Mediante Auto del 1º de noviembre de 2022, el Magistrado sustanciador inadmitió la demanda. En primer lugar, determinó que los argumentos relacionados a la supuesta vulneración de los artículos 13 y 93 Superiores no cumplían con el requisito de especificidad, pues los accionantes no señalaron cuál es el patrón de igualdad que permite comparar a los cónyuges a los que se refiere el artículo demandado, con las parejas del mismo sexo y con los compañeros permanentes. En segundo lugar, advirtió que los cargos por desconocimiento del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 4 de la Constitución tampoco reunieron el criterio de especificidad, ya que no fue posible comprender la manera cómo el vocablo cuestionado transgredía los fines del Estado y la dignidad humana. Por último, evidenció que el cargo por violación del artículo 16 del Texto Superior no era cierto, pues la argumentación no demostraba cómo el artículo acusado limitaba la adopción de una forma de vida libre para uniones de compañeros permanentes y parejas del mismo sexo. En suma, los argumentos presentados en la demanda no eran suficientes para despertar un mínimo de duda constitucional sobre el vocablo atacado.

13. Los demandantes presentaron su escrito de corrección de la demanda el 8 de noviembre de 2022, dentro del término concedido para el efecto, el cual transcurrió los días 4, 8 y 9 de ese mes y año. En relación con la vulneración del preámbulo de la Constitución, adujeron que el vocablo "cónyuges" vulnera los fines de la justicia, igualdad y la existencia de un orden económico y social justo, pues parte de una premisa según la cual únicamente un hombre y una mujer pueden vincularse en matrimonio. Así, la expresión demandada es contraria al preámbulo Superior pues solamente concibe una familia de origen heterosexual. En lo que respecta al cargo por violación del artículo 1º Superior, los accionantes adujeron que el hecho de que la norma demandada limite su aplicación al matrimonio entre hombre y mujer, vulnera la dignidad de las familias homosexuales o de compañeros permanentes que tienen

la voluntad de conformar una sociedad, pero que no tienen cabida dentro del término ‘cónyuges’.

14. En lo concerniente al supuesto desconocimiento del artículo 4 Superior, los actores sostuvieron que las familias constituidas por compañeros permanentes o parejas del mismo sexo gozan de la misma protección constitucional que los matrimonios heterosexuales. En consecuencia, resulta incompatible con la Constitución que el artículo 102 del Código de Comercio circunscriba las sociedades familiares a aquellos vínculos matrimoniales entre parejas casadas de sexos diferentes. Por último, frente al cargo por vulneración del artículo 16 de la Constitución, los demandantes reiteraron que las expresiones cuestionadas vulneran el libre desarrollo de la personalidad. Esto pues cercenan la autonomía de las parejas del mismo sexo y compañeros permanentes que desean conformar una sociedad familiar pero que no caben dentro de la categoría tradicional de cónyuges.

15. Por medio de Auto del 25 de noviembre de 2022, el Magistrado sustanciador profirió una decisión mixta en la cual admitió la demanda en contra del artículo 102 (parcial) del Código de Comercio, por el cargo sustentado en el desconocimiento de los artículos 13 y 93 de la Constitución. En consecuencia, ordenó fijar en lista el proceso, emitir las comunicaciones correspondientes e invitó a distintas instituciones a que rindieran su concepto acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la expresión acusada. Al mismo tiempo, dispuso rechazar los demás cargos de la demanda, pues no lograron superar las deficiencias argumentativas advertidas.

16. Mediante escrito del 30 de noviembre de 2022, los demandantes presentaron recurso de súplica contra el Auto del 25 de noviembre, en relación con los cargos que fueron rechazados por esa providencia. Como sustento de su súplica, los accionantes presentaron una copia idéntica de los argumentos formulados en el escrito de subsanación a la demanda.

17. A través de Auto 016 del 26 de enero de 2023, la Sala Plena de esta Corporación rechazó el recurso de súplica interpuesto. La Sala consideró que, aun cuando el recurso reunía los criterios de legitimación por activa y oportunidad, su carga argumentativa no se ajustaba a las exigencias jurisprudenciales necesarias para llegar a un pronunciamiento de fondo sobre los argumentos esbozados. Esto pues los accionantes se limitaron a reproducir de manera textual los planteamientos ya formulados en el escrito de corrección de la demanda, sin

aportar motivos concretos de inconformidad con la decisión recurrida que denotaran eventuales defectos en los que habría incurrido el auto que rechazó una parte de los cargos propuestos. Así, el recurso de súplica no incluyó verdaderas razones de disenso con la providencia que impugnaba, por lo que no había lugar a una decisión de fondo. Por ende, la Sala rechazó por insuficiencia argumentativa el recurso interpuesto.

El cargo de inconstitucionalidad admitido

18. De acuerdo con el Auto del 25 de noviembre de 2022, los accionantes emendaron en su escrito de corrección las deficiencias argumentativas relacionadas con la supuesta vulneración de los artículos 13 y 93 de la Constitución. Esto, en la medida en que: (i) explicaron el patrón de igualdad que permite comparar a los cónyuges de las parejas del mismo sexo y los compañeros permanentes, con las parejas heterosexuales unidas en matrimonio, en el contexto de la norma cuestionada, y (ii) expusieron las razones puntuales por las cuales estiman que el vocablo cuestionado, en su literalidad, supone un trato discriminatorio en contra de las uniones maritales de hecho de distinto o idéntico sexo, así como las parejas homosexuales unidas solemne o naturalmente.

20. En lo que respecta al punto (ii), los actores indicaron que las expresiones demandadas son discriminatorias, pues excluyen la validez de las sociedades familiares (y de efectuar aportes a estas), para aquellas parejas del mismo sexo que se unen en matrimonio o para compañeros y compañeras permanentes de ambos o idéntico sexo. Conforme a la noción constitucional vigente, todas las personas deben recibir un trato igualitario ante la ley. En esa medida, el único cargo de constitucionalidad admitido y que la Sala estudiará en esta sentencia es aquel referente a la violación del principio de igualdad, por el supuesto desconocimiento de los artículos 13 y 93 de la Constitución Política.

Intervenciones y conceptos

21. El 23 de febrero de 2023 se fijó en lista este proceso por el término de diez (10) días. Durante ese tiempo, la Corte Constitucional recibió las intervenciones y conceptos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Superintendencia de Sociedades, la Universidad Pontificia Bolivariana, la Universidad Libre, la Universidad Externado de Colombia y la Universidad de los Andes.

22. Primero. A continuación, se resumen las intervenciones de las autoridades que dictaron o participaron en la elaboración del artículo demandado, o para las cuales este caso tiene efectos en sus competencias, conforme a lo previsto en el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991.

23. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Por medio de escrito del 8 de marzo de 2023, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo le solicitó a la Corte Constitucional declarar exequibles las expresiones demandadas. Para sustentar su postura, esa cartera manifestó que el artículo cuestionado no puede comprenderse de manera aislada, sino conforme a una interpretación actual y vigente sobre la protección a la familia, a partir del alcance vigente del artículo 42 de la Constitución. Adujo que, según la Sentencia SU-214 de 2016, el Texto Superior no está escrito en lenguaje prohibitivo. En consecuencia, los vocablos 'hombre' y 'mujer' a los que se refiere el artículo 42 Superior, tienen el alcance que la interpretación sistemática constitucional hace de ellos. Ocurre que la Constitución en ninguna parte prohíbe la posibilidad de que personas del mismo sexo contraigan matrimonio, por lo que el referido artículo 42 debe entenderse en armonía con la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad.

24. En consecuencia, para esa cartera las expresiones demandadas deben leerse a partir del entendimiento vigente, según la cual las personas del mismo sexo pueden conformar una familia o incluso celebrar un matrimonio. En consecuencia, no puede interpretarse como que las expresiones 'entre cónyuges' y 'los cónyuges' contenidas en la disposición demandada excluyen a parejas del mismo sexo o uniones de compañeros permanentes. Tales consideraciones están amparadas por la jurisprudencia constitucional reciente, la cual ha ampliado la protección de los derechos de las poblaciones de orientación sexual diversa. En esa medida, una lectura actual del artículo 102 del Código de Comercio no exceptúa de la conformación de sociedades familiares o de la realización de aportes a estas, a parejas del mismo sexo casadas o en unión marital o a compañeros permanentes. Así, los únicos límites –para cualquier persona que quiera conformar una sociedad familiar– corresponden a los requisitos generales de capacidad legal y consentimiento exento de error, fuerza o dolo, así como de objeto y causa lícita de la respectiva asociación empresarial.

25. En conclusión, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo estimó que el artículo 102 del Código de Comercio, en virtud de la jurisprudencia vigente, abarca y es extensivo a las

uniones maritales entre personas del mismo o diferente sexo, y a los cónyuges del mismo sexo. Por ende, es innecesario declarar su exequibilidad condicionada.

26. Superintendencia de Sociedades. La Superintendencia de Sociedades allegó a esta Corporación dos escritos de idéntico contenido, en los cuales expuso argumentos similares a los esbozados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. A juicio de esa entidad, es "improcedente… la pretensión de condicionar la exequibilidad del artículo 102 del Código de Comercio a que los términos en éste utilizados, 'entre cónyuges' y 'los cónyuges', comprendan a las parejas del mismo sexo". En su criterio el alcance normativo y jurisprudencial actual del término 'cónyuge' no está limitado a personas heterosexuales unidas entre sí por un matrimonio, sino que también comprende a parejas casadas del mismo sexo y a uniones de compañeros permanentes sin consideración a su orientación sexual.

27. En primer lugar, la Superintendencia de Sociedades indicó que el título del artículo 102 del Decreto 410 de 1970 que los accionantes refieren en su escrito de corrección de la demanda no es correcto, pues la frase "Validez de Sociedades Familiares-Aporte de Bienes" fue agregada por el editor, en el texto del Código de Comercio publicado en la página de internet de la Secretaría del Senado de la República. En segundo lugar, a partir de una referencia a la Sentencia C-117 de 2021, esa Superintendencia señaló que es innecesario condicionar la constitucionalidad de la norma demandada, pues la jurisprudencia ya reconoció el matrimonio entre parejas del mismo sexo. En consecuencia, el vocablo 'cónyuges' abarca también a uniones maritales de hecho o a matrimonios de parejas homosexuales. La Superintendencia de Sociedades también manifestó de manera explícita que no se encontraba en conflicto de interés en relación con este proceso.

28. Segundo. A continuación, se resumen los conceptos presentados por organizaciones privadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

29. Universidad Pontificia Bolivariana. Mediante escrito del 7 de marzo de 2023, la Universidad Pontificia Bolivariana solicitó, de manera principal, que esta Corte se declare inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de las expresiones acusadas, por el incumplimiento de los requisitos de certeza y suficiencia del cargo admitido. De manera subsidiaria, pidió que se declare exequible el artículo 102 del Código de Comercio, pues no vulnera los artículos 13 y 93 de la Constitución.

30. En relación con la solicitud de inhibición, esa universidad consideró que la demanda no cumple con el requisito de certeza, pues los accionantes parten de una interpretación incompleta y puramente subjetiva del artículo 102 del Código de Comercio. En su parecer, una interpretación “gramatical, objetiva y sistemática” de la norma acusada no sugiere un trato discriminatorio. Puntualmente, el hecho de que el aludido artículo 102 considere válida la sociedad que se constituye entre cónyuges, no quiere decir necesariamente que deba considerarse inválida o nula una sociedad constituida por compañeros permanentes, sean ellos o no personas del mismo sexo. Del mismo modo, el hecho de que el referido artículo 102 autorice a los cónyuges a aportar toda clase de bienes a una sociedad que formen entre sí o con otras personas, no implica que las parejas de compañeros permanentes tengan prohibido hacerlo.

31. A renglón seguido, la Universidad Pontificia Bolivariana señaló que el propósito del artículo 102 del Código de Comercio es desvirtuar la presunción de mala fe dispersa en el Código Civil respecto de los negocios jurídicos celebrados entre personas casadas entre sí. Por ende, una lectura sistemática de lo anterior, de la mano del artículo 6º de la Constitución, permite concluir que a los particulares les está permitido hacer todo aquello que no está explícitamente prohibido por la ley. En esa medida, los compañeros permanentes (sean o no del mismo sexo) también están autorizados para constituir entre ellos sociedades comerciales y a realizar los aportes que deseen. En conclusión, de acuerdo con esa casa de estudios, esta Corporación debe proferir un fallo inhibitorio o declarar la exequibilidad del vocablo cuestionado, por cuanto la demanda parte de una interpretación incompleta y subjetiva del aludido artículo 102. Por último, manifestó de manera expresa que no se encuentra incursa en ninguna situación que genere conflicto de interés, conforme al artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

32. Universidad Libre. Por medio de escrito del 9 de marzo de 2023, la Universidad Libre solicitó a la Corte Constitucional lo siguiente: (i) reiterar el precedente consagrado en la Sentencia SU-214 de 2016, según el cual las parejas del mismo sexo tienen derecho a gozar, sin discriminación por su orientación sexual, de los mismos derechos de las parejas heterosexuales; (ii) garantizar el estándar de protección constitucional para las parejas del mismo sexo bajo el entendido que, bien sean cónyuges o compañeros permanentes, se les permita constituir las sociedades familiares a las que se refiere el artículo 102 del Código de Comercio, y (iii) declarar la exequibilidad condicionada del vocablo acusado, en el entendido

que las sociedades familiares también pueden constituirse por compañeros permanentes de parejas heterosexuales u homosexuales.

33. La Universidad Libre soportó sus pretensiones en la premisa de que debe reiterarse el precedente constitucional de protección de los derechos de las parejas del mismo sexo y de las uniones de compañeros permanentes, sin importar su orientación sexual. Esa casa de estudios indicó que esta Corporación ha establecido en su jurisprudencia un estándar de protección para las parejas homosexuales.

34. En primer lugar, la Sentencia C-029 de 2009 estudió varias normas que contenían en su literalidad la expresión 'cónyuge' y concluyó que tal vocablo comprendía también a compañeros permanentes y a parejas del mismo sexo. En segundo lugar, la Sentencia C-577 de 2011 se refirió a las maneras en las que puede conformarse una familia, entre las que se encuentra la unión entre compañeros permanentes. En tercer lugar, la Sentencia SU-617 de 2014, en virtud de la cual las parejas homosexuales pueden adoptar, en el caso de que el niño o la niña sea hijo o hija biológico/a de algún miembro de la pareja, postura que fue reiterada en la Sentencia C-071 de 2015.

35. En cuarto lugar, la Sentencia SU-214 de 2016 reconoció la validez del matrimonio celebrado entre parejas del mismo sexo, pues toda persona es digna, libre y autónoma para constituir una familia, sea de manera natural (unión marital) o solemne (matrimonio civil), acorde con su orientación sexual y bajo la misma protección y trato que la Constitución y la ley prevén para parejas heterosexuales. A renglón seguido, esa universidad enumeró el catálogo de derechos que le han sido reconocidos a las personas del mismo sexo. En quinto lugar, la Sentencia C-415 de 2022, en la que esta Corte declaró exequible el artículo 2º de la Ley 2114 de 2021 bajo el entendido de que las parejas del mismo sexo tienen derecho a gozar de licencias de paternidad, en las mismas condiciones que las familiares heterosexuales.

36. Luego del recuento jurisprudencial descrito anteriormente, la Universidad Libre llamó la atención sobre la ausencia de un pronunciamiento respecto de la validez de la conformación de sociedades familiares por parte de parejas del mismo sexo o de compañeros permanentes. En consecuencia, advirtió sobre la necesidad de que esta Corporación profiera una decisión sobre la materia.

37. Esa casa de estudios también sugirió aplicar un juicio integrado de igualdad con el fin de determinar la constitucionalidad de las expresiones demandadas. Luego de explicar los pasos del juicio, concluyó que el artículo cuestionado no responde adecuadamente al fin de garantizar que miembros de una misma familia puedan formar sociedades entre sí. Al contrario, la exclusión de compañeros permanentes impide la constitución de sociedades entre miembros de una misma familia, pues excluye a quienes conformaron una unidad familiar de manera natural, ya sean personas heterosexuales u homosexuales. En consecuencia, las expresiones acusadas no superan el juicio integrado de igualdad, pues no hay una razón suficiente que justifique la exclusión que subyace al término 'cónyuges' al que se refiere el artículo 102 del Código de Comercio.

38. Universidad Externado de Colombia. Mediante escrito del 9 de marzo de 2023, la Universidad Externado de Colombia solicitó a esta Corte declarar exequible condicionadamente las expresiones 'entre cónyuges' y 'los cónyuges' del artículo 102 del Código de Comercio, en el entendido que esos términos comprenden a las parejas del mismo sexo unidas en matrimonio y a las parejas homosexuales y heterosexuales en unión libre.

39. Según esa casa estudios, el vocablo 'cónyuges' –contenido en el artículo demandado– tenía sentido a partir de la concepción de familia vigente en la legislación colombiana para la fecha en la que se adoptó el Código de Comercio (1971). A partir de allí, esa universidad refirió la evolución del alcance que la jurisprudencia y el legislador le han dado al matrimonio y a la unión marital. Aunque se trata de instituciones diferentes, la Constitución Política obliga a darles un tratamiento igualitario, especialmente, como figuras válidamente constitutivas de familia.

40. A su turno, el Externado manifestó que la intención del legislador original que redactó el cuestionado artículo 102 era permitirles a los miembros de una misma familia constituir sociedades, de manera que no existe motivo que sugiera que tal permiso estaba estrictamente supeditado a la naturaleza del matrimonio. En consecuencia, como en la actualidad una familia puede estar conformada por cónyuges del mismo sexo o uniones maritales de parejas de igual o distinto sexo, es razonable que el aludido artículo 102 abarque esas tipologías de familia.

41. A continuación, la Universidad Externado hizo un recuento de la jurisprudencia de esta

Corporación que ha reconocido derechos de las parejas del mismo sexo, como lo es la Sentencia C-075 de 2007. También refirió casos en los que esta Corte ha ampliado el espectro de protección de las parejas del mismo sexo, tales como: la afectación de una vivienda como patrimonio familiar, la obligación entre compañeros de brindarse alimentos o la reducción del tiempo para otorgar la nacionalidad colombiana al compañero permanente homosexual extranjero. Ese centro de estudios destacó la Sentencia C-577 de 2011, la cual estableció que las parejas del mismo sexo podían conformar uniones maritales de hecho. Ese avance jurisprudencial culminó con la Sentencia SU-214 de 2016, la cual reconoció el matrimonio entre parejas homosexuales. En suma, a su juicio, resulta necesario que esta Corte declare la exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas, pues deben abarcar –como manifestación del principio de igualdad y de la concepción vigente de familia– a parejas del mismo sexo unidas en matrimonio y a parejas homosexuales y heterosexuales que hayan conformado una unión marital de hecho.

42. Universidad de los Andes. La Universidad de los Andes presentó su concepto a través de comunicación electrónica del 9 de marzo de 2023. El contenido de su escrito sugiere que está de acuerdo con la exequibilidad simple de los vocablos demandados, aunque no hace explícita una solicitud en uno u otro sentido.

43. En primer lugar, señaló que la Corte Constitucional ha establecido que el alcance de la palabra cónyuges no es exclusivo para denominar parejas heterosexuales, sino que también incluye parejas del mismo sexo (Sentencia SU-214 de 2016). En consecuencia, no es necesario discutir el sentido de la norma acusada, pues esta Corporación ya definió la manera en la que debe entenderse la expresión ‘cónyuges’, conforme al artículo 42 Superior. Esto es, que tal término comprende tanto a las parejas heterosexuales como a las parejas homosexuales. En consecuencia, no es plausible concluir que el artículo 102 del Código de Comercio excluye a parejas del mismo sexo.

44. En segundo lugar, ese centro de estudios se refirió a los requisitos de validez del contrato de sociedad, a saber, capacidad legal, consentimiento libre de error esencial, fuerza o dolo, objeto y causa lícita. Señaló que la Superintendencia de Sociedades estableció que la legislación aplicable solamente impide a las personas jurídicamente incapaces constituir una sociedad. Por ende, la ley mercantil no impone trabas a las parejas del mismo sexo ni a compañeros o compañeras permanente para formar sociedades. Aunado a lo anterior, ese

centro de estudios recordó que el artículo 102 atacado se concibió como una forma de contrarrestar el imaginario de mala fe que se tejió sobre negocios jurídicos celebrados entre miembros de una familia y no para excluir a cierto grupo de individuos o parejas.

45. En resumen, la orientación sexual de quienes conforman una sociedad o la calidad de cónyuges de quienes se asocian no es una circunstancia que pone en entredicho la constitución de una empresa. En esa medida, una lectura acorde con el entendimiento actual del concepto de familia incluye en el término 'cónyuges' demandado a las uniones de compañeros permanentes sin importar su orientación sexual y a las parejas del mismo sexo unidas por un matrimonio.

Concepto de la Procuradora General de la Nación

46. La Procuradora General de la Nación le solicitó a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad condicionada de las expresiones acusadas, bajo el entendido que el término 'cónyuges' contenido en el artículo 102 del Código de Comercio "se refiere igualmente a los compañeros permanentes de las uniones maritales de hecho, incluyendo en ambas tipologías de vínculos a las parejas de distinto y mismo sexo".

47. Para sustentar su postura, la Procuradora adujo que el principio de igualdad previsto en el artículo 13 Superior constituye un mandato de optimización, el cual se materializa mediante leyes que brindan trato igualitario a situaciones idénticas y diferenciado a circunstancias no asimilables. Por ende, el Legislador no puede establecer en una norma un trato diferencial entre sujetos comparables, sin que medie justificación suficiente.

48. En el presente caso, la Procuraduría General de la Nación consideró que los argumentos de la demanda están llamados a prosperar pues no hay justificación constitucional que permita diferenciar entre cónyuges y compañeros permanentes del mismo o distinto sexo, para efectos de conformar una sociedad familiar. En otras palabras, no se encuentra en el texto superior una razón que excuse prohibir que parejas de compañeros permanentes del mismo o diferente sexo (o casados), constituyan una sociedad familiar.

49. Lo anterior, adujo la señora Procuradora, a partir de lo previsto en los artículos 13 y 42 superiores. Tales disposiciones prohíben a las autoridades discriminar por razones de origen familiar o sexo, al tiempo que les ordenan proteger integralmente a la familia, la cual puede

constituirse tanto por vínculos naturales como por jurídicos. Para sustentar lo anterior, refirió pronunciamientos de la Corte Constitucional (Sentencias C-455 de 2020 y C-131 de 2018), en los cuales se ha establecido que el Legislador tiene prohibido establecer tratos diferenciados entre familias originadas en un matrimonio y aquellas que nacieron de uniones maritales de hecho, incluso para aquellas formadas por parejas del mismo sexo.

50. Lo anterior, por cuanto: (i) la familia goza de especial protección en el régimen jurídico colombiano, independientemente de la forma en la que se constituya. En esa medida, todas sus tipologías están amparadas por el mandato de protección integral previsto en el artículo 42 Superior, el cual incluye la defensa de su patrimonio y la igualdad de derechos; (ii) el artículo 13 Superior proscribe la discriminación por razón de género u orientación sexual. Por lo tanto, está prohibido cualquier trato diferencial originado en esos conceptos. Esto con fundamento en las Sentencias T-141 de 2015 y SU-214 de 2016, así como las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de febrero de 2012 y 26 de febrero de 2016.

51. Según la jefe del Ministerio Público, no es extraño encontrar normas previas a la promulgación de la Constitución de 1991 estructuradas bajo un modelo de familia tradicional, conformado por una pareja heterosexual unida en matrimonio. Tales normas invisibilizan la existencia de otros vínculos de filiación que gozan de una misma protección, al tiempo que niegan la libertad de las personas de escoger a su pareja para sostener un vínculo permanente y marital, de manera natural o solemne.

52. De acuerdo con la Procuradora General, esta Corte en reciente jurisprudencia (Sentencia C-456 de 2020) condicionó la exequibilidad del término cónyuge, contenido en varias normas del Código Civil, bajo el entendido de que éste abarca a los compañeros permanentes de las uniones maritales de hecho, tanto de parejas homosexuales como de distinto sexo. Por ende, el precedente constitucional vigente hace inadmisible una diferenciación normativa de la familia, basada en la tipología del vínculo (natural o solemne) o en la orientación sexual de quienes la integran.

53. Por las razones anteriores, consideró que le asiste razón a la demanda de inconstitucionalidad. En consecuencia, señaló que resulta imperioso eliminar del ordenamiento jurídico las interpretaciones del artículo 102 del Código de Comercio que

soporten una diferenciación entre familias, por razones de sexo o del origen del vínculo. Así pues, en virtud del principio de conservación del derecho, ese ente de control le solicitó a esta Corporación declarar la exequibilidad del término ‘cónyuges’, “bajo el entendido que se refiere igualmente a los compañeros permanentes de las uniones maritales de hecho, incluyendo en ambas tipologías de vínculos a las parejas de distinto y mismo sexo”.

Resumen de las intervenciones y conceptos

54. A continuación, se resumen el sentido de las intervenciones y conceptos allegados y del concepto de la señora Procuradora General de la Nación.

Inhibición

Exequibilidad

Exequibilidad

condicionada

Universidad Pontificia Bolivariana (pretensión principal, subsidiariamente exequibilidad)

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Procuraduría General de la Nación

Superintendencia de Sociedades

Universidad Libre

Universidad de los Andes

Universidad Externado de Colombia

. CONSIDERACIONES

A. A. Competencia

55. En virtud del numeral 4º del artículo 241 de la Constitución, esta Corporación es

competente para conocer y decidir definitivamente sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad, pues se presentó contra una disposición que pertenece a un cuerpo normativo con rango y fuerza de ley. Ahora bien, en atención al carácter preconstitucional de la norma demandada, a continuación se reiterará la jurisprudencia relativa al control abstracto de constitucionalidad sobre las normas con vigencia previa a la Constitución Política de 1991 y la competencia de esta Corte para pronunciarse en este caso en particular.

B. El control abstracto de constitucionalidad de las normas proferidas con anterioridad a la Constitución Política de 1991. Reiteración de jurisprudencia

56. La Constitución Política de 1991 generó efectos inmediatos tras su entrada en vigencia y debe tenerse como parámetro de control para evaluar la constitucionalidad de las normas legales que la precedieron. Ahora bien, su entrada en vigor en los términos del artículo 380 de la Constitución, no se tradujo en la derogatoria de todas las normas legales o reglamentarias vigentes para ese momento. Por el contrario, la legislación preexistente mantuvo su exigibilidad en consonancia con el marco constitucional actual.

57. Sobre el tema anterior cabe anotar que, como expresión del principio de seguridad jurídica y certidumbre, la legislación preexistente a la Constitución de 1991 mantuvo su vigencia a pesar del cambio del marco Superior. Es decir, la derogatoria de la Constitución de 1886 no supuso la expulsión del ordenamiento jurídico de todas las leyes que se profirieron durante su vigencia. En efecto, el Texto Superior de 1991 no incluyó una cláusula general de derogatoria de la normatividad preconstitucional, por lo que la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha entendido que hay una “presunción de subsistencia de la legislación prexistente”. Al respecto, esta Corporación afirmó:

“Cabe resaltar que la Carta de 1991, salvo la derogatoria de la Carta de 1886 con todas sus reformas que ordena el Artículo 380, no estableció una cláusula expresa de derogatoria especial o general ni en bloque de la legislación ordinaria anterior a la nueva regulación constitucional, como sí ocurrió dentro del especifico proceso de cambio constitucional en el caso de la Constitución Española de 1978…”

58. De conformidad con lo anterior, en línea lo previsto en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política de 1991, esta Corporación tiene competencia para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra cualquier norma

con rango y fuerza de ley, inclusive, sobre todas aquellas normas que precedieron al Texto Superior de 1991. La Corte Constitucional ha reafirmado su competencia para pronunciarse sobre la exequibilidad de aquellas normas con rango y fuerza de ley que preceden a la entrada en vigencia de la nueva Constitución, cuando se encuentren vigentes o, en caso de estar derogadas, continúan produciendo efectos jurídicos. En concreto, en la Sentencia C-247 de 2017, precisó:

"Si el objeto de la demanda de constitucionalidad recae sobre una disposición que fue promulgada durante la vigencia de la Constitución de 1886, ello no implica que la norma bajo estudio deba desaparecer del ordenamiento jurídico sin consideración a su contenido normativo, sino que es preciso analizarla a la luz del nuevo diseño constitucional con el fin de establecer si existe una incompatibilidad material o sustancial entre esta disposición y los principios que orientan el nuevo modelo fijado por la Constitución de 1991, esto es, la norma no es inexequible per se al hacer tránsito de un régimen constitucional a otro, sino es inexequible al evidenciarse una incompatibilidad sustancial entre dicha norma y el nuevo ordenamiento constitucional."

59. En esta línea, recordó que los aspectos formales relacionados con la inconstitucionalidad de este tipo de disposiciones deberán ser valorados de acuerdo con la Constitución vigente al momento de su expedición.

60. Cabe precisar que en reiteradas oportunidades se ha adelantado el análisis de constitucionalidad de normas que preceden a la entrada en vigencia del Texto Superior de 1991. De manera reciente, por ejemplo, en las Sentencias C-029 de 2020 y C-456 de 2020. De forma puntual, en la Sentencia C-029 de 2020, esta Corporación destacó que se deberá realizar un examen de las normas proferidas con anterioridad a la Constitución del 91, cuando "…se encuentren vigentes o que, en caso de estar derogadas estén produciendo efectos jurídicos. En Palabras de la Corte '(…) si la demanda versa sobre preceptos legales derogados antes de entrar a regir la Constitución de 1991, pero que aún continúan produciendo efectos, la Corte tiene el deber de emitir pronunciamiento de fondo y en el evento de que la norma ya no los esté produciendo, la decisión ineludiblemente ha de ser inhibitoria por carencia actual de objeto'".

61. En consecuencia, en atención a que no se presentan elementos que permitan determinar

que el artículo 102 del Código de Comercio, el cual entró en vigencia en el año de 1971, hubiese sido derogado o que la disposición no esté surtiendo efectos jurídicos, no cabe duda sobre la competencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional para pronunciarse sobre la acción pública de inconstitucionalidad de la referencia. Se procederá entonces con la verificación de la aptitud de la demanda.

62. De manera preliminar y como una cuestión previa, la Sala determinará si la demanda de inconstitucionalidad cumple con los criterios necesarios para que esta Corporación emita un pronunciamiento de fondo. Esto, en consideración a lo indicado por la Universidad Pontificia Bolivariana en su concepto.

63. La Corte Constitucional ha establecido que, aun cuando la oportunidad procesal para determinar la aptitud de una demanda de inconstitucionalidad corresponde al auto admisorio, la Sala Plena puede adelantar un nuevo examen sobre ese tema en su sentencia. Esto, sobre todo, cuando alguno de los intervinientes, los expertos invitados, la Procuraduría General de la Nación o los Magistrados de la misma Corte manifiesten la posible ineptitud de la demanda a estudiar. Con los aportes de los sujetos anteriormente enunciados, la Sala Plena cuenta con mayores elementos de juicio para efectuar un análisis completo y en detalle sobre su competencia para proferir una decisión de fondo.

64. En este caso, la Universidad Pontifica Bolivariana adujo que la demanda no cumple con las exigencias de aptitud necesarias para que se tome una determinación de fondo, por lo que corresponde es proferir una decisión inhibitoria. Según esa casa de estudios, los argumentos planteados por los accionantes carecen de certeza y, por lo tanto, de suficiencia. Específicamente, aduce que el requisito de certeza implica que la acusación se dirija contra una “proposición jurídica existente, respecto de una interpretación plausible y que no infiera consecuencias subjetivas sobre la disposición demandada”. A partir de lo anterior, señala que el libelo no propone un cargo cierto, pues se basa en una interpretación incompleta y puramente subjetiva del contenido normativo acusado.

65. Específicamente, para el aludido centro de educación superior, la interpretación gramatical, objetiva y sistemática del término acusado no conduce a un trato discriminatorio que afecta a las parejas del mismo sexo o a los compañeros permanentes. A su juicio, el hecho de que el artículo demandado refiera que se considerará válida la sociedad que se

constituya entre ‘cónyuges’ no significa necesariamente que se estime inválida o nula la sociedad conformada entre compañeros permanentes, sin importar si son del mismo o de diferente sexo. Lo anterior, pues el propósito del artículo 102 demandado fue desvirtuar la presunción de mala fe respecto de los negocios jurídicos celebrados entre cónyuges, que se encontraba en los artículos 1852 del Código Civil y 3º de la Ley 28 de 1932, los cuales calificaban como nulas o inválidas las compraventas y donaciones entre esposos. Así, el propósito real del artículo 102 del Código de Comercio fue disipar cualquier incertidumbre respecto de la validez de las sociedades en las que son parte cónyuges o sus hijos, así como de los aportes que ellos realicen a esa empresa.

66. A partir de lo anterior, la Universidad Pontifica Bolivariana indicó que una interpretación sistemática del artículo 102 acusado, de la mano del artículo 6º de la Constitución, permite concluir que a los particulares les está permitidos hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley. En consecuencia, los compañeros permanentes, sean o no parejas del mismo sexo, también están autorizados, al igual que los cónyuges, para constituir entre ellos y con sus hijos sociedades comerciales y a realizar los aportes que estimen convenientes. Por último, ese centro de estudios soporta su solicitud inhibitoria en la Sentencia C-127 de 2020, según la cual esta Corte debe declararse inhibida ante omisiones legislativas relativas, pues si una norma no establece una distinción, no le corresponde definir tal distinción a su intérprete.

67. Luego de estudiar los argumentos anteriormente resumidos, la Sala Plena considera que el cargo admitido de la demanda sí cumple con el criterio de certeza y, por ende, es suficiente y hay lugar a adoptar una decisión de fondo en este caso. Contrario a lo señalado por la Universidad Pontificia Bolivariana, esta Sala no considera que la lectura que los accionantes hacen del artículo 102 demandado corresponda a una interpretación incompleta o subjetiva de su contenido normativo. Para esta Corporación, resulta evidente que el aludido artículo incluye la palabra cónyuges. Así, una lectura literal de ese término sí puede excluir del alcance del artículo 102 demandado, a compañeros permanentes o a uniones familiares conformadas por parejas del mismo sexo de manera solemne o natural.

68. Al respecto, la Sala considera necesario precisar el alcance del término ‘cónyuges’ acusado, contenido en el artículo 102 del Código de Comercio. En primera medida, ese código se adoptó mediante el Decreto 410 de 1971, específicamente, el 16 de junio de 1971

conforme al Diario Oficial No. 33.339 de tal fecha. Dado el tiempo en el cual ese compendio normativo se expidió, es razonable sostener que el alcance del término ‘cónyuges’ correspondía a aquel que le confería el Código Civil y la Constitución vigentes en ese momento.

69. Así, en segunda medida, hay lugar a referir el artículo 113 del Código Civil, según el cual 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 auxiliarse mutuamente. A su vez, artículos como el 108 o el último inciso del artículo 61 de ese código indican que el término cónyuge alude a la persona –hombre o mujer– que ha celebrado el contrato solemne de matrimonio. Por ende, es razonable considerar que el término ‘cónyuges’ contenido en el artículo 102 del Código de Comercio corresponde a la acepción que le confirió el Código Civil para el momento en el que entró en vigencia: la de un hombre y una mujer unidos por un matrimonio, exclusivamente.

70. En tercera medida, la ampliación del concepto de familia más allá del concepto clásico de un hogar formado por hombre y mujer heterosexuales, unidos por el contrato solemne del matrimonio, se ha dado principalmente luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. Ha sido mediante avances legislativos concomitantes o posteriores, así como por la jurisprudencia constitucional, que se ha extendido el concepto de familia a otros sujetos o formas de uniones. En esa medida, surge la necesidad de contrastar el alcance del vocablo ‘cónyuges’ contenido en el Código de Comercio adoptado en 1971, con la noción vigente y actual de familia.

71. La misma Corte Constitucional señaló la desprotección que sufrían otras formas de familia distintas al matrimonio, durante la vigencia de la Constitución Política de 1886. Así lo hizo en la Sentencia C-577 de 2011 en los siguientes términos:

“2.9.1. El tardío reconocimiento legal de las uniones maritales de hecho entre parejas heterosexuales es precisamente la injusticia que no se quiso repetir bajo el imperio del orden constitucional vigente. Durante años, las familias constituidas fuera del matrimonio tuvieron un reconocimiento menor. Aquellas formas de familia que en los años de la Colonia fueron reconocidas al menos parcialmente, en calidad de personas en barraganía, pasaron luego a ser excluidas y penalizadas en los primeros años del siglo veinte, bajo el concepto de ‘dañado y punible ayuntamiento’. El resto del siglo XX, las parejas de hombres y mujeres no

casadas, simplemente fueron fenómenos sociológicos desconocidos por el ordenamiento jurídico mediante la categoría de concubinos. Las pocas protecciones que el sistema jurídico le brindaba a este tipo de familias eran residuales y marginales, como por ejemplo, la conocida y audaz tesis de la sociedad de hecho entre concubinos, fijada en una sentencia de 1935 de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, salvo en aquel caso de los años treinta y en algunas excepciones posteriores, lamentablemente la línea jurisprudencial en cuestión no solía proteger a las sociedades de hecho entre personas no casadas, llamadas entonces 'concubinos'.

"2.9.2. La protección a la familia por parte de la Constitución de 1991 es, entre otras cosas, una promesa de que tal exclusión social nunca más se repetiría. Aceptar que la familia es un fenómeno sociológico antes que jurídico es, precisamente, una manera de impedir que cientos de familias que existen en la realidad, puedan ser invisibilizadas porque las posiciones dominantes tradicionales consideran que ese tipo de organización social no constituye el ideal de familia o el deber ser que grupos mayoritarios o influyentes en la sociedad pueden imponer a los demás. En una nación pluriétnica y multicultural como Colombia, con un tejido social afectado por el conflicto armado, no se puede pretender que existe un único modelo ideal constitucional de familia, que se le impone a todas las personas. Nada más contrario a la defensa de la libertad y la dignidad de las personas."

(negrilla añadida al texto original)

72. Así pues, la Sala Plena considera que el cargo planteado por los accionantes es cierto pues, como se indicó en precedencia, su interpretación respecto del vocablo 'cónyuge' tiene el potencial efecto de excluir aquellos sujetos que integran una familia, a través de un vínculo natural o solemne. En esa medida, el cargo también es suficiente, pues genera un mínimo de duda respecto de la constitucionalidad del término acusado.

73. Cabe añadir también que la Corte Constitucional en otras ocasiones ha reconocido la necesidad de pronunciarse de fondo acerca de normas que contienen el vocablo 'cónyuges'. Por ejemplo, la Sentencia C-456 de 2020 declaró exequiblemente condicionadamente las expresiones 'cónyuge', 'casada', 'cónyuges' y 'marido y mujer' contenidas en los artículos 19 numeral 2, 61, 745, 1025 numeral 2, 1026 inciso segundo, 1056, 1068 numeral 13, 1119, 1125, 1161, 1165, 1195, 1196, 1266 numeral 1 y 1488 del Código Civil, bajo el entendido de

que esas expresiones se refieren, en igualdad de derechos y deberes, a los cónyuges y a los compañeros permanentes de las uniones maritales de hecho, tanto de parejas de distinto sexo como de parejas del mismo sexo.

74. Un tiempo atrás, mediante Sentencia C-283 de 2011, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 1016-5, 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil, bajo el entendido que, a la porción conyugal regulada en esas disposiciones, también tienen derecho los compañeros permanentes y las parejas del mismo sexo. A su turno, la Sentencia C-238 de 2012 declaró exequibles los artículos 1040, 1046 y 1047 del Código Civil, bajo el entendido de que la expresión cónyuge contenida en esas normas comprende al compañero o compañera permanente de distinto o del mismo sexo. Mediante esa providencia, esta Corporación extendió la vocación hereditaria prevista en esos artículos –textualmente– para quienes tuvieran la calidad de cónyuges, a compañeros o compañeras permanentes de uniones de hecho, sin consideración al sexo de quien puede suceder.

75. Una década antes, en Sentencia C-029 de 2009, la Sala Plena declaró la exequibilidad condicionada del numeral 1º del artículo 411 del Código Civil, en el entendido que también comprende, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo. Se trata de la norma sobre la obligación de proveer alimentos. En esa misma decisión, esta Corte declaró la exequibilidad condicionada de las expresiones ‘compañero’ o ‘compañera permanente’ y ‘compañeros permanentes cuya unión haya perdurado por lo menos dos años’ contenidas en el artículo 4º de la Ley 70 de 1931 (modificada por la Ley 495 de 1999) y el artículo 12 de la Ley 258 de 1996, en el entendido en que la protección patrimonial que en ellos se consagra, se extiende en igualdad de condiciones, a las parejas del mismo sexo.

76. Ahora bien, cabe mencionar que la Sala Plena, en Sentencia C-220 de 2019, se declaró inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la expresión ‘varón’ contenida en el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017 “[p]or la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”. En esa oportunidad, los accionantes plantearon un cargo de omisión legislativa relativa (en el cual se subsumían los cargos por violación de los artículos 1º, 13 y 16 Superiores) y solicitaron la exequibilidad condicionada del término ‘varón’, pues –a su juicio– este no regula de manera específica la situación militar de los hombres transgénero. Esta Corporación adoptó una decisión inhibitoria, luego de determinar

que el cargo propuesto no cumplió con el criterio de certeza, respecto de la aducida omisión legislativa. En concreto, la Sala sostuvo en esa providencia, entre otras cosas, que la expresión ‘varón’ y ‘mujer’ debían interpretarse de acuerdo con la jurisprudencia, es decir, “… en el sentido de que no excluyen de sus consecuencias jurídicas a las mujeres transgénero y a los hombres transgénero, respectivamente”.

77. En contraste con la decisión anterior, la Sala Plena considera que en el presente asunto sí hay lugar a proferir una determinación de fondo, pues los cargos planteados en uno y otro caso son diferentes. La Sentencia C-220 de 2019 estudió si el cargo por omisión legislativa relativa (sobre el cual se cimentó la demanda) reunía los criterios definidos por la jurisprudencia para un cargo de esa naturaleza. En este caso, los demandantes no plantearon un cargo por omisión legislativa relativa. Como se anotó en precedencia, los cargos admitidos versan sobre el desconocimiento del artículo 13 (igualdad) y 93 (referente al bloque de constitucionalidad).

79. Aunado a lo anterior, la Sala Plena considera que la duda planteada por algunos de los intervinientes, respecto de la supuesta ausencia de certeza en el cargo, debe abordarse a partir del principio pro actione. Sobre ese tema, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que las exigencias argumentativas de los cargos de inconstitucionalidad no pueden leerse de una manera excesivamente rigurosa, a tal punto que se disuada a los ciudadanos de ejercer ese derecho político. Así entonces “para fundar una sentencia inhibitoria por inaptitud sustancial de la demanda se requiere que esta sea manifiesta”.

80. En consecuencia, la supuesta falta de certeza respecto del entendimiento que los accionantes hacen de la norma demandada debe estudiarse a partir de los siguientes elementos, propios del principio pro actione: (i) que a los ciudadanos no se les exige cualificación académica alguna como requisito para formular la acción pública de inconstitucionalidad; (ii) que el análisis excesivamente estricto de las exigencias argumentativas puede afectar la democracia participativa; (iii) que las sentencias inhibitorias deben ser excepcionales, en aras de proteger el derecho de acceso a la justicia, y (iv) que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que siempre que exista duda sobre el cumplimiento de alguno de los criterios argumentativos o adjetivos de una demanda, este debe resolverse a favor del accionante; eso es, prefiriéndose un fallo de fondo. Cabe anotar también que la aplicación del principio pro actione materializa la prevalencia del derecho

sustancial sobre el formal, previsto de manera explícita en el artículo 228 C.P.

81. En suma, la prevalencia del principio pro actione se funda en el derecho de los ciudadanos a contribuir y participar en el control del ejercicio del poder legislativo y la defensa de la integridad y supremacía del Texto Superior, a través de la acción pública de inconstitucionalidad.

82. En conclusión, la Sala estima que el cargo admitido en el presente asunto sí cumple con el criterio de certeza y, por ende, es suficiente para plantear un mínimo de duda constitucional que haga posible un pronunciamiento de fondo sobre la expresión 'cónyuges' del artículo demandado. Esto pues la literalidad de ese vocablo si puede suponer una exclusión de otras formas de familia que también gozan de protección constitucional. Además, esta Corporación ha proferido decisiones previas en las que evaluó la exequibilidad de ciertos artículos en los que se incluyó el término 'cónyuge', para determinar si debe entenderse como que esa expresión abarca compañeros o compañeras permanentes homosexuales o heterosexuales.

83. Todo lo anterior, en aplicación del principio pro actione, el cual funge como un parámetro de estudio transversal a las distintas exigencias argumentativas, incluyendo el criterio de certeza. Así, a partir de las consideraciones anteriores, la Sala insiste en que aun cuando algunos de los intervinientes plantearon dudas respecto de la certeza en el entendimiento que los accionantes hacen sobre el alcance del vocablo demandado, ante tal duda, debe privilegiarse una decisión de fondo que haga efectiva los derechos a la administración de justicia, la supremacía constitucional y la participación democrática descritos anteriormente. Por ende, hay lugar a un estudio de fondo de la demanda de inconstitucionalidad propuesta.

D. Asunto objeto de análisis y problema jurídico

84. Los demandantes consideran que la familia no se conforma exclusivamente a partir de un matrimonio heterosexual, tal y como lo concibió el legislador en el Código de Comercio al incluir el vocablo 'cónyuges' en el artículo 102 de ese compendio. Según ellos, hoy se reconoce la existencia de familias conformadas, no por un vínculo estrictamente solemne (como es el matrimonio), sino por la simple voluntad de quienes las constituyen, como es el caso de las uniones maritales de hecho. Aunado a lo anterior, también hay familias compuestas por parejas del mismo sexo a través de un vínculo solemne o de compañeros

permanentes. En consecuencia, la literalidad del término ‘cónyuges’ incluido en el artículo 102 del Código de Comercio excluye a todas aquellas familias de cualquier orientación sexual que no tienen origen en una relación solemne, es decir, en un matrimonio.

85. Es por lo anterior que los actores consideran que el artículo 102 (parcial) del Código de Comercio vulnera el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, así como su artículo 93, en virtud del cual sirven como parámetro de control el Pacto Internacional de Derechos y la Convención Americana de Derechos Humanos, por ser parte del bloque de constitucionalidad. Específicamente, los demandantes aducen que la expresión ‘cónyuges’ es discriminatoria, pues priva de validez a las sociedades familiares (e impide la realización de aportes a estas), para aquellas personas heterosexuales en unión libre, o para cualquier tipo de familia conformada por personas del mismo sexo.

86. Conforme a los argumentos planteados en la demanda, las intervenciones y el concepto de la Procuraduría General de la Nación, le corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿el vocablo ‘cónyuges’ contenido en el artículo 102 del Código de Comercio vulnera los artículos 13 y 93 del Texto Superior, referentes al principio de igualdad y al bloque de constitucionalidad, respectivamente, así como los artículos 1º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1º y 24 la Convención Americana de Derechos Humanos, al excluir en su literalidad a familias heterosexuales originadas en una unión marital de hecho o a parejas del mismo sexo conformadas a partir de un vínculo solemne o natural?

87. Para resolver el cuestionamiento jurídico planteado en precedencia, la Sala Plena: (i) abordará el concepto de sociedad de familia; (ii) reiterará el concepto vigente de familia a la luz de la Constitución y su proyección en distintas áreas del derecho; (iii) se referirá a la validez de las diferenciaciones normativas entre el matrimonio y la unión marital de hecho; (iv) estudiará la protección constitucional de las familias conformadas por parejas del mismo sexo; (v) expondrá ciertas disposiciones del bloque de constitucionalidad referentes a la igualdad y la no discriminación (puntualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos). Por último, analizará la constitucionalidad del vocablo acusado.

E. La sociedad de familia

88. La Constitución Política ni la legislación nacional prevén una definición específica para una sociedad comercial integrada por miembros de una misma familia o por aportes de estos. Sin perjuicio de lo anterior, una sociedad familiar puede entenderse como una forma de organización económica o empresarial, constituida en alguno de los distintos tipos de sociedades previstos en la ley, en la que concurren aportes de dinero, trabajo o de otros bienes –de integrantes de una misma familia– con el fin de ejercer un objeto social. La sociedad, una vez constituida con apego a la ley, constituye una persona jurídica distinta de quienes la conforman.

89. Sobre este punto, la Superintendencia de Sociedades ha indicado lo siguiente: "[e]s necesario tener en cuenta que las sociedades de familia, aun cuando no están así definidas, están reconocidas en la legislación mercantil, cuando el artículo 102 del Código de Comercio expresamente manifiesta que son válidas las sociedades constituidas entre 'padres e hijos o entre cónyuges, aunque unos y otros sean los únicos asociados'". Esa misma Superintendencia, en concepto posterior, estableció que "las sociedades de familia, independientemente del tipo societario (colectivas, en comanditas, limitadas, anónimas) son en la práctica aquellas controladas por miembros de una misma familia…".

90. Ahora bien, como las sociedades familiares no son un tipo especial o diferente a las diversas formas de contratos societarios definidos en la ley, estas pueden tomar cualquiera de los tipos que la legislación defina. La doctrina y la jurisprudencia han considerado que el carácter de sociedad familiar se ostenta a partir de dos requisitos: (i) la existencia de control económico o financiero, y (ii) el control ejercido por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil. De acuerdo con la Superintendencia de Sociedades, existe control económico cuando uno o varios socios han hecho aportes suficientes para representar un interés mayoritario.

91. Aun cuando no existe una definición legal sobre las sociedades familiares, si hay disposiciones en el sistema normativo que se refieren a ella. En primer lugar, se encuentra el artículo 102 del Código de Comercio demandado en esta oportunidad. Como se expone a lo largo de esta providencia, su intención fue disipar cualquier duda respecto de la validez de las sociedades integradas por miembros de una misma familia o por los aportes realizados a ella por esas personas. En segundo lugar, el artículo 435 del Código de Comercio prevé que solamente en las sociedades de familia podrá haber juntas directivas integradas por una

mayoría de personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil. En tercer lugar, el artículo 312 del Estatuto Tributario también hace mención expresa a las sociedades de familia. Esto al señalar que, para determinar la ganancia ocasional, no se aceptarán pérdidas causadas por la enajenación de derechos sociales o acciones de sociedades de familia.

92. Por último, cabe resaltar también el propósito u objetivo de constituir una sociedad de familia, más allá incluso de su objeto social, cualquiera que este sea. La Superintendencia de Sociedades ha establecido que la sociedad familiar se constituye con el objetivo de involucrar a los miembros de una misma familia en la explotación del objeto social empresarial (o negocio). Aunado a lo anterior, para esta Sala, a partir de lo previsto en el artículo 42 Superior, una sociedad familiar también puede tener como fin garantizar, mantener o incrementar el patrimonio de la familia, con el fin de que esta cuente con los recursos necesarios para subsistir de manera digna y de garantizar el sostenimiento y la educación de los hijos, si los hubiere. Así, constituye también un norte loable desde una perspectiva constitucional asegurar la continuación de una compañía que permita garantizar el sustento de distintas generaciones. Ello, a partir de la autonomía de la voluntad y de la confianza que surge del vínculo afectivo existente entre cónyuges o compañeros permanentes y padres e hijos, para formar sociedades entre ellos.

F. Introducción: la noción actual de familia y su proyección en distintas áreas del derecho

93. La Constitución Política en su artículo 42 establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Esta puede constituirse mediante vínculos naturales o jurídicos, a partir de la decisión libre o por la voluntad responsable de quienes deciden conformarla. Dado su rol en la colectividad, el Estado y la sociedad deben garantizar la protección integral de la familia.

94. Como se indicará en detalle en las secciones siguientes, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y, progresivamente, la institución familiar se ha proyectado en todas las esferas sociales, lo cual incluye aspectos económicos, sociales y culturales. En esa medida, constituye un referente nuclear para todas las áreas del derecho, al tiempo que funge como parámetro esencial en la formulación de políticas públicas. Por ejemplo, el sistema de salud está

planteado a partir de una protección amplia para quienes conforman la familia, con énfasis en aquellos sujetos de especial protección constitucional como los niños o las mujeres en estado de gestación. Lo propio ocurre con otros aspectos de la seguridad social, como las pensiones por edad, muerte o incapacidad, cuya titularidad se extiende al grupo familiar y no sólo a la persona que cotiza al sistema pensional o que ya tiene la calidad de pensionado. Aunado a lo anterior, el hecho de que la concepción de familia se haya extendido a otras esferas sociales, supuso que su regulación no esté circunscrita, por ejemplo, al Código Civil. Como ocurre con la disposición demandada en este expediente, distintas reglas sobre el alcance o efectos del concepto de familia se encuentran dispersas en diversos compendios normativos, como, por ejemplo, la Ley 100 de 1993 o el mismo Código Civil. También hay vínculos relevantes de parentesco en materia penal como los delitos de inasistencia alimentaria o violencia intrafamiliar (artículos 233 y 229, respectivamente, del Código Penal). En el ámbito de vivienda también es relevante el concepto de familia, tal y como lo prevé la Ley 258 de 1996, por la cual se establece la afectación a vivienda familia.

95. En efecto, tal y como se describirá en los acápites siguientes, la jurisprudencia constitucional ha ampliado el alcance del concepto de familia, el cual abarca a las personas unidas con la intención de realizar una vida común por un vínculo natural o solemne, ya sea que quienes la integran tengan el mismo sexo o no.

G. La validez de las diferenciaciones normativas entre el matrimonio y la unión marital de hecho. Reiteración de jurisprudencia.

96. Como se indicó en precedencia, el artículo 42 Superior reconoce y protege las distintas formas de conformar una familia. En consecuencia, tanto el matrimonio como contrato y unión solemne, como las uniones maritales de hecho, son arreglos familiares válidos que gozan de protección jurídica en un marco de igualdad. Sin embargo, ello no se traduce en que ambas formas de configurar una familia sean idénticas. La voluntad de quienes deciden integrar una familia de una u otra forma no obliga al Legislador a equiparar íntegramente ambas instituciones. Por ende, una y otra (matrimonio y unión marital) son protegidas y reguladas por la ley de acuerdo con sus particularidades propias.

97. Sobre ese asunto, la presente providencia reitera las consideraciones planteadas en la Sentencia C-456 de 2020. En esa oportunidad, esta Corporación declaró condicionalmente

exequible las expresiones “cónyuge”, “casada”, “cónyuges” y “marido y mujer” contenidas en los artículos 19 numeral 2, 61, 745, 1025 numeral 2, 1026 inciso segundo, 1056, 1068 numeral 13, 1119, 1125, 1161, 1165, 1195, 1196, 1266 numeral 1 y 1488 del Código Civil, por los cargos examinados en esta sentencia, bajo el entendido de que estas expresiones se refieren, en igualdad de derechos y deberes, a los cónyuges y a los compañeros permanentes de las uniones maritales de hecho, tanto de parejas de distinto sexo como de parejas del mismo sexo.

98. Así, de conformidad con lo expuesto en la Sentencia C-456 de 2020, existe una diferencia entre la regulación del matrimonio y la de la unión marital de hecho. Por una parte, en lo que respecta al matrimonio, el Código Civil adoptó y reguló una institución familiar que responde a la noción vigente para el momento de su entrada en vigencia (año 1873). De acuerdo con el artículo 113 de ese Código, el matrimonio es un contrato solemne por el cual “un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”. Esa regulación exhaustiva se materializa en el mismo Código Civil el cual regula: (i) los requisitos y criterios de perfeccionamiento (artículos 113-139), (ii) las causales de nulidad y sus efectos (artículos 140-151); (iii) su disolución, el divorcio y la separación de cuerpos (artículos 153-168); (iv) las obligaciones y derechos entre cónyuges (artículos 176-212), y (v) el régimen de alimentos (artículos 411 a 427), entre otros.

99. Por otra parte, no existe una regulación igualmente exhaustiva respecto de la unión marital de hecho. Leyes como la 54 de 1990 y la 1564 de 2012 reglamentan asuntos específicos como el régimen de bienes entre compañeros permanentes o los mecanismos para declarar la existencia de la unión marital de hecho, sin embargo, no hay una regulación integral sobre todos los aspectos a los que se refiere el Código Civil en relación con el matrimonio.

100. La jurisprudencia ha explicado que la situación anteriormente descrita genera tres debates, a partir de la diferenciación –expresa o tácita– que el Legislador ha efectuado entre el matrimonio y la unión marital, mediante los distintos cuerpos normativos adoptados para regular una y otra institución. El primer debate cuestiona si desde el punto de vista constitucional, resulta necesario extender a los compañeros permanentes el régimen legal previsto en el Código Civil para el matrimonio. Esto, en consideración a que ese código precede en el tiempo a la Constitución Política de 1991. Asuntos como las obligaciones

alimentarias, la porción conyugal, la vocación de herencia o las causales de disolución del matrimonio han sido analizadas a partir de ese cuestionamiento.

102. El tercer debate gira en torno a aquellos eventos en los que el Legislador, por fuera del Código Civil, ha establecido reglas diferentes para el matrimonio, por una parte, y para la unión marital de hecho, por otra. Tal es el caso de las reglas referentes a la adopción conjunta o a la afiliación al sistema de salud. En ambos casos, tanto cónyuges como compañeros permanentes pueden adoptar niños y niñas, al tiempo que ambos pueden ser beneficiarios en salud. Sin embargo, el Legislador planteó reglas diferentes para cada circunstancia, en función del tipo de vínculo.

103. La conclusión a la que ha llegado la Corte Constitucional, a partir de los debates anteriormente reseñados, es que tanto el matrimonio como la unión marital, al ser maneras de integrar una familia, gozan de protección constitucional en condiciones de igualdad. Sin embargo, tal igualdad no implica de suyo una asimilación o equiparación absoluta entre ambas instituciones, ni entre las normas que las regulan. El mandato de igualdad se traduce en una obligación de proteger ambas instituciones conforme a las particularidades y especificidades propias de cada una.

104. A partir de ese presupuesto general, esta Corporación ha definido dos criterios para determinar la validez de las diferencias legales que el Legislador ha establecido para una u otra institución. Por una parte, hay escenarios que, dada la naturaleza de la unión marital de hecho, justifican o requieren necesariamente unos parámetros distintos a las reglas del matrimonio. Su propósito es proteger la informalidad, flexibilidad y libertad inherentes a esa manera de conformar una familia o salvaguardar derechos o bienes propios de ese vínculo familiar, frente a relaciones efímeras o pasajeras que no pueden calificarse como uniones maritales de hecho, pues no gozan de estabilidad, solidez o cierta vocación de permanencia en el tiempo.

105. Por otra parte, es necesario que el ordenamiento jurídico cuente con un esquema de protección integral para aquellas parejas que optan por entablar una vida en común y conformar un hogar a partir de la solidaridad, el cuidado y el apoyo recíproco, con vocación de permanencia en el tiempo. Ese sistema debe garantizar los derechos y beneficios que son propios de esa forma de configurar una familia a través de un matrimonio.

106. Los dos criterios anteriores le han servido a esta Sala para evaluar la constitucionalidad de normas del Código Civil o de otras que preceden a la Constitución de 1991, así como legislación promulgada con posterioridad pero que regula de manera diferente ciertos aspectos de las uniones maritales de hecho, frente a las condiciones establecidas para los matrimonios. En general, esta Corte ha considerado que aunque el vínculo entre los compañeros permanentes se encuentra permeado por la libertad de cada uno de estos en su conformación, mantenimiento y finalización, la circunstancia de que las parejas opten por hacer una vida en común y por conformar un nuevo hogar a partir de la solidaridad mutua y del cuidado y apoyo recíproco, obliga a establecer un sistema integral que garantice el equilibrio de cargas y beneficios entre los miembros que integran la pareja, y a reconocer este núcleo como una familia para todos los efectos legales.

107. En relación con aquellos reconocimientos propios del contrato matrimonial, que no de las uniones maritales, cabe destacar las Sentencias C-533 de 2000 y C-821 de 2005, en las que la Corte Constitucional concluyó que las normas propias del vínculo matrimonial no son automáticamente aplicables a las uniones maritales de hecho. Por ejemplo, la Sentencia C-821 de 2005 declaró que no contrariaba la Constitución el hecho de que se estableciera como causal de divorcio para un matrimonio, las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges (artículo 6.1 de la Ley 25 de 1992). Regla que no se definió de manera semejante para las uniones maritales de hecho. A partir de debates de ese tipo, la Corte ha establecido que la unión permanente es una forma de familia reconocida y protegida por la Constitución, lo cual no significa de suyo que su regulación debe ser idéntica a la del matrimonio.

108. En lo que respecta a reconocimientos propios de la unión marital, esta Corporación ha determinado que es necesario proteger a los integrantes o parientes de esa unión, cuando la informalidad propia de ese vínculo pone en peligro intereses legítimos o ciertos derechos. Por ejemplo, esta Corte declaró la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 54 de 1990 mediante Sentencia C-257 de 2015. En esa oportunidad, la Sala Plena consideró que era válido que el Legislador hubiese establecido un término mínimo de dos años para el surgimiento de la sociedad patrimonial, cosa que no ocurre con la sociedad conyugal la cual nace con el perfeccionamiento del matrimonio. Arribó a esta conclusión, pues la anotada exigencia busca evitar que vínculos sentimentales de poca duración tengan consecuencias económicas. Por el contrario, en el matrimonio existe un contrato solemne en el que los

cónyuges conscientes y deliberadamente acuerdan entregar su patrimonio al proyecto común, por lo que, en este contexto específico, carece de todo sentido supeditar la voluntad de las partes al transcurso del tiempo.

109. Sin perjuicio de lo anterior, esta Corte también ha determinado que algunas reglas que establecen una diferencia normativa entre matrimonios y uniones maritales son inexequibles. En esos casos, la Sala Plena ha indicado que la diferenciación entre ambas formas de integrar una familia desconoce el deber de protección igualitaria del que deben gozar ambas instituciones. Esto ha ocurrido, con ciertas disposiciones de derecho privado que preceden a la Constitución de 1991.

110. En función del aludido criterio, esta Corte ha evaluado múltiples normas que, en distintos contextos, han establecido una diferenciación normativa constitucionalmente inadmisible. En general, esta Corporación ha considerado que aunque el vínculo entre los compañeros permanentes se encuentra permeado por la libertad para decidir la conformación, mantenimiento y finalización de ese tipo de familia, la circunstancia de que las parejas opten por hacer una vida en común y por conformar un nuevo hogar a partir de la solidaridad mutua y del cuidado y apoyo recíproco, obliga a establecer un sistema integral que garantice el equilibrio de cargas y beneficios entre los miembros que integran la pareja, y a reconocer este núcleo como una familia para todos los efectos legales.

111. Esto ha ocurrido con las normas preconstitucionales que, en el ámbito del derecho privado, establecieron un régimen de protección para los cónyuges y no para los compañeros permanentes. En distintos contextos, esta Corte ha ordenado la aplicación extensiva de las normas legales previstas en la legislación civil para el matrimonio, con el objeto de preservar el equilibrio de cargas y beneficios entre los compañeros permanentes.

112. En la Sentencia C-477 de 1999, esta Corte estudió las normas relativas a la adopción por consentimiento prevista en el Código del Menor. En esa providencia, esta Corporación determinó que restringir la adopción a parejas de compañeros permanentes era inconstitucional, pues discriminaba a las familias formadas por vínculos naturales, al tiempo que limitada el derecho de los niños y niñas a tener una familia. En esa oportunidad, se declaró la exequibilidad de la norma demandada, bajo el entendido de que este incluye también a los compañeros permanentes que tienen la voluntad de adoptar un hijo en pareja.

113. A su vez, la Sentencia C-1033 de 2002 extendió a los compañeros permanentes la aplicación de las normas del Código Civil que prevén la obligación alimentaria entre cónyuges. La Corte determinó que el principio de solidaridad conlleva –para ambas formas de integrar una familia– suministrar los medios necesarios de subsistencia para quienes la integran y para aquellos miembros que no cuentan con la capacidad de obtenerlos por sí solos. En ese caso, la Sala estableció que las uniones maritales también están cimentadas en la ayuda y el socorro mutuo, por lo que no es proporcional que se provea un tratamiento desigual en materia de alimentos a los cónyuges, frente a los compañeros permanentes, por el mero origen de su vínculo.

114. En un mismo sentido, la Corte Constitucional exhortó en la Sentencia C-016 de 2004 al Congreso para que extendiera el delito de inasistencia alimentaria a los compañeros permanentes de una unión marital. En ese caso, consideró que existía una obligación legal idéntica de suministrar alimentos a cónyuges y a compañeros permanentes, por lo que la herramienta punitiva diseñada por el Legislador debía comprender a ambas formas de integrar una familia.

115. Otro ejemplo, en materia de seguridad social, está dado por la Sentencia C-521 de 2007. En ella se declaró la inexequibilidad del aparte normativo del artículo 163 de la Ley 100 de 1993 que condicionaba el reconocimiento de la calidad de beneficiario de los afiliados al sistema de salud, a que el compañero o compañera permanente hubiera convivido de manera efectiva durante dos años con el afiliado. La Sala dispuso que ese requisito constituía una extrapolación contraria al Texto Superior, de las normas del orden patrimonial que exigen una convivencia por ese mismo tiempo para el surgimiento de la sociedad patrimonial. Por ende, supeditar el acceso al derecho a la salud a ese criterio constituía una forma de discriminación basada en la manera como se conformó cierta familia.

116. En otros asuntos de materia civil, las Sentencias C-283 de 2011 y C-238 de 2012 ordenaron la aplicación extensiva a los compañeros permanentes de las normas del Código Civil referentes a la porción conyugal y a la aptitud hereditaria de los cónyuges. En esas decisiones, la Corte indicó que el matrimonio y la unión marital de hecho compartían la vocación de un proyecto de vida basado en el apoyo y ayuda recíprocas. Por ende, la muerte de una de las parejas en ambas instituciones mantenía por un tiempo ese sistema de protección, pues el patrimonio obtenido por ambos en vida debía apoyar el sostenimiento del

cónyuge o compañero supérstite. Así, la informalidad de las uniones maritales no podía implicar el desamparo de quienes la integran, como tampoco podía hacer inaplicable la protección patrimonial que el Código Civil previó para el contrato de matrimonio.

117. A su turno, la Sentencia C-117 de 2021 declaró exequible condicionadamente el numeral 4º del artículo 411 del Código Civil, bajo el entendido que esa disposición es aplicable a los compañeros permanentes que, al término de una unión marital de hecho, les sea imputable una situación de violencia intrafamiliar o conductas a las que se refiere el numeral 3º del artículo 154 de ese mismo código. En esa ocasión, la Corte determinó que las mujeres compañeras permanentes de una unión marital de hecho tienen derecho a alimentos ante hechos de violencia intrafamiliar –en igualdad de condiciones– como ocurre con las mujeres casadas bajo un matrimonio solemne.

118. En resumen, esta Corporación ha considerado, a partir del artículo 42 Superior, que las parejas de compañeros permanentes en unión marital de hecho gozan de la misma protección que se predica de las parejas que han contraído matrimonio. Lo anterior, sin embargo, no supone que la regulación aplicable para una u otra institución deba ser idéntica. Así, en principio y en aplicación del principio de igualdad, no deben existir normas que privilegien o confieran mayores derechos a las personas unidas en matrimonio, respecto de aquellas que integran una unión marital de hecho. Sin embargo, puede haber circunstancias en la que el Legislador cuente con una justificación amparada en el Texto Superior, para establecer una diferencia en la regulación de esas instituciones como, por ejemplo, para mantener el carácter informal o flexible de las uniones de hecho.

H. La protección constitucional de las familias conformadas por parejas del mismo sexo. Reiteración de jurisprudencia.

119. La Corte Constitucional ha extendido la protección de la que están investidas las familias heterosexuales, a aquellas parejas unidas por un vínculo solemne o natural, integradas por personas del mismo sexo. Esta Corporación, a partir del mandato de igualdad, ha considerado que el Texto Superior cobija y provee derechos para las parejas homosexuales. Lo anterior supone una protección en doble vía, pues proscribe la discriminación de esas familias, a partir de su orientación sexual.

120. En tal sentido, la Sentencia C-075 de 2007 declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990

(modificada por la Ley 979 de 2005), en el entendido que el régimen de protección contenido en ella también se aplica a las parejas homosexuales. Así, la Sala Plena estableció que las parejas del mismo sexo también pueden constituir una unión marital de hecho, en los mismos términos previstos para las parejas de compañeros permanentes heterosexuales.

121. De manera progresiva, esta Corporación ha ampliado los derechos de las parejas del mismo sexo mediante Sentencias como la C-811 de 2007, C-029 de 2009, C-283 de 2011, C-238 de 2012, C-336 y C-798 de 2008, C-577 de 2011, C-071 y C-683 de 2015, C-456 de 2020, C-415 de 2022 y C-151 de 2023, en las cuales se ha protegido a esas uniones familiares en los siguientes aspectos:

a. a. En materia de salud, se ha establecido que los compañeros permanentes del mismo sexo pueden ser beneficiarios de los afiliados al sistema, en los mismos términos de las parejas heterosexuales (C-811 de 2007).

b. Respecto del régimen pensional, se ha indicado que la pareja supérstite en una unión integrada por personas del mismo sexo tiene derecho a la pensión de sobrevivientes (C-336 de 2008).

c. En cuanto a la regulación penal, se ha determinado que las causales de agravación y de atenuación punitiva, respecto de los tipos penales estructurados en razón del vínculo conyugal o marital, aplican a las uniones de parejas del mismo sexo. Específicamente, respecto de los derechos y facultades que ostentan parientes, cónyuges y compañeros permanentes de personas imputadas, acusadas, condenadas o víctimas en asuntos punitivos (C-029 de 2009). También se ha establecido que existe la acción penal por inasistencia alimentaria entre miembros de una pareja homosexual (C-798 de 2008).

d. En asuntos relativos a la adopción, se ha concluido que las parejas del mismo sexo, de manera conjunta y por consentimiento, pueden adoptar niños y niñas en Colombia (C-071 y C-683 de 2015 y SU-617 de 2014).

e. En asuntos civiles: (i) respecto de la posibilidad para las parejas del mismo sexo de acceder a la celebración de un contrato que les permita formalizar y solemnizar jurídicamente una familia, de manera distinta a la unión de hecho (C-577 de 2011); (ii) en cuanto a la vocación sucesoral de las parejas homosexuales de heredar, en los mismos

términos que las parejas heterosexuales (C-283 de 2011 y C-238 de 2012); (iii) en relación con el alcance de múltiples normas del Código Civil que incluyen vocablos como ‘cónyuge’ o ‘casada’, los cuales deben entenderse como que abarcan a uniones naturales del mismo sexo y a uniones de parejas homosexuales (C-456 de 2020); y (iv) en un mismo sentido, esta Corte ha establecido que las parejas del mismo sexo tienen derecho a las mismas licencias (maternidad, paternidad –compartida y flexible–) de las parejas heterosexuales (C-415 de 2022).

f. En materia de carrera diplomática o consular, esta Corporación declaró inexequible la expresión “de sexo diferente” contenida en el artículo 62 del Decreto Ley 274 de 2000 referente al servicio exterior de la República y a la carrera diplomática y consular, pues tales términos excluían a las parejas del mismo sexo, aun cuando la norma demandada perseguía un fin imperioso, cual es garantizar la unidad familiar de los funcionarios que pertenecen a ella y que son trasladados.

122. En línea con lo dispuesto en la Sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional, mediante Sentencia SU-214 de 2016 determinó que, en efecto, las parejas del mismo sexo pueden contraer un matrimonio, de la misma manera en la que lo realizan parejas homosexuales. Esto, en consideración a que la Constitución no prohíbe ese tipo de uniones, al tiempo que supone una vulneración de los derechos a la libertad, dignidad humana e igualdad, considerar que existen dos clases de matrimonio, uno para parejas homosexuales y otro para parejas heterosexuales. En esa medida, esta Corporación reafirmó la protección que la Constitución le brinda a las familias integradas por parejas del mismo sexo.

123. Cabe referir también la Sentencia C-415 de 2022, la cual declaró exequible el artículo 2º de la Ley 2114 de 2021 “[p]or medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial…”, bajo el entendido de que la pareja adoptante del mismo sexo definirá, por una sola vez, quien de ellos gozará de cada prestación en las mismas condiciones previstas para las familias heteroparentales adoptantes. En esa oportunidad, esta Corporación estudió si se configuró una omisión legislativa relativa, al no incorporar a las parejas adoptantes del mismo sexo como beneficiarios expresos de las licencias de maternidad, paternidad, parental compartida y parental flexible. Concluyó que, en efecto, sí se había configurado una omisión legislativa relativa, pues la norma acusada excluía a las parejas del mismo sexo sin que hubiera una

justificación constitucionalmente válida para ese trato desigual. Además, existe un mandato constitucional específico relacionado con el interés superior de los niños y niñas (conforme a los artículos 42 a 45 de la Constitución) que desconoció el Legislador. Esto pues las licencias de maternidad y paternidad y, por extensión, las parentales flexibles y compartidas, son un mecanismo de protección integral de la niñez. En esa medida, los padres del mismo sexo deben poder contar con los aludidos beneficios, para la satisfacción de los derechos de los niños y niñas al cuidado y a la conformación de lazos familiares.

124. A su turno, la Sentencia C-151 de 2023 declaró inexequible la expresión "de trato diferente" contenida en el artículo 62 del Decreto Ley 274 de 2000 "por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular". La disposición acusada dice lo siguiente "[p]ara los efectos antes mencionados, se entiende por compañero o compañera permanente la persona de sexo diferente que haya hecho vida marital con el funcionario durante un lapso no inferior a dos años".

En esa ocasión, esta Corte empleó un juicio integrado de igualdad estricto para evaluar la constitucionalidad del vocablo aludido. Encontró que la norma a la cual pertenece la expresión acusada persigue un fin imperioso, cual es garantizar la unidad familiar de los funcionarios de carrera diplomática y consular que son trasladados. Sin embargo, el trato diferenciado no tiene justificación constitucional y no es efectivamente conducente para lograr ese fin, pues no protege la unidad de familias conformadas por parejas del mismo sexo, cuyas uniones han sido protegidas por la jurisprudencia de esta Corporación frente a tratos desiguales o discriminatorios.

125. En suma, la jurisprudencia vigente establece que el concepto de familia es dinámico y variado. Por ende, incluye familias originadas en un matrimonio y en uniones maritales de hecho, sin que haga una diferencia el sexo de quienes las conforman. En esa medida, la Constitución consagra un mandato de protección integral respecto de cualquier tipo de familia, sin importar la manera en la que surge o su carácter heterosexual u homosexual. Esto pues el mandato de prohibición de discriminación sexual implica el goce y ejercicio de derechos, los cuales no pueden restringirse por la decisión de una persona de definir su orientación sexual. En consecuencia, al Legislador, de manera general, le está vedado establecer tratos diferenciados o discriminatorios, a partir de la manera en la que se originó la familia o del sexo de sus integrantes.

I. Disposiciones del bloque de constitucionalidad referentes a la igualdad y la no discriminación: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

126. La Constitución en su artículo 93 establece que los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados, que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. En consecuencia, los derechos y deberes previstos en el texto Superior deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el país.

127. Es a partir del aludido artículo 93 Superior, que esta Corporación ha identificado el conjunto de normas que conforman el denominado bloque de constitucionalidad. Se trata de aquella unidad jurídica integrada por normas y principios que, sin aparecer de manera explícita en el articulado del texto de la Constitución, sirven como parámetro de control de constitucionalidad, por cuanto han sido integrados normativamente a la misma, por mandato del mismo texto Superior.

128. En relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, esta Corte ha empleado ambos compendios normativos internacionales como parámetro de control de constitucionalidad. Así lo hizo, por ejemplo, en la Sentencia C-200 de 2002, en la cual encontró que el debido proceso, en sus distintas manifestaciones (principio de legalidad, favorabilidad e irretroactividad de la ley penal) hace parte del bloque de constitucionalidad en estricto sensu. En Sentencia C-430 de 2019, esta Corporación también acudió al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4º) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 27) como parámetro de control de constitucionalidad al declarar la exequibilidad de la expresión “incluso con la entrega de la propia vida cuando sea necesario”, prevista en el artículo 1º de la Ley 1862 de 2017.

129. Específicamente los artículos 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos han servido como parámetro de constitucionalidad ante demandas formuladas por la vulneración del principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución). En efecto, la Sentencia C-204 de 2005 declaró inexequible una parte del artículo 449 del Código Civil, pues consideró que preveía un trato desigual para los padres de hijos extramatrimoniales, respecto de padres de hijos concebidos

por una pareja de cónyuges. Lo anterior, era contrario a la garantía de igualdad prevista en esos instrumentos internacionales (además del artículo 13 Superior), pues desconocía la protección que debía gozar cualquier forma de familia: tanto aquella constituida por un vínculo legal como la formada por un vínculo natural.

130. Cabe anotar también que la Sentencia C-075 de 2007, mediante la cual esta Corporación avaló la conformación de uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo, empleó como parámetro de constitucionalidad los artículos 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa oportunidad, la Sala Plena señaló 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".

131. Específicamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en sus artículos 2º y 26 lo siguiente:

"Artículo 2

"1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (…).

"Artículo 26

"Todas las personas son iguales ante la ley y tiene 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."

132. A su turno, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) indica lo siguiente en sus artículos 1º y 24:

"Artículo 1

“Obligaciones de Respetar los Derechos

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (…)

“Artículo 24

“Igualdad ante la Ley

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

133. Inclusive, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto del alcance de las disposiciones anteriores, en materia de protección a las personas homosexuales, en los siguientes términos:

“La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”

134. En conclusión, esta Corporación ha empleado las normas referentes al derecho a la igualdad, contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en la Convención Americana para Derechos Humanos, como parámetro de constitucionalidad para definir la exequibilidad de disposiciones de rango legal, a las cuales se les acusa de desconocer el mandato de igualdad y no discriminación previstos en el artículo 13 Superior. En efecto, tales disposiciones internacionales refieren que todas las personas son iguales ante la ley, gozan de la misma protección y no deben ser discriminadas por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o por cualquier otra razón.

J. Caso concreto

135. Para abordar la constitucionalidad del vocablo cuestionado, la Sala Plena recuerda que el cargo admitido contra del artículo 102 (parcial) del Código de Comercio, es aquel que se refiere a la supuesta vulneración de los artículos 13 y 93 del Texto Superior. Esto de conformidad con lo dispuesto en el Auto del 25 de noviembre de 2022, proferido por el Magistrado sustanciador.

136. En síntesis, los accionantes soportan su demanda en que, actualmente, la familia no se conforma exclusivamente a partir de un matrimonio heterosexual, tal y como lo concibió el Legislador en el Código de Comercio al incluir el vocablo 'cónyuges' en el artículo 102 de ese compendio. Según ellos, hoy se reconoce la existencia de familias conformadas, no por un vínculo estrictamente solemne (como es el matrimonio), sino por la simple voluntad de quienes las constituyen, como ocurre con las uniones maritales de hecho. Aunado a lo anterior, también hay familias compuestas por parejas del mismo sexo a partir de un vínculo solemne o de compañeros permanentes. En consecuencia, el término 'cónyuge' o 'cónyuges' excluye en su literalidad a todas aquellas familias de cualquier orientación sexual que no tienen origen en una relación solemne, es decir, en un matrimonio.

137. Es por lo anterior que los actores consideran que el artículo 102 (parcial) del Código de Comercio vulnera el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, así como su artículo 93. Específicamente, los demandantes aducen que la expresión cónyuge es discriminatoria, pues priva de validez a las sociedades familiares (e impide la realización de aportes a estas), para aquellas personas heterosexuales en unión libre, o para cualquier tipo de familia conformada por sujetos del mismo sexo.

138. La Sala considera que, para pronunciarse sobre los argumentos anteriormente citados, es oportuno referir nuevamente el texto demandado del Código de Comercio, así como las expresiones cuestionadas en su interior (las cuales se subrayan y resaltan en negrilla): "Artículo 102. Será válida la sociedad entre padres e hijos o entre cónyuges, aunque unos y otros sean los únicos asociados. Los cónyuges, conjunta o separadamente, podrán aportar toda clase de bienes a la sociedad que formen entre sí o con otras personas."

139. Pero, ¿cuál es el propósito del artículo 102 del Código de Comercio? Sobre este cuestionamiento, la Sala Plena concuerda con lo expresado por la Universidad Pontificia

Bolivariana y la Universidad Externado de Colombia, quienes coinciden en sus intervenciones al indicar que el objetivo del aludido artículo 102 es, precisamente, despejar cualquier duda respecto de la validez de las sociedades conformadas por miembros de una misma familia, así como de los aportes hechos por sus integrantes a tales sociedades. Dicho de otra manera, el artículo 102 confirma la legalidad y viabilidad jurídica de aquellas sociedades constituidas o por los miembros de una misma familia –incluso los cónyuges y sus hijos– o por aportes hechos por esas personas.

140. En efecto, el texto original del artículo 1852 del Código Civil establecía que era nulo el contrato de venta entre cónyuges no divorciados y entre el padre y el hijo de familia. A su vez, el artículo 3º de la Ley 28 de 1932 señalaba que eran nulos absolutamente las donaciones irrevocables entre cónyuges, así como los contratos relativos a inmuebles, salvo el contrato de mandato general o especial. Ese contexto normativo, previo a la adopción del Código de Comercio, podía sugerir una suerte de ausencia de buena fe respecto de la celebración de contratos entre miembros de una misma familia. Ahora bien, aunque la legislación mercantil no prevé de manera explícita una categoría de sociedad de familia, la doctrina ha reconocido su existencia en el ordenamiento jurídico colombiano, justamente, a partir del artículo 102 del Código de Comercio. Este punto se explicó en detalle en el capítulo correspondiente de esta providencia. Así, para la Sala Plena es claro que el fin del artículo 102 del Código de Comercio es entonces brindar plena validez y legalidad a cualquier sociedad de la que hagan parte padres e hijos, o cónyuges entre sí, quienes podrán realizar cualquier aporte.

141. Luego de precisar el propósito de la norma a la cual pertenece el vocablo ‘cónyuges’, la Sala recalca que su análisis de constitucionalidad se soporta en la siguiente consideración sobre la manera como debe entenderse el artículo 102 del Código de Comercio. La cláusula de igualdad prevista en el artículo 13 de la Constitución, leída de la mano con el artículo 42 Superior, disponen que toda familia goza de igual protección ante la ley, sin importar el sexo de quienes la integren o si su formación se realizó de manera solemne, a través de un matrimonio.

142. Lo anterior quiere decir que la Constitución –en principio– le prohíbe al Congreso de la República definir legislación que contenga cualquier tipo de medida discriminatoria en contra de uno u otro tipo de familia, salvo que medie una razón soportada en el mismo Texto

Superior. En consecuencia, el Legislador solamente tiene margen de acción para establecer un trato diferenciado entre los diversos tipos de familia si existe una debida justificación que no contrarie la Constitución.

143. Luego de precisar lo anterior, la Sala Plena aplicará un juicio integrado de igualdad. Para el efecto, se procederá a: (i) establecer si concurren circunstancias o personas susceptibles de ser comparadas, a partir de un criterio jurídicamente relevante (patrón de igualdad o tertium comparationis); (ii) identificar si existe un trato disímil entre los sujetos o las circunstancias diferenciadas, y (iii) evaluar si ese trato diferenciado se encuentra constitucionalmente justificado.

144. Fijación del patrón de igualdad. El artículo 102 del Código de Comercio, al incluir el vocablo 'cónyuges', excluye en su literalidad a las demás parejas que integran una familia (bajo el concepto vigente de esa institución), pero que no se encuentren unidas en matrimonio. Así, para efectos de este análisis, los sujetos susceptibles de ser comparados son: por una parte, las parejas unidas en matrimonio y a quienes se denominan cónyuges y, por otro, las parejas de compañeros permanentes, así como las parejas homosexuales en unión libre o unidas por un vínculo solemne.

145. Existencia de un tratamiento diferenciado. Para la Sala, el artículo 102 del Código de Comercio sí crea un trato diferenciado al incluir el vocablo cónyuges en su texto. La aplicación literal de ese término, entendido como un hombre y una mujer unidos bajo el contrato de matrimonio, crea un trato desigual, pues excluye a los compañeros permanentes y a las parejas del mismo sexo unidas por un vínculo natural o solemne. Así, la mera inclusión del término cónyuges y su aplicación textual, supone un trato diferenciado respecto de los sujetos anteriormente descritos que no tienen tal calidad, dada la naturaleza de su vínculo o su orientación sexual.

146. Justificación constitucional del trato desigual. En este punto, corresponde determinar si la diferencia advertida está amparada por una razón constitucionalmente válida, esto es, si el sujeto o supuesto de hecho objeto de estudio amerita un trato diferenciado a partir de los mandatos del Texto Superior. En este examen se valoran los motivos o razones en las que se podría sustentar la disposición analizada. Para el efecto, se abordan tres asuntos: (a) el objetivo buscado por la medida; (b) el medio empleado, y (c) la relación entre el medio y el

fin. Ahora, al análisis anterior debe realizarse a partir de un grado de intensidad específico. Existen tres grados de intensidad: leve, intermedio y estricto. Para establecer cuál nivel de escrutinio es aplicable, esta Corporación ha fijado ciertos criterios, los cuales se explican brevemente a continuación.

147. En un juicio de intensidad leve, el fin perseguido por la norma no puede estar constitucionalmente prohibido y el medio para lograr ese fin debe ser adecuado o idóneo para su consecución. En un juicio de intensidad intermedia el análisis es un poco más riguroso: no es suficiente con que el fin no esté prohibido por la Constitución, este debe ser importante y efectivamente conducente para lograr el objetivo trazado por la norma. Por último, en un grado de escrutinio estricto, el fin no solo no debe estar constitucionalmente prohibido, sino que este debe ser imperioso, conducente y necesario para lograr el propósito que la disposición analizada persigue.

148. En este caso, la Sala estima que debe emplearse un grado de escrutinio estricto. Esta Corporación ha establecido que tal grado de intensidad se aplica a hipótesis en las que la misma Constitución ha establecido mandatos específicos de igualdad. Lo anterior se traduce en una menor libertad de configuración para el Legislador y, por consiguiente, en un juicio de mayor rigurosidad. A partir de ese raciocino, la Corte Constitucional ha aplicado un grado de escrutinio estricto cuando la medida objeto de estudio: (i) contiene una clasificación sospechosa como las enumeradas (no taxativamente) en el inciso 1º del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas en condición de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados; (iii) en principio, impacta de forma grave un derecho fundamental, o (iv) crea un privilegio.

149. Para la Sala Plena este caso encuadra en las categorías anteriormente previstas. La exclusión de compañeros permanentes y, sobre todo, de parejas del mismo sexo que componen una familia, sin importar la naturaleza del vínculo, constituye una categoría o clasificación sospechosa, al tiempo que afecta a un grupo que ha sido históricamente discriminado. Como se indicó en precedencia, recientemente, la Corte Constitucional estudió en Sentencia C-151 de 2023 la exequibilidad del artículo 62 (parcial) del Decreto 274 de 2000. Ese artículo otorga beneficios esenciales a los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular, al tiempo que excluía a compañeros o compañeras permanentes del mismo sexo. Esta Corporación declaró la inexequibilidad de la expresión “de sexo diferente”,

contenida en la disposición demandada. Lo hizo, a partir de un test integrado de igualdad en el cual empleó un grado de escrutinio estricto, dada la categoría sospechosa a la cual se refería la norma demandada.

150. Así, en un juicio de intensidad estricto deben evaluarse los siguientes aspectos: (i) si el fin perseguido por la norma es imperioso; (ii) si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede reemplazarse por otros medios menos lesivos para los derechos de los sujetos excluidos por la norma, y, por último (iii) si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales, es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto.

151. Al aplicar los criterios anteriores al presente asunto, la Sala encuentra que la medida persigue un fin constitucionalmente imperioso pues, como se indicó en precedencia, busca despejar cualquier duda o cuestionamiento respecto de la validez legal de las sociedades comerciales integradas por miembros de una misma familia y de los aportes hechos a ésta por sus integrantes. La Sala considera que los fines constitucionalmente imperiosos se encuentran –eminentemente– en los artículos 42 y 333 del Texto Superior.

152. Tal y como se ha expuesto a lo largo de esta decisión, el propósito del artículo 42 de la Constitución es proteger a la familia, sin que el tipo de vínculo (natural o solemne) a través del cual se conforma conlleve cierta desprotección para sus integrantes. Ahora, una de las manifestaciones de esa protección es justamente la salvaguardia de su patrimonio, como fuente de sustento. Tal y como se anotó en el capítulo sobre el concepto de sociedad familiar, uno de sus propósitos es proteger el patrimonio de la misma familia, constituido –puede ser– por los aportes o recursos económicos con los que cuenta la empresa familiar. Por otra parte, el artículo 333 Superior refiere la libertad de empresa o iniciativa privada. Tal disposición, leída de la mano con el aludido artículo 42 (y de la libertad en sentido amplío, a la que se refiere el artículo 28 Superior), lleva a entender que las familias, en un marco de libertad empresarial, pueden decidir conformar una sociedad comercial con el fin de proteger su patrimonio y obtener un lucro o rédito con el objetivo, justamente, de proveer a la familia de los recursos necesarios para su subsistencia y sostenimiento.

153. Sin embargo, la medida no es efectivamente conducente para lograr el fin propuesto, debido a que un entendimiento textual del término cónyuges excluiría de su alcance a

familias de compañeros permanentes o a parejas del mismo sexo unidas de forma solemne o de manera natural. Aceptar lo anterior supone desconocer la protección constitucional a la que se refirió el acápite considerativo de esta providencia. En efecto, hoy en día la Constitución protege –en condiciones de igualdad– a las familias conformadas tanto por vínculos solemnes como el matrimonio, como por vínculos naturales como el de las uniones maritales de hecho. Aunado a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha concluido que gozan de igual protección las uniones –solemnes o no– entabladas por parejas del mismo sexo.

154. En consecuencia, si el propósito del artículo 102 del Código de Comercio es despejar cualquier duda respecto de la validez de las sociedades familiares, carece de justificación constitucional impedir o excluir a otras formas de familia diferentes a las formadas a partir de un matrimonio, de la posibilidad de crear una sociedad comercial. Esto, independientemente de la manera como se integró la familia o de la orientación sexual de quienes la conforman.

155. Tal y como lo indicó esta sentencia en sus consideraciones, es cierto que la Corte ha concluido que en algunos casos existen razones para establecer una reglamentación diferenciada entre el matrimonio y las uniones maritales de hecho. Sin embargo, la Sala Plena no encuentra que en este caso exista una justificación constitucionalmente válida para limitar la formación de sociedades comerciales –única y exclusivamente– a parejas heterosexuales unidas por un contrato de matrimonio. Esto, conforme a una lectura textual del término ‘cónyuges’, a partir de la acepción de ese vocablo prevalente para el momento en que entraron en vigencia tanto el Código Civil como el Código de Comercio.

156. Cabe recordar que la reglamentación diferenciada se ha amparado cuando se trata de preservar el carácter informal y flexible de la unión marital de hecho. Empero, considerar que el artículo 102 enjuiciado únicamente reafirma la validez de las sociedades comerciales conformadas por quienes están unidos en matrimonio y tienen la calidad de cónyuges, en nada protege o materializa la informalidad propia de las uniones maritales. Por el contrario, supone un hecho sin justificación constitucional y un acto discriminatorio. En suma, aceptar una interpretación literal del término ‘cónyuges’ supone una vulneración del concepto vigente de familia, el cual protege en condiciones de igualdad y no discriminación, a las familias de compañeros permanentes y a las parejas homosexuales unidas solemne o naturalmente.

157. Aunado a lo anterior, la Sala estima que la literalidad del término ‘cónyuges’ contenido en el artículo demandado del Código de Comercio, también desconoce los artículos 2º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como los artículos 1º y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues tales disposiciones proscriben cualquier forma de discriminación, al tiempo que consagran el principio de igualdad ante la ley de todas las personas. En esa medida, mantener en el ordenamiento jurídico una interpretación textual del vocablo ‘cónyuges’ desconocería esos mandatos previstos en tales tratados internacionales.

158. Por otra parte, la Sala tampoco comparte los argumentos expresados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Superintendencia de Sociedades, la Universidad de los Andes y la Universidad Pontificia Bolivariana. Según esas instituciones, la expresión cuestionada es exequible de forma simple, pues esta debe leerse a la luz del concepto vigente de familia, el cual abarca a uniones maritales homosexuales o heterosexuales, así como uniones solemnes de parejas del mismo sexo. Para esta Corporación, los planteamientos de la demanda, así como el sentido opuesto de las intervenciones (entre exequibilidad simple, en un extremo y exequibilidad condicionada, en otro) demuestran que no es uniforme o universal el entendimiento del concepto de familia, como tampoco la lectura que se le puede dar a la expresión ‘cónyuge’ demandada en este proceso. Dicho de otra manera, puede haber una interpretación del vocablo demandado que conlleve la exclusión de otras formas de familia que, en la actualidad, gozan de plena protección constitucional. En consecuencia, esta Corte debe emitir un pronunciamiento de exequibilidad condicionada para expulsar del ordenamiento jurídico cualquier interpretación del artículo acusado que sea injustificadamente discriminatoria. Este asunto puntual se abordará con mayor detalle en el acápite siguiente.

159. A partir de todo lo anterior, la Sala Plena considera que la expresión ‘cónyuges’ –en su literalidad– vulnera el principio de igualdad pues su aplicación textual es discriminatoria. Esto pues puede implicar un trato diferenciado basado únicamente en la naturaleza solemne del vínculo de aquellas familias que buscan constituir una sociedad entre sus integrantes o realizar aportes a la misma. Tal criterio no es admisible constitucionalmente dada la protección igualitaria de la que gozan las familias, tanto aquellas surgidas de un matrimonio, como las uniones maritales de hecho, sin importar la orientación sexual de la pareja.

160. En consideración a que la medida objeto de estudio no es efectivamente conducente para lograr el objetivo de la norma, cual es el de brindar validez legal a las sociedad familiares, la Corte no examinará si la medida es necesaria ni proporcional en el sentido estricto. Esto pues si el examen de una norma no supera alguna de sus etapas, no es posible continuar con la siguiente.

161. La Corte Constitucional, de conformidad con los artículos 243 y 21 del Decreto 2067 de 1991, ha establecido que es competente para definir el alcance y los efectos de sus sentencias. En ejercicio de esa prerrogativa, esta Corporación ha optado en algunas ocasiones por proferir sentencias interpretativas o condicionadas como una opción para modular sus decisiones. Esto, con el fin de armonizar principios en tensión tales como la conservación del derecho, por una parte, y la supremacía constitucional, por otra. Así, hay lugar a una exequibilidad condicionada de una norma cuando esta: (i) debe entenderse en un sentido específico que resulte conforme con la Constitución, de modo que todas las demás lecturas son inexequibles, o (ii) puede interpretarse de una manera que es contraria al Texto Superior, por lo que debe excluirse del ordenamiento jurídico esa posible lectura.

162. En el presente caso y con el fin de garantizar y armonizar los principios de supremacía constitucional y conservación del derecho, la Sala Plena considera que hay lugar adoptar una sentencia condicionada de conformidad con la jurisprudencia reiterada en este asunto. Más aun, cuando una declaratoria de inexequibilidad simple expulsaría del ordenamiento legal una disposición con un fin imperioso que brinda certeza respecto de la validez de las sociedades familiares. De ahí que, esta Corporación considera que el presente asunto cabe dentro de la segunda circunstancia anotada en el párrafo precedente.

163. Por otra parte, esta Corporación podría optar por declarar la exequibilidad simple del vocablo demandado, en línea con la postura de algunos de los intervinientes. Tal y como se expuso en los capítulos precedentes, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Superintendencia de Sociedades, la Universidad de los Andes y la Universidad Pontificia Bolivariana consideran que no es necesaria una decisión de exequibilidad condicionada, pues el entendimiento social actual del vocablo ‘cónyuges’ es que ese término abarca también a familias de compañeros permanentes y a uniones de parejas del mismo sexo.

164. Sobre este punto, la Sala reitera los argumentos expresados en el capítulo de cuestión

previa sobre la aptitud de la demanda. En efecto, una lectura literal de la expresión ‘cónyuges’ si tiene la vocación de excluir a familias que no correspondan a un hombre y una mujer que hayan celebrado el contrato de matrimonio. El hecho de que existan posturas encontradas respecto del alcance de ese vocablo demuestra que no hay un entendimiento social uniforme respecto del tipo de uniones que abarca ese vocablo. Esto, aunado al hecho de que el artículo 102 del Código de Comercio se adoptó antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y a partir del entendimiento ‘clásico’ o ‘tradicional’ de la palabra cónyuges que subyace al Código Civil de la segunda mitad del siglo XIX.

165. Además, de las razones anteriormente expuestas, la Sala Plena estima necesario proferir una decisión de exequibilidad condicionada, por las siguientes razones. Primero, porque aun cuando el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en materia comercial, el artículo 102 demandado no se refiere exclusivamente a un asunto societario o empresarial pues versa también sobre un asunto de familia. En consecuencia, ese amplio margen de configuración está limitado cuando hay una afectación clara de la institución familiar. Tal y como se expuso en precedencia, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en extender la protección que el artículo 42 prevé a todo tipo de unión familiar, ya sea natural o solemne y sin consideración al sexo u orientación sexual de quienes la integran. En este caso, debe prevalecer una decisión de exequibilidad condicionada, pues tiene que expulsarse del ordenamiento jurídico cualquier interpretación (aun la literal) del vocablo ‘cónyuges’ que pueda suponer la discriminación de algunas formas de familia. Especialmente, cuando quienes pueden ser excluidas son las familias de hogares del mismo sexo, las cuales han sido tradicionalmente discriminadas.

166. A partir de lo anterior, la Sala considera que la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 1852 del Código Civil, 3º de la Ley 28 de 1932 y 906.1 del Código de Comercio (realizada mediante la Sentencia C-068 de 1999) no lleva a entender –necesariamente– que son válidas las sociedades familiares constituidas entre personas que no están cobijadas en la definición clásica o literal del término ‘cónyuges’. Esto pues el propósito de las normas referidas previamente era evitar que entre cónyuges se llevaran a cabo donaciones bajo la apariencia de una compraventa; proteger a la mujer casada (sometida antiguamente a la potestad marital) y, por ende, con capacidad relativa; y precaver la comisión de fraudes respecto de terceros.

167. Por consiguiente, la declaratoria de inexequibilidad de las disposiciones con el propósito descrito en el párrafo anterior no implicaba –ni tácita ni explícitamente– que parejas del mismo sexo unidas solemne o naturalmente o familias de compañeros permanentes, pudieran constituir una sociedad familiar, sin importar que el término cónyuges las excluyera en su literalidad.

168. Es más, la misma Sentencia C-068 de 1999 incluyó entre sus motivos para declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1852 del Código Civil, 3º de la Ley 28 de 1932 y 906.1 del Código de Comercio el hecho de que esas disposiciones incluyeran el término cónyuges. Como ocurre ahora, en esa oportunidad, esta Corte consideró que la acepción del vocablo 'cónyuges' efectivamente no comprendía a las familias que no se hubieran integrado a través de un matrimonio. Ello, según la aludida providencia, desconocía el artículo 42 Superior, el cual protege en condiciones de igualdad a las familias unidas tanto natural como solemnemente.

169. Así, el alcance que la presente sentencia le confiere al vocablo 'cónyuges' del artículo 102 demandado, a través de la exequibilidad condicionada, debe leerse de la mano con el artículo 101 del Código de Comercio, pues disipa cualquier duda respecto de la capacidad de compañeros permanentes o de parejas del mismo sexo unidas solemne o naturalmente, para constituir válidamente una sociedad comercial de familia. De otra manera, cabría considerar que los miembros de esos tipos de familia, en realidad, integran o han hecho aportes a una sociedad de hecho que carecería de las atribuciones legales de una sociedad mercantil, como la diferenciación de patrimonios o la capacidad jurídica autónoma de la empresa.

170. Es cierto que los sujetos privados cuentan con un amplio margen de libertad en materia comercial o societaria y que no existe una norma que prohíba a los compañeros permanentes y las familias de parejas del mismo sexo constituir sociedades familiares. Lo anterior, como expresión del principio según el cual para los sujetos privados, lo que no está prohibido está permitido. Sin embargo, la Sala insiste en que la norma en su lectura textual puede producir un escenario de discriminación. Nuevamente, como se expuso en el capítulo sobre aptitud de la demanda, la Corte se ha decantado por adoptar decisiones garantistas, que expulsen sin lugar a dudas del ordenamiento jurídico cualquier interpretación de una norma que pueda considerarse injustificadamente discriminatoria.

171. A partir de las consideraciones anteriores y de lo expuesto en detalle en el capítulo sobre aptitud de la demanda, la Sala Plena reitera que decantarse por proferir una decisión de exequibilidad condicionada es congruente con el precedente de esta Corporación. Esto pues, a través de las Sentencias C-029 de 2009, C-283 de 2011, C-238 de 2012 y C-456 de 2020, la Corte Constitucional reconoció la necesidad de definir el alcance del vocablo 'cónyuges' contenido en ciertas normas del Código Civil, con el fin de interpretar a luz de la Constitución de 1991 ese término y definir que aquellas disposiciones que incluyen el término 'cónyuges', se refieren también en igualdad de derechos y deberes a los compañeros permanentes y las uniones solemnes y naturales de parejas del mismo sexo.

172. En conclusión, la Corte Constitucional debe excluir del ordenamiento jurídico la interpretación del vocablo 'cónyuges' del artículo 102 del Código de Comercio según la cual solamente es válida la sociedad comercial constituida por una pareja heterosexual unida por un contrato de matrimonio. En consecuencia, esta sentencia declarará exequible condicionadamente la expresión 'cónyuges' contenida el artículo 102 del Código de Comercio por el cargo examinado, bajo el entendido que ese término se refiere, en igualdad de derechos y deberes, a los cónyuges y compañeros permanentes de una unión marital de hecho, tanto de parejas de distinto sexo como de parejas del mismo sexo.

L. Síntesis de la decisión

173. La acción pública de inconstitucionalidad analizada en esta sentencia solicitaba la declaratoria de constitucionalidad condicionada de la expresión 'cónyuges', contenida en el artículo 102 del Código de Comercio. Para los demandantes, el vocablo 'cónyuges' entendido en su literalidad, excluía a parejas de compañeros permanentes, así como a familias del mismo sexo unidas por un vínculo solemne o natural. Lo anterior, de acuerdo con los accionantes, suponía una vulneración del mandato de igualdad previsto en el artículo 13 Superior, así como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus disposiciones referentes al derecho a la igualdad y a la no discriminación (aplicables vía el bloque de constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 93 del Texto Superior). Esto pues, en la actualidad, se reconoce la existencia de familias conformadas, no por un vínculo estrictamente solemne (como es el matrimonio), sino por la simple voluntad de quienes las constituyen, como es el caso de las uniones maritales de hecho. Aunado a lo anterior, también hay familias compuestas por parejas del mismo sexo

a partir de un vínculo solemne o de compañeros permanentes, que gozan de igual protección constitucional.

174. De manera preliminar, la Corte precisó su competencia para adelantar el control abstracto de constitucionalidad de las normas preconstitucionales con base en la jurisprudencia reiterada en la materia, y concluyó que la disposición demandada en esta oportunidad no había sido derogada y continuaba generando efectos jurídicos.

175. Luego, como una cuestión previa, la Sala determinó que el cargo admitido sí cumplía con los criterios de certeza y suficiencia para realizar un pronunciamiento de fondo respecto de la expresión cuestionada. Esto pues el artículo 102 del Código de Comercio de 1971 se adoptó a partir del entendimiento 'clásico' del concepto de familia y del vocablo cónyuges, vigente antes de la expedición de la Constitución de 1991. Además, la interpretación literal del término 'cónyuges' sí podría conllevar la discriminación que los actores describen en su demanda. Por último, esta Corporación ha considerado constitucionalmente relevante pronunciarse respecto del alcance ese término, y así lo ha hecho en otras providencias.

176. Luego de superar el análisis de aptitud de la demanda, la Sala Plena, a partir de los argumentos anteriormente referidos, así como de las intervenciones y el concepto de la Procuraduría General de la Nación, absolvió el siguiente cuestionamiento jurídico: ¿el vocablo 'cónyuges' contenido en el artículo 102 del Código de Comercio vulnera los artículos 13 y 93 del Texto Superior, referentes al principio de igualdad y al bloque de constitucionalidad, respectivamente, así como los artículos 1º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1º y 24 la Convención Americana de Derechos Humanos, al excluir en su literalidad a familias heterosexuales originadas en una unión marital de hecho o a parejas del mismo sexo conformadas a partir de un vínculo solemne o natural?

177. Para responder a ese interrogante, la Corte empleó un juicio integrado de igualdad bajo un grado de escrutinio estricto. Para ello, se refirió al concepto de sociedad familiar, reiteró sus consideraciones relativas a la protección vigente y actual de la familia, abordó las diferencias de regulación existentes entre matrimonios y uniones maritales de hecho y la protección constitucional de la que gozan las familias integradas por parejas del mismo sexo. También hizo alusión a las normas internacionales (aplicables vía bloque de constitucionalidad) referentes a la igualdad y no discriminación, consagradas en el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

178. Al aplicar el juicio, concluyó que, aunque el artículo 102 del Código de Comercio persigue un objetivo imperioso, a saber, conferir validez a las sociedades familiares (como manifestación de los artículos 28, 42 y 333 Superiores), el medio escogido para lograr tal fin no es efectivamente conducente, pues restringir la constitución de sociedades familiares –solamente– a parejas de hombres y mujeres unidas bajo el contrato de matrimonio, contraviene ese fin de zanjar cualquier duda respecto de la legalidad de las sociedades familiares y de los aportes hechos a estas. Y, sobre todo, aceptar esa interpretación textual del término 'cónyuges' constituye una vulneración del concepto vigente de familia, el cual protege en condiciones de igualdad y no discriminación, a las familias de compañeros permanentes y a las parejas homosexuales unidas solemne o naturalmente. Específicamente, ello supone un desconocimiento del artículo 13 superior y de los artículos 2º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como los artículos 1º y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

179. En resumen, actualmente la familia goza de especial protección constitucional, independientemente de la forma en la que se integra o de la orientación sexual de sus miembros. Así, todas sus tipologías están amparadas por el mandato de protección integral previsto en el artículo 42 de la Constitución. A su turno, el artículo 13 Superior, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos proscriben la discriminación por razón de género u orientación sexual.

180. Por último, la Corte Constitucional concluyó que debía adoptar una decisión de exequibilidad condicionada. En efecto, debía excluir del ordenamiento jurídico la interpretación del vocablo 'cónyuges' del artículo 102 del Código de Comercio según la cual solamente es válida la sociedad comercial constituida por una pareja heterosexual unida por un contrato de matrimonio. Por ende, esta providencia declarará exequible condicionadamente la expresión 'cónyuges' contenida el artículo 102 del Código de Comercio por el cargo examinado, bajo el entendido que ese término se refiere, en igualdad de derechos y deberes, a los cónyuges y compañeros permanentes de una unión marital de hecho, tanto de parejas de distinto sexo como de parejas del mismo sexo.

. DECISIÓN

REVUELVE

Único. Declarar EXEQUIBLE CONDICIONADAMENTE el vocablo ‘cónyuges’ contenido en el artículo 102 del Código de Comercio, por el cargo examinado en esta sentencia, bajo el entendido que ese término se refiere, en igualdad de derechos y deberes, a los cónyuges y a los compañeros permanentes de las uniones maritales de hecho, tanto de parejas de distinto sexo como de parejas del mismo sexo.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

DIANA FAJARDO RIVERA

Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

Con aclaración de voto

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Con Aclaración de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

Con salvamento de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

ALEJANDRO LINARES CANTILLO, ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Y PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Expediente: D-15.001

Magistrado ponente:

Jorge Enrique Ibáñez Najar

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Sala Plena, salvamos el voto respecto de lo decidido en la Sentencia C-315 de 2023. En esta providencia se declaró la exequibilidad condicionada del vocablo “cónyuges”, contenido en el artículo 102 del Código de Comercio, por el cargo examinado, bajo el entendido de que ese término se refiere, en igualdad de derechos y deberes, a los cónyuges y a los compañeros permanentes de las

uniones maritales de hecho, tanto de parejas de distinto sexo como de parejas del mismo sexo.

A diferencia de la postura mayoritaria, consideramos que la Corte Constitucional debió declararse inhibida para emitir una decisión de fondo o, en su defecto, haber declarado la exequibilidad de la disposición acusada, luego de presentar razones suficientes para concluir que la demanda sí tenía aptitud.

La demanda sub examine no era apta. En términos generales, la parte accionante desarrolló dos líneas de argumentación para sustentar el cargo de inconstitucionalidad: de un lado, señaló que la familia se puede conformar "entre cónyuges", que entiende como el hombre y la mujer que celebran contrato de matrimonio; o por personas en unión marital de hecho de distinto o idéntico sexo y por parejas del mismo sexo unidas solemnemente. De otro lado, manifestó que resulta contrario a la Constitución que las sociedades formadas por personas en ambos tipos de circunstancias no tengan validez. Esto último se hace evidente al leer la demanda y su reforma.

En nuestro criterio, tal aproximación no se deriva objetivamente del texto de la norma que se demanda, al menos, por dos tipos de razones. Primero, los accionantes pasaron por alto que la jurisprudencia constitucional ha interpretado la noción "matrimonio" de forma amplia y "evolutiva", lo que redunda en el alcance de la noción "cónyuge". Así, el reproche de discriminación que hacen carece de fundamento, al menos en los supuestos fácticos en los que se desarrolló el cargo de inexequibilidad. Al respecto, basta consultar diferentes decisiones de la Corte, proferidas luego de la Sentencia C-577 de 2011 y cuya consolidación se generó en la Sentencia SU-214 de 2016.

Y, segundo, aun haciendo caso omiso de lo anterior, lo cierto es que los demandantes le otorgan a la norma demandada efectos jurídicos que objetivamente no tiene, situación que se hace más gravosa al constatar que en la demanda se pasan por alto diversos aspectos del derecho societario. Esto, porque los accionantes: (a) entienden que el artículo acusado regula, en general, los requisitos de validez de las sociedades comerciales y (b) amparados en tal consideración, concluyen que las personas en unión marital de hecho de distinto o idéntico sexo y las parejas del mismo sexo unidas solemnemente están excluidas de la conformación de sociedades comerciales o, lo que es lo mismo, que las sociedades que estos

últimos conforman no tienen ninguna validez. Con todo, al verificar la norma acusada, inserta en las “disposiciones generales” (Capítulo I) sobre el contrato de sociedad (Título I, del Libro Segundo), del Código de Comercio, se evidencia que no establece ninguna exigencia de validez para este tipo de acuerdo, pues su objeto es hacer explícita la distinción con el régimen civil, en el que existen reglas en las que se presume la mala fe en los negocios jurídicos celebrados entre “cónyuges”, en lo que coincidieron la Procuradora General de la Nación y las universidades Externado y Pontificia Bolivariana (intervinientes). En otras palabras, mientras que los accionantes suponían que las expresiones acusadas tornan inválidos los contratos societarios suscritos por personas en unión marital de hecho de distinto o idéntico sexo y por parejas del mismo sexo unidas solemnemente, lo que la norma establece es que, a diferencia del derecho civil, se entiende válido el contrato de sociedad suscrito entre los “cónyuges”. En términos prácticos, la mayoría de la Sala Plena omitió que las personas en tales tipos de uniones siempre han podido constituir sociedades, sin ningún tipo de restricción.

Desde esa perspectiva, la demanda carecía de certeza, se insiste, debido a que de la literalidad de la disposición acusada no se seguía el efecto que le atribuyó la parte demandante, presuntamente discriminatorio. Como ya se dijo, la norma no contiene un mandato o prohibición, en el sentido de calificar como inválidas o prohibir las sociedades mercantiles y los aportes que realicen a las sociedades que formen entre sí o con otras personas las parejas de compañeros permanentes (de parejas del mismo o de distinto sexo) y de parejas de matrimonios del mismo sexo.

En la Sentencia C-315 de 2023 se pasó por alto la interpretación sistemática e histórica de la disposición demandada y, con esto, su alcance real y cierto. Para nosotros, una comprensión adecuada e integral del artículo 102 del Código de Comercio, construida a partir de los aludidos criterios, le hubiera permitido a la mayoría comprender el carácter permisivo y no discriminatorio de dicho precepto, al tiempo que hubiera descartado la posibilidad de que su entendimiento condujera a un trato discriminatorio contra personas en unión marital de hecho de distinto o idéntico sexo y parejas del mismo sexo unidas solemnemente. En otras palabras, una comprensión de tal naturaleza hubiera impuesto la necesidad declarar la constitucionalidad simple de la disposición acusada.

Según ha entendido la jurisprudencia constitucional, la interpretación sistemática busca

escudriñar el entendimiento de una norma con base en la comparación del precepto con la norma o normas en las que se integra. Empero, la mayoría de la Sala Plena se limitó a analizar una hipótesis basada, exclusivamente, en la literalidad de la noma demandada –con los límites que ello supone– y omitió integrar al alcance del término “cónyuges”, el contenido de otras medidas que regulan la validez del contrato de sociedad y otorgan distintas prerrogativas a las familias integradas por parejas del mismo sexo y a los compañeros permanentes. Efectivamente, de haber interpretado dicho concepto en conjunto con el artículo 101 del Código de Comercio y en línea con las sentencias C-577 de 2011 y SU-214 de 2016, hubiera evidenciado que no se estimaba inválida o nula la sociedad conformada entre compañeros permanentes o entre cónyuges, sin importar si son del mismo o de diferente sexo.

De otra parte, en la jurisprudencia constitucional también se ha dicho que la interpretación histórica consiste en analizar las propuestas y los debates que se dieron en el proceso de reforma legal para reconstruir de esta manera la intención aproximada del legislador ordinario. Sin embargo, la sentencia de la cual nos apartamos no tomó en consideración las propuestas y los debates que se dieron en el proceso de reforma legal en el año 1971, para reconstruir la intención que tuvo el legislador extraordinario al expedir la norma acusada. En este caso, tal y como lo afirma la doctrina y la jurisprudencia, el objetivo de la aclaración introducida en el artículo 102 del Código de Comercio, sobre la validez de las sociedades conformadas por miembros de una misma familia, era salirle al paso a las teorías civilistas que establecían una presunción de mala fe respecto de los negocios jurídicos celebrados entre parientes. Esta modificación fue propuesta desde la Comisión Revisora del Proyecto de 1958.

Si bien dichas teorías civilistas, reflejadas en los artículos 1852 del Código Civil y 3 de la Ley 28 de 1932, que sancionaban con nulidad los contratos y donaciones entre cónyuges, se orientaban a evitar que se desviaran recursos de la familia en detrimento de las legítimas forzosas en los procesos sucesorios, lo cierto es que perdían de vista el hecho de que el aporte realizado en virtud de un contrato de sociedad no era de un cónyuge a otro (entre socios), sino entre los socios y una persona jurídica distinta, recién constituida. Eso, en nuestro criterio, justificó la reforma introducida en el año de 1971.

En suma, no era procedente afirmar que la interpretación propuesta en la demanda fuera

contraria a la Constitución Política, al menos no en los términos señalados por la Sentencia C-315 de 2023, pues del contenido normativo de la disposición no se derivaba un trato desigual en desconocimiento del mandato de prohibición de discriminación al interior de la familia, sino simplemente elementos normativos tendientes a dar claridad sobre la validez de una relación comercial y poner fin a una controversia de vieja data entre el derecho civil y el derecho comercial en materia de sociedades de familia.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

A LA SENTENCIA C-315/23

Referencia: Expedientes D-15.001

Asunto: demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 102 (parcial) del Decreto Ley 410 de 1971 “[p]or el cual se expide el Código de Comercio”

Magistrado ponente:

Jorge Enrique Ibáñez Najar

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, a continuación, expongo las razones que sustentan mi aclaración de voto respecto de la Sentencia C-315 de 2023, adoptada por la Sala Plena en sesión del 15 de agosto de 2023.

1. Comparto la decisión adoptada en la Sentencia C-315 de 2023, de declarar la exequibilidad condicionada del vocablo “cónyuges” contenido en el artículo 102 del Decreto

410 de 1971, pues su interpretación literal excluye otras formas de familia protegidas constitucionalmente, como las uniones maritales de hecho conformadas por parejas del mismo o de distinto sexo, lo que configura un trato discriminatorio basado en una categoría sospechosa prohibida por la Constitución. Sin embargo, aclaro mi voto por las razones que paso a explicar.

Sobre la interpretación de familia diversa y la consideración sobre las personas trans y no binarias

2. La sentencia hace un análisis adecuado sobre la protección constitucional de familias distintas de las heterosexuales, conformadas por matrimonio, pero lo enfoca desde una interpretación que se basa en la consideración de los sexos de los integrantes y de su vínculo, sin precisar que puede haber familias compuestas por integrantes con identidades transgénero o no binarias. A mi juicio, el fallo también debería concluir que el vocablo "cónyuges" es discriminatorio respecto de las familias constituidas por personas con identidad de género diversa o no binaria, que sin duda también están protegidas por el artículo 13 y por las normas internacionales que se integran al bloque de constitucionalidad en la materia.

3. Considero que esta tesis es necesaria aplicarla en el presente caso porque, aunque en la demanda solo se aludió a compañeros permanentes y a parejas del mismo sexo, la discusión de fondo es el género como categoría subyacente y la aplicación de un criterio sospechoso que conlleva discriminación. Así, esta postura no supone una modificación del cargo y, en consecuencia, del parámetro de control, pues se trata de considerar la violación del artículo 13 y de las normas del bloque de constitucionalidad que desarrollan la prohibición de discriminación por razones de género, lo que cobija a las personas con identidades trans y no binarias. Este análisis permitiría un avance en la protección constitucional de todo tipo de familias, bajo el amparo de la Constitución.

5. Sobre la identidad de género, la Sentencia SU-440 de 2021 determinó que es un derecho innominado que se deriva del principio de la dignidad humana y de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la igualdad. Respecto de las personas transgénero, la sentencia sostuvo que son las femineidades trans, masculinidades y género no binario. Estas tienen en común que la identidad de género no

coincide con el sexo asignado al nacer. A las femineidades trans les fueron asignadas al nacer el género masculino, pero su identidad de género se inscribe en el ámbito de lo social y culturalmente construido, concebido y leído como femenino. Por el otro lado, a las masculinidades trans les fue asignado el género femenino al nacer, pero su identidad de género se inscribe en el ámbito de lo social y culturalmente construido, concebido y leído como masculino. Por último, las personas de género no binario no se identifican con el género que les fue asignado al nacer, pero pueden o no identificarse a sí mismas como "trans" o no identificarse con alguna de las categorías identitarias convencionales.

6. En razón a lo anterior, el análisis de discriminación del vocablo demandado en cuanto a las familias conformadas por uniones maritales de hecho heterosexuales y familias conformadas solemnemente o informalmente por personas homosexuales es adecuada. No obstante, dentro de ese análisis la Corte debió, al considerar un contexto particular de discriminación, incluir a las personas trans, no binarias y con demás orientaciones sexuales y/o identidades de género diversas que existen en la sociedad, a pesar de que sean minoritarias, por cuenta de que son titulares del derecho fundamental a la identidad de género y, en consecuencia, del amparo por la prohibición de discriminación por esta razón.

En estos términos quedan expuestas las razones que me llevan a aclarar el voto con relación a la Sentencia C-315 de 2023.

Fecha ut supra

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado